

Sygn. akt: KIO 201/22

WYROK

z dnia 21 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Marek Bienias

Aleksandra Kot

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 7,8,16 lutego 2022r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 stycznia 2022r. **przez odwołującego:** Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 02-495 Warszawa ul. Posąg 7 Panien 8 w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Zarząd Transportu Metropolitalnego 40 -053 Katowice ul. Barbary 21 a

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P. 28-133 Pacanów, Biechów 93 B (Lider Konsorcjum); A21 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 40-053 Katowice ul. Barbary 21A (Członek Konsorcjum) **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 02-495 Warszawa ul. Posąg 7 Panien 8 i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego

Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 02-495 Warszawa ul. Posąg 7
Panien 8 tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od odwołującego Mobilis spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 02-495 Warszawa ul. Posąg 7 Panien 8 na rzecz zamawiającego Zarząd Transportu Metropolitalnego 40-053 Katowice ul. Barbary 21 a kwotę 3.600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. 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:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie „Świadczenie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego” („Zamówienie”)

Nr postępowania: OP/14/ZP/11/21; Ogłoszenie o zamówieniu: Dz. Urz. 2021/S 143-381489

Odwołanie wniesiono wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności związanych z badaniem i oceną ofert wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w części VII Postępowania.

1. Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucono naruszenie przepisów:

1) art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp przez nieodrzczenie oferty Konsorcjum P. pomimo, iż z okoliczności faktycznych wynika, iż Konsorcjum zawarło z innymi podmiotami składającymi ofertę w innych częściach Postępowania porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (zmowę przetargową);

2) naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez nieodrzczenie oferty Konsorcjum P. złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3) naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez nieodrzczenie oferty Konsorcjum P., w sytuacji, gdy wadium wniesione w celu zabezpieczenia oferty nie zabezpiecza oferty Konsorcjum P. przez cały okres związania ofertą, a co za tym idzie zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;

4) naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 117 ust. 1 i art. 117 ust. 3 Pzp, art. 125 ust. 3 Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 poprzez nieodrzczenie oferty Konsorcjum P. pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

2. Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wnosi o uwzględnienie niniejszego odwołania i:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Konsorcjum P. w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp,

2) ewentualnie w przypadku nieuznania zarzutów od pierwszego do trzeciego, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne przeprowadzenia czynności

badania i oceny ofert w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.2) lit. g) SWZ;

3) zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

3. Wskazuję ponadto, że informacja o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum P. w części VII Postępowania, została opublikowana w miniPortalu oraz przesłana Odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 12 stycznia 2022 roku, stąd też niniejsze odwołanie jest złożone z zachowaniem 10 dniowego terminu przewidzianego w Pzp.

Uzasadnienie odwołania

Zarzut pierwszy – zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję Uzasadnienie faktyczne.

1. Odwołujący pismem z 22 listopada 2021 roku zawiadomił Zamawiającego, że w jego ocenie zauważalne są wiarygodne przesłanki pozwalające na uznanie, że następujący wykonawcy:

- 1) K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Żorach;
- 2) B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. N. N. Transport z adresem głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej w Świerkłańcu;
- 3) LZ A. L., M. L. spółka jawna z siedzibą w Zendek;
- 4) PKS Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świerkłańcu;
- 5) I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX z adresem głównego miejsca wykonywania działalności w Świętochłowicach;
- 6) Meteor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach;
- 7) Irex – 1 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach;
- 8) Irex – 2 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach;
- 9) K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P., z adresem głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej w Pacanowie;
- 10) Transgór Spółka Akcyjna z siedzibą w Mysłowicach;
- 11) A21 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach,

biorący udział we wszystkich siedmiu częściach Postępowania, zawarli porozumienie ograniczające konkurencję o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku – o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”), tj. znowę przetargową, co w konsekwencji oznacza, że podmioty te powinny zostać wykluczone z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, a ich oferty powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp.

Dowód: pismo z 22 listopada 2021 roku

2. W piśmie z 22 listopada 2021 roku Odwołujący przedstawił analizę zaistniałych w sprawie okoliczności faktycznych, które mogą potwierdzać, że wskazane powyżej podmioty zawarły porozumienie ograniczające konkurencję.

3. Stan sprawy przedstawia się następująco: Zamawiający wszczął Postępowanie 27 lipca 2021 roku. Postępowanie zostało podzielone na 7 części (segmentów/pakietów):

- 1) część I - Segment „Zachód B”;
- 2) część II – Segment „Wschód B”;
- 3) część III – Segment „Północ B”;
- 4) część IV – Segment „Bytom”;
- 5) część V – Segment „Katowice B”;

8u6) część VI – Segment „Centrum B”;

7) część VII – Segment „Centrum C”.

4. W pkt 3.14 Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) Zamawiający wskazał, że „zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza składanie ofert przez jednego Wykonawcę na maksymalnie 2 części zamówienia”.

5. Termin składania ofert upłynął 10 listopada 2021 roku o godzinie 10:00. Oferty zostały otworzone w tym samym dniu o godzinie 10:30. Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, w Postępowaniu wpłynęło łącznie 11 ofert, przy czym 7 z nich zostało złożone przez konsorcja wykonawców, związane przez wykonawców działających na lokalnym rynku. Oferty zostały złożone w następującej konfiguracji:

1) część pierwsza – konsorcjum wykonawców: K. sp. z o.o. sp. k. oraz B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. N. N. Transport;

2) część druga:

a) konsorcjum wykonawców: LZ A. L., M. L. sp. j., PKS Południe sp.

z o.o., I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K.

IREX, Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o., IREX-2 sp. z o.o.;

b) Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o.o.;

3) część trzecia:

a) konsorcjum wykonawców: B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. N. N. Transport, PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L., M. L. sp. j.;

b) Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o.o.;

4) część czwarta – konsorcjum wykonawców – K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P. oraz K. sp. z o.o. sp. k.;

5) część piąta

– konsorcjum wykonawców – Transgór S.A. oraz A21 sp. z o.o.;

6) część szósta:

a) konsorcjum wykonawców – I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I> K. IREX, Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o., IREX-2 sp. z o.o. oraz

Transgór S.A.;

b) Mobilis sp. z o.o.;

7) część siódma:

a) konsorcjum wykonawców – K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P. oraz A21 sp. z o.o.;

b) Mobilis sp. z o.o.

6. Już pobieżna analiza złożonych przez konsorcja ofert prowadzi do wniosku, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o poszczególne części zamówienia w ramach konsorcjów („Konsorcja”) działali w sposób skoordynowany. Do takiego wniosku, mogą prowadzić następujące okoliczności:

1) pomimo, iż 7 konsorcjów zostało zawiązane przez 11 podmiotów (przy czym 4 z nich działa w ramach jednej grupy kapitałowej – I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX, IREX-1 sp. z o.o., IREX-2 sp. z o.o., Meteor sp. z o.o. oraz 2 w ramach drugiej grupy kapitałowej - PKS Południe sp. z o.o. oraz LZ A. L., M. L. sp. j.) to żadne Konsorcjum nie występuje w tym samym składzie podmiotowym – w ramach poszczególnych Konsorcjów doszło do rozszady poszczególnych podmiotów – szczegóły zostały przedstawione na schemacie poniżej (graficznie obrazującym sieć powiązań występującą w ramach wszystkich Konsorcjów) jak również w poniższej tabeli (w której tym samym kolorem zostały oznaczone podmioty występujące każdorazowo z innym podmiotem w ramach dwóch zawiązanych Konsorcjów występujących w dwóch różnych częściach Postępowania);

Część I	Część II	Część III	Część IV	Część V
Część VI	Część VII			
K. sp. z o.o. sp.k	LZ A. L., M. L. sp.j.	B. N. N.		
Transport	Usługi Transportowe			
K. P.	Transgór S.A. Irex I. K.	Usługi Transportowe		
K. P.				
B. N. N. Transport sp.k	PKS Południe sp. z o.o. A 21 sp. z o.o. Meteor sp. z o.o.	PKS Południe sp. z o.o. A 21 sp. z o.o.		K. sp. z o.o.
Irex I. K.	LZ A. L., M. L. sp.j.		Irex 1 sp. z o.o.	
Meteor sp. z o.o.			Irex 2 sp. z o.o.	
Irex 1 sp. z o.o.			Transgór S.A.	
Irex 2 sp. z o.o.				

Tabela oraz schemat w aktach sprawy – odwołanie - strona 5 i 6 odwołania.

2) każdy z wykonawców w ramach danego Konsorcjum złożył oferty w dwóch częściach Postępowania, za każdym razem wchodząc z innym wykonawcą w skład danego Konsorcjum;

3) w żadnej części Postępowania nie doszło do sytuacji, w której Konsorcja złożyłyby dwie konkurujące ze sobą w danej części oferty;

4) w żadnej części Postępowania nie doszło do sytuacji, w której nie została złożona oferta przez jedno z Konsorcjów.

7. Schemat i tabela przedstawione powyżej obrazują zależność pomiędzy poszczególnymi członkami poszczególnych Konsorcjów. Fakt, że wszystkie 11 podmiotów (w tym 6 w ramach dwóch grup kapitałowych) działało w sposób skoordynowany, potwierdza łańcuch przepływu informacji powstały na skutek szczegółowego doboru składów poszczególnych Konsorcjów.

8. Struktura i podział na Konsorcja prowadzi do konkluzji, że poszczególni członkowie Konsorcjów wymieniali kluczowe konkurencyjne informacje dotyczące Postępowania. Mając na uwadze siatkę powiązań pomiędzy poszczególnymi członkami Konsorcjów, stwierdzić należy, że nie musieli oni wymieniać informacji w szerszym gronie. Informacje dotyczące treści oferty złożonej przez jedno Konsorcjum były bowiem dostępne członkom drugiego

Konsorcjum, ze względu na to, że przynajmniej jeden członek był w obu przypadkach wspólny dla dwóch różnych Konsorcjów.

9. Tak więc przykładowo, dane o uczestnictwie konsorcjum Transgór S.A./A21 sp. z o.o. w Pakiecie V były automatycznie znane konsorcjum Transgór S.A./Grupa Irex (Pakiet VI) oraz konsorcjum A21 sp. z o.o./Usługi Transportowe K. P. (Pakiet VII), które z kolei były dostępne uczestnikom Konsorcjów, które składały ofertę (odpowiednio) na Pakiet II (Grupa Irex/PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L., M. L. sp. j.) lub Pakiet IV (Usługi Transportowe K. P./K. sp. z o.o. sp. k.) i w konsekwencji także uczestnikom Konsorcjów, które składały ofertę (odpowiednio) na Pakiet III (PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L., M. L. sp. j./N. Transport B. N.) lub Pakiet I (K. sp. z o.o. sp. k./ N. Transport B. N.). Informacje dotyczące jednego pakietu i jednej oferty miały więc wpływ na pozostałe oferty.

10. Ten obieg informacji, który był niezbędny z punktu widzenia działania i złożenia oferty przez poszczególne Konsorcja, skutkował koordynacją decyzji o przygotowaniu i złożeniu oferty przez członków Konsorcjów za sprawą doboru składu poszczególnych Konsorcjów, jak i alokacji części Postępowania, w której miała zostać złożona oferta przez konkretne Konsorcjum.

11. W ocenie Odwołującego sytuacja, w której 7 podmiotów (rozumianych, jako Konsorcja) składa oferty w taki sposób, że w żadnej z siedmiu części nie pojawiają się dwie oferty, jest z logicznego punktu widzenia praktycznie niemożliwa i nieprawdopodobna biorąc pod uwagę doświadczenie życiowe.

12. Zdaniem Odwołującego, członkowie Konsorcjów, tj. 11 wykonawców wskazanych w pierwszej części niniejszego odwołania, zawarli porozumienie mające na celu ograniczenie konkurencji w Postępowaniu.

13. Porozumienie to, w ocenie Odwołującego ma podwójny wymiar i polegało na:

1) zawarciu przez 11 wykonawców siedmiu odrębnych Konsorcjów, co skutkowało wzajemnym przepływem informacji o sposobie złożenia ofert w konkretnych częściach Postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do wyłączenia wzajemnej konkurencyjności i do podziału rynku (Zamówienia) pomiędzy 11 wykonawców, którzy zawiązali 7 Konsorcjów;

2) zawarciu przez 11 wykonawców Konsorcjów w sytuacji, w której większość z tych podmiotów mogła złożyć oferty samodzielnie (przynajmniej w zakresie jednej części Postępowania), co skutkowało wykluczeniem wzajemnej konkurencyjności i podziałem rynku pomiędzy 7 wykonawców, zakładając, że część z nich działa w ramach grup kapitałowych (6 podmiotów przynależy do dwóch grup kapitałowych – w tym 4 podmioty kontrolowane przez p. I. K. – opisane jako „Grupa IREX” w powyżej zaprezentowanym schemacie oraz 2 podmioty powiązane z p. M. L.).

14. Podkreślenia wymaga fakt, że te same podmioty zawiązały w każdym przypadku dwa różne (pod względem składu podmiotowego) Konsorcja. Tylko w przypadkach ww. dwóch grup kapitałowych, podmioty powiązane zawsze występują wspólnie w ramach danego Konsorcjum.

15. Do podmiotów, które można uznać za kontrolowane przez jeden podmiot (dalej także określane w niniejszym odwołaniu jako „grupy kapitałowe”) należą następujące podmioty:

1) grupa kapitałowa „IREX” – I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX (jednoosobowa działalność gospodarcza), IREX - 1 sp. z o.o. (I. K. posiada 99% udziałów i jest prezesem jednoosobowego zarządu), IREX - 2 sp. z o.o. (I. K. posiada 99% udziałów i jest prezesem jednoosobowego zarządu), Meteor sp. z o.o. (I. K. posiada 100% udziałów i jest prezesem jednoosobowego zarządu);

2) grupa kapitałowa „L.” – PKS Południe sp. z o.o. (M. A. L. posiada 50% udziałów i jest prezesem jednoosobowego zarządu), LZ A. L., M. L. sp. j. (M. A. L. jest jednym z dwóch wspólników spółki jawnej – uprawnionym do reprezentowania spółki samodzielnie).

16. Takie ukształtowanie składów Konsorcjów jednoznacznie przesądza, że poszczególni wykonawcy kontaktowali się ze sobą, współpracując i uzgadniając, w jakiej konkretnie części Postępowania dane Konsorcjum złoży ofertę.

17. Ponadto, nie bez znaczenia jest fakt, że część podmiotów posiadała potencjał, aby samodzielnie złożyć oferty w Postępowaniu (co najmniej w zakresie jednej części Postępowania), co poddaje w wątpliwość istnienie obiektywnego uzasadnienia dla utworzenia Konsorcjów. Powyższe potwierdzają chociażby informacje powszechnie dostępne, tj. informacje z otwarcia ofert w innych postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych – dla przykładu:

1) przeprowadzony w 2021 roku przetarg nieograniczony na „świadczenie usług przewozowych na liniach autobusowych w Bydgoszczy w latach 2023-2031” mający za przedmiot wykonywanie w okresie od 01 stycznia 2023 r. do 31 grudnia 2031 r. (9 lat) usług przewozowych przy wykorzystaniu 45 sztuk fabrycznie nowych autobusów (nie wliczając taboru rezerwowego) - ofertę złożyli (w ramach konsorcjum) samodzielnie wykonawcy z grupy kapitałowej IREX - I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX, Meteor sp. z o.o., oraz 2 inne podmioty także wchodzące w skład ww. grupy kapitałowej tj. IREX -Trans sp. z o.o. (I. K. posiada 90% udziałów i jest prezesem jednoosobowego zarządu, zaś pozostałe 10% udziałów posiada Meteor sp. z o.o.), i IREX-3 sp. z o.o. (I. K. posiada 99% udziałów i jest prezesem jednoosobowego zarządu);

2) przeprowadzony w 2020/2021 roku przetarg nieograniczony na „świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na obszarze funkcjonowania ZKKM w Chrzanowie na liniach autobusowych nr 3, 9, 10, 15, 30, 31, 32a (w tym części zadań na linii 17a), 32b, 35, 41, 42” mający za przedmiot wykonywanie w okresie od 1 marca 2021 r. do dnia 28 lutego 2031 r. (10 lat) usług przewozowych przy wykorzystaniu 21 sztuk autobusów (w tym minimum 17 sztuk autobusów zasilanych paliwami alternatywnymi) oraz minimum 4 autobusów rezerwowych – ofertę złożyła Transgór Spółka Akcyjna samodzielnie;

3) przeprowadzony w 2021 roku przez Zarząd Transportu Zbiorowego w Rybniku przetarg nieograniczony na „obsługę przewozów w transporcie zbiorowym 23 autobusami” mający za przedmiot wykonywanie w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2031 r. (10 lat) usług przewozowych przy wykorzystaniu minimum 23 sztuk fabrycznie nowych autobusów o napędzie alternatywnym (nie wliczając taboru rezerwowego) - ofertę złożyła K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa oferując do realizacji zamówienia (począwszy od 01 kwietnia 2022 r.) 23 sztuki autobusów o napędzie elektrycznym (których koszt zakupu jest znacznie wyższy w porównaniu do kosztu zakupu autobusów o napędzie konwencjonalnym – ON, wymaganych przez Zamawiającego dla potrzeb realizacji Postępowania) oraz co najmniej 2 sztuki autobusów rezerwowych zasilanych gazem ziemnym lub z napędem elektrycznym.

18. W powyższym zakresie, na brak istnienia obiektywnego i zarazem zgodnego z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów uzasadnienia dla utworzenia Konsorcjów wskazuje fakt, że w ramach niniejszego Postępowania dany podmiot (wykonawca) zawiązał z odrębnymi podmiotami dwa odrębne Konsorcja, które złożyły oferty w dwóch odrębnych częściach Postępowania, mimo że ten sam wykonawca (członek każdego z dwóch Konsorcjów) dysponował potencjałem umożliwiającym mu samodzielne złożenie oferty i realizację usług przewozowych przynajmniej w zakresie jednej części Postępowania. Przykładowo, nawet biorąc pod uwagę dołączone do ofert Konsorcjów oświadczenia złożone w trybie art. 117 ust. 4 Pzp, można zauważyć, chociażby że:

1) wykonawca K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P. - jako wykonawca, który złożył wspólnie z K. sp. z o.o. sp.k. ofertę w części IV Postępowania - zobowiązał się do realizacji usług przewozowych w wymiarze (liczbie) 16 790 321 wozokilometrów, a jednocześnie wykonawca K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P. - jako wykonawca, który złożył wspólnie z A 21 sp. z o.o. ofertę w części VII Postępowania (to jest w ramach Konsorcjum P.)- zobowiązał się do realizacji usług przewozowych w wymiarze (liczbie) 23 877 582 wozokilometrów; z sumarycznego więc zestawienia powyższych wymiarów zadeklarowanych do realizacji prac przewozowych (liczb wozokilometrów) wynika, że wykonawca ten mógł samodzielnie zrealizować pracę przewozową w wymiarze przewidzianym przez Zamawiającego (jako praca eksploatacyjna w zakresie podstawowym do zrealizowania w okresie 96 miesięcy) nie tylko w każdej z siedmiu części Postępowania (w tym w części IV lub części VII Postępowania, w których wykonawca ten oferty złożył w ramach Konsorcjów z – odpowiednio - K. sp. z o.o. sp.k. oraz A 21 sp. z o.o.) lecz nawet łącznie w dwóch częściach Postępowania (np. w części IV i części V albo w części III i części IV/części V);

2) Transgór S.A. - jako wykonawca, który złożył wspólnie z 4 podmiotami z grupy kapitałowej IREX ofertę w części VI Postępowania - zobowiązał się do realizacji usług przewozowych w wymiarze (liczbie) 2 428 557 wozokilometrów, a jednocześnie Transgór S.A. - jako wykonawca, który złożył wspólnie z A 21 sp. z o.o. ofertę w części V

Postępowania - zobowiązał się do realizacji usług przewozowych w wymiarze (liczbie) 16 446 116,59 wozokilometrów; z sumarycznego więc zestawienia powyższych wymiarów zadeklarowanych do realizacji prac przewozowych (liczb wozokilometrów) wynika, że wykonawca ten mógł samodzielnie zrealizować pracę przewozową w wymiarze przewidzianym przez Zamawiającego (jako praca eksploatacyjna w zakresie podstawowym do zrealizowania w okresie 96 miesięcy) dla części V Postępowania (to jest w tej samej

części w której Transgór S.A. złożył ofertę w ramach konsorcjum w wykonawcą A 21 sp. z o.o.);

3) Meteor sp. z o.o. - jako jeden z 4 członków grupy kapitałowej IREX, którzy złożyli wspólnie z Transgór S.A. ofertę w części VI Postępowania - zobowiązał się do realizacji usług przewozowych w wymiarze (liczbie) 22 530 920,79 wozokilometrów, a jednocześnie Meteor sp. z o.o. - jako jeden z 4 członków grupy kapitałowej IREX, którzy złożyli wspólnie z LZ A. L., M. L. sp. j. i PKS Południe sp. z o.o. ofertę w części II Postępowania - zobowiązał się do realizacji usług przewozowych w wymiarze (liczbie) 4 730 595,86 wozokilometrów; z sumarycznego więc zestawienia powyższych wymiarów zadeklarowanych do realizacji prac przewozowych (liczb wozokilometrów) wynika, że wykonawca ten mógł samodzielnie (ewentualnie w konsorcjum wyłącznie z podmiotami wchodzącymi wraz z nim w skład grupy kapitałowej IREX) zrealizować pracę przewozową w wymiarze przewidzianym przez Zamawiającego (jako praca eksploatacyjna w zakresie podstawowym do zrealizowania w okresie 96 miesięcy) dla praktycznie każdej z części Postępowania, w tym także w części VI Postępowania (to jest w tej samej części Postępowania w której ofertę złożył w ramach konsorcjum z wykonawcą Transgór S.A.).

19. W oparciu o informację z otwarcia ofert w niniejszym Postępowaniu, można wysnuć następujące wnioski:

1) wykonawcy zawiązali sieć Konsorcjów, w której nie dochodzi do sytuacji, gdy którykolwiek z samodzielnie działających wykonawców (wyjątkiem są wyżej wskazane grupy kapitałowe) przynależał do konsorcjum w tym samym składzie podmiotowym. Kreuje to sytuację, w której każdy wykonawca zawarł dwa osobne – różne konsorcja;

2) żadne z Konsorcjów nie złożyło oferty konkurencyjnej wobec innego z tych Konsorcjów – w każdej z siedmiu części Postępowania Konsorcja złożyły po jednej ofercie (w konsekwencji też w żadnej części Postępowania nie doszło do sytuacji, w której nie została złożona oferta przez jedno z Konsorcjów);

3) żaden z wykonawców (wchodzących w skład Konsorcjów) nie złożył samodzielnie oferty choćby w zakresie jednej części Postępowania (pomimo posiadania wymaganych zdolności w tym zakresie).

20. Już sama liczba zawiązanych pomiędzy wykonawcami Konsorcjów prowadzi do wniosku, że było to z góry zaplanowane działanie. Bowiem, jak inaczej wytłumaczyć sytuację w której 11 podmiotów zawiązuje akurat 7 Konsorcjów – nie 8 czy 6 – to jest zawiązuje dokładnie tyle Konsorcjów ile jest części Postępowania? Podejrzenia budzi również fakt, że żadne z Konsorcjów (o tym samym składzie podmiotowym) nie złożyło drugiej oferty w

jakiegokolwiek z części Postępowania, co mając na uwadze doświadczenie z podobnych przetargów (najczęściej bowiem konsorcjum o tym samym składzie podmiotowym składa ofertę na więcej niż jedną część w ramach danego postępowania – przykładowo biorąc pod uwagę warunki niniejszego Postępowania - konsorcjum o tym samym składzie podmiotowym mogłoby złożyć oferty w dwóch częściach Postępowania), jest także niemożliwe z punktu widzenia rachunku prawdopodobieństwa.

21. Należy także zwrócić uwagę na podobieństwa w złożonych przez członków Konsorcjów ofertach, które pojawiają się w pełnomocnictwach, ale także sposobie określenia poziomu podwykonawstwa. Wszystkie oferty zawierają szczegółowo wyliczone liczby wozokilometrów, które zostaną zlecone do wykonania podmiotom trzecim - podwykonawcom (w przypadku ofert złożonych przez Konsorcja w części I i części VI Postępowania liczba wozokilometrów do powierzenia w ramach podwykonawstwa jest uszczegółowiona co do jednego wozokilometra, zaś w przypadku ofert złożonych przez Konsorcja w części II i części III Postępowania liczba wozokilometrów jest określona nawet do dwóch miejsc po przecinku, czyli z dokładnością do metra), a jednocześnie w żadnej z tych ofert nie wskazuje się firmy (nazwy) ani jednego podwykonawcy, co biorąc pod uwagę wskazane wyżej bardzo szczegółowe określenie w ofertach Konsorcjów wymiaru pracy przewozowej (części zamówienia) przeznaczonej do realizacji przez podwykonawców, automatycznie nasuwa pytanie czy rzeczywiście potencjalni podwykonawcy nie byli znani na dzień składania ofert? [budzi bowiem wątpliwości, czy aby uczestnicy Konsorcjów nie zakładali, jeszcze przed złożeniem oferty, podzlecenia sobie wzajemnie wykonania znacznej części wygranych części Postępowania, celem podziału zysków uzyskanych w następstwie udzielenia im poszczególnych części Zamówienia albo jako „parasol ochronny” na wypadek gdyby niezależny przedsiębiorca (spoza Konsorcjów) złożył ofertę najkorzystniejszą w ramach danej części Postępowania (tj. korzystniejszą niż oferta

złożona w tożsamej części Postępowania przez Konsorcjum danych podmiotów)]. Tabela poniżej przedstawia szczegółowe dane w tym zakresie:

część-Konsorcjum(skład podmiotowy)-Liczba wzkm w danym segmencie-Podwykonawstwo
- Zakres podwykonawstwa wzkm %

1 K. sp. z o.o. sp. k. B. N. N.Transport 25733744TAK18785633 73,00%

2 LZ A.L., M. L. sp. j. + PKS Południe sp. z o.o. + Meteor sp. z o.o.+ IREX I. K. + Irex-1 sp. z o.o.+Irex-2 sp. z o.o. 28 774 914 TAK 21 051 727,08 73,16%

3 B. N. N. Transport + LZ A. L., M. L. sp. j.+ PKS Południe sp. z o.o. 21 258 246 TAK
16 334 836,21 76,84%

4Usługi Transportowe K. P. + K. sp. z o.o.sp.k.19 470 321 TAK11.760.000 60,40%

5 Transgór S.A.+ A21 sp. z o.o. 18 493 328 TAK 9 250 000 50,02%

6 IREX I. K.+ Irex-1 sp. z o.o.+Irex-2 sp. z o.o.+ Meteor sp. z o.o.+ Transgór S.A.
24 959 478 TAK 18 427 583 73,83%

7 Usługi Transportowe K. P. + A21 sp. z o.o. 26 849 582 TAK16 936 000 -
63,08%

22. Całokształt okoliczności sprawy pozwala na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia z umowy przetargowej pomiędzy 11 wykonawcami tworzącymi Konsorcja, a co za tym idzie istnieje uzasadnienie faktyczne do wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie wszystkich siedmiu części Zamówienia w ramach siedmiu Konsorcjów, tj.:

1) konsorcjum wykonawców: K. sp. z o.o. sp. k. oraz B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. N. N. Transport;

2) konsorcjum wykonawców: LZ A. L., M. L. sp. j., PKS Południe sp. z o.o., I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX, Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o., IREX-2 sp. z o.o.;

3) konsorcjum wykonawców: B. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B. N. N. Transport, PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L., M.

L. sp. j.;

4) konsorcjum wykonawców - K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P. oraz K. sp. z o.o. sp. k.;

5) konsorcjum wykonawców – Transgór S.A. oraz A21 sp. z o.o.;

6) konsorcjum wykonawców - I. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą I. K. IREX, Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o., IREX-2 sp. z o.o. oraz Transgór S.A.;

7) „Konsorcjum P.”, to jest konsorcjum wykonawców - K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P. oraz A21 sp. z o.o.

23. Zamawiający po otrzymaniu pisma od Odwołującego wezwał Konsorcjum P. do złożenia wyjaśnień. W odpowiedzi Zamawiający otrzymał wyjaśnienia obu członków Konsorcjum P..

24. Członek Konsorcjum P. – A21 spółka z ograniczoną odpowiedzialnością („A21”) w swoim piśmie położył szczególny nacisk na okoliczność, że nie posiada wystarczających zdolności technicznych do samodzielnego podjęcia się zadań w ramach przedmiotowego Postępowania oraz że ze względu na położenie bazy, którą dysponuje, uzasadnione było złożenie oferty w części VII Postępowania. Podmiot ten w zupełności pomija kwestię przepływu informacji pomiędzy podmiotami składającymi oferty w Postępowaniu oraz sekwencji (układu) złożonych ofert zaprezentowanej na grafie ze strony 6 niniejszego odwołania. Złożone wyjaśnienia pomimo, iż zostały zawarte na 5 stronach nie wskazują na jakiegokolwiek inne okoliczności mogące stanowić argumenty przemawiające za uznaniem, że do porozumienia nie doszło.

25. Lider Konsorcjum P. w swoich wyjaśnienia skoncentrował się zaś na następujących okolicznościach:

1) Zamawiający płaci tylko za zrealizowane wozokilometry, więc istotna jest odległość pomiędzy przystankiem początkowym i bazą każdego z członków Konsorcjum. Na potwierdzenie tych okoliczności na stronach 4 i 11 przedstawił mapę, która ma potwierdzać, że te dwa podmioty (A21 i K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P.) mają tak ulokowane bazy, że dojazd w przypadku „wypadnięcia” kursu będzie zajmował najmniej czasu. Jednak zakładając tę logikę co najmniej dwa inne podmioty dysponują lepiej zlokalizowaną bazą, tj. grupa Irex i Transgór S.A.. Wykonawca K. sp. z o.o. sp.k. posiada bazę zlokalizowaną w niewielkiej odległości od bazy A21, w związku z czym biorąc pod uwagę, że w części IV zawiązано konsorcjum wykonawców: K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P. K. sp. z o.o. sp.k. wspólny udział tych podmiotów w obu częściach Postępowania też z tego punktu widzenia byłby możliwy i równie uzasadniony geograficznie;

2) argument dotyczący utraty licencji także należy uznać za chybiony, zgodnie z pkt 5.4. SWZ, każdy z wykonawców, który będzie wykonywał przewóz osób ma spełniać warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania licencji na przewóz osób. Literalne brzmienie § 10 ust. 5b projektowanych postanowień umowy w związku z postanowieniami SWZ prowadzi do wniosku, że utrata licencji przez któregokolwiek z członków Konsorcjum P. powinna skutkować rozwiązaniem umowy w trybie natychmiastowym, ponieważ rozwiązanie umowy tylko i wyłącznie z jednym z członków Konsorcjum P. prowadziłoby do niedozwolonej zmiany umowy w rozumieniu przepisu art. 455 Pzp;

3) punkt wyjaśnień dotyczący liczby konsorcjów i liczby złożonych ofert – w tym miejscu należy zadać sobie pytanie, jak to jest możliwe, że w sytuacji, gdy Konsorcja nie komunikowały się ze sobą, w żadnej części nie wpłynęły co najmniej dwie oferty podmiotów działających na lokalnym rynku.

Odwołujący po raz pierwszy spotkał się z sytuacją, w postępowaniu podzielonym na części, w którym Zamawiający dopuścił składanie ofert w ograniczonej liczbie części i 11 podmiotów składających się na 7 Konsorcjów tak perfekcyjnie uplasowało się w odpowiednich częściach zamówienia, że w żadnej z nich nie wpłynęły 2 czy 3 oferty podmiotów konkurujących ze sobą (za takie podmioty należy także uznać poszczególne Konsorcja, które w warunkach przetargu powinny konkurować ze sobą) jak również, że nie było części, w której nie wpłynęłaby żadna oferta (zamawiający musiałby unieważnić tę część ze względu na brak ofert). Takie rozłożenie ofert wykonawców działających na lokalnym rynku jest zdumiewające, jeżeli w normalnych warunkach rynkowych w ogóle możliwe. Dowody na poparcie tej tezy zostaną przedstawione podczas rozprawy.

Brak konkurencji pomiędzy Konsorcjami należy uznać za okoliczność przemawiającą za uznaniem, że do porozumienia ograniczającego konkurencję w tym Postępowaniu doszło.

Abstrahując od nadzwyczajnego zbiegu okoliczności, który miał miejsce w przedmiotowym Postępowaniu, Odwołujący podkreśla, że układ Konsorcjów, który został przedstawiony na stronie 6 niniejszego odwołania skutkowało tym, że informacje dotyczące składanych ofert niejako naturalnie były przekazywane do członków innych Konsorcjów, w konsekwencji, każdy z tych podmiotów miał dostęp do tych danych i wpływ na pozostałe oferty.

Warto też zwrócić uwagę, że okoliczność geograficznego podziału zamówienia nie stanowi uzasadnienia do podziału rynku – jako przesłanki do wyboru poszczególnych części Postępowania, a dodatkowo potwierdza, że członkowie Konsorcjów zawarli niedozwolone porozumienie – dzieląc geograficznie rynek w przedmiotowym Postępowaniu;

4) argument dotyczący kosztów wynagrodzenia kierowców – w ocenie Odwołującego jest chybiony, bez względu na to, w której części Konsorcjum P. złożyłoby ofertę, to świadczenie usług rozpoczęłoby się w bardzo podobnym momencie, ponieważ Zamawiający dążył do wyboru ofert w tym postępowaniu w tym samym czasie, na co wskazuje termin rozpoczęcia realizacji umów określony w SWZ i projektowanych postanowieniach umowy. Jak wskazano powyżej, liczba autobusów w poszczególnych częściach zamówienia zmienia się nieznacznie od kilku do kilkunastu sztuk, a co za tym idzie różnice w obsadzie kierowców również nie powinny ulegać znaczącej zmianie. Co więcej należy także zwrócić uwagę na

przewidziane w SWZ etapowe (rozłożone w perspektywie kilku lat) wprowadzanie do ruchu kolejnych pojazdów – tym samym także rozłożone w czasie jest zatrudnienie personelu niezbędnego do realizacji usług (w szczególności kierowców, których liczba powinna wzrastać w związku z wprowadzaniem kolejnych pojazdów do ruchu);

5) argument dotyczący dysponowania przez A21 autobusami CN – zgodnie z wyjaśnieniami Lidera Konsorcjum P. jednym z argumentów przemawiających za wyborem, jako partnera A21 była okoliczność, że P. nie dysponuje 8 pojazdami typu CN, które są niezbędne do rozpoczęcia świadczenia usług od 1 lipca 2022 roku. Jak w swoich wyjaśnieniach wskazał K. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P., nie może sam podjąć się świadczenia usług pojazdami typu CN ponieważ nie dysponuje nimi, a czas produkcji autobusów wynosi co najmniej 6 miesięcy, a co za tym idzie nie jest możliwe ich zakupienie przed 1 lipca 2022 roku. Wskazać jednak należy, że w świetle dostępnych danych, A21 też nie dysponuje pojazdami, które są niezbędne do świadczenia usług i spełniają wymogi przewidziane w SWZ. Zgodnie z informacjami z publicznie dostępnych rejestrów A21 dysponuje 6 pojazdami typu CN:

a) dwoma autobusami Solaris Urbino 18 z 2016 roku o numerach rejestracyjnych SK 984JP i SK907JP – pojazdy te są wykorzystywane do świadczenia usług na rzecz Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego (którego następcą w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego jest Zamawiający) – linia 860 – okres realizacji umowy kończy się 30 czerwca 2024 roku;

b) jednym autobusem SOR NB 18 z 2015 roku o numerze rejestracyjnym SZO 6GU8 – pojazd ten jest wykorzystywany do świadczenia usług na rzecz Komunikacyjnego Związku Komunalnego Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego (którego następcą w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego jest Zamawiający) – linia 672

– okres realizacji umowy kończy się 31 grudnia 2022 roku;

c) dwoma autobusami Mercedes Conecto G z 2008 roku o numerach rejestracyjnych SZO 7CF9 i SZO 9CF6 – z uwagi na wymogi dotyczące autobusów przewidziane w

SWZ pojazdy te nie mogą zostać wykorzystane w ramach tego Postępowania;

d) jednym autobusem Mercedes Citaro G z 2007 roku o numerze rejestracyjnym SZO 5CX7 – z uwagi na wymogi dotyczące autobusów przewidziane w SWZ pojazd ten nie może zostać wykorzystany w ramach tego Postępowania.

Jak wynika z informacji przedstawionych powyżej, żaden ze wskazanych powyżej pojazdów należących do A21 nie będzie mógł być wykorzystywany do świadczenia usług od 1 lipca

2022 roku, ponieważ albo jest wykorzystywany w ramach innej umowy lub nie będzie spełniał warunku SWZ w zakresie wieku pojazdu.

W konsekwencji wskazać należy, że wbrew treści złożonych wyjaśnień, Konsorcjum P. nie będzie dysponować używanymi pojazdami typu CN spełniającymi wymogi SWZ, które są niezbędne do świadczenia usług w ramach części VII Postępowania oraz nie może ich nabyć przed 1 lipca 2022 roku (okoliczność przyznana przez Konsorcjum P. – pkt 57 , 58 odpowiedzi na wezwanie Zarządu Transportu Metropolitalnego do złożenia wyjaśnień z dnia 30 listopada 2021 roku – strona 15-16 przedmiotowej odpowiedzi złożonej przez Konsorcjum P.). Ponadto, wbrew treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum P. (pkt 79 odpowiedzi na wezwanie Zarządu Transportu Metropolitalnego do złożenia wyjaśnień z dnia 30 listopada 2021 roku), usługi przewozowe na przywołanej tam linii 96 powinny być (zgodnie z odnośnymi warunkami postępowania przeprowadzonego przez Komunikacyjny Związek Komunalny Górnośląskiego Okręgu Przemysłowego, którego następcą w zakresie organizacji publicznego transportu zbiorowego jest Zamawiający) realizowane taborem typu BN a nie taborem typu CN, zaś okres realizacji przedmiotowych usług upływa 31 marca 2025 roku, a nie 30 czerwca 2022 r. Jeśli zaś chodzi o usługi przewozowe na przywołanej także w tym samym punkcie wyjaśnień linii 121, to należy wskazać, że po pierwsze nie są one realizowane przez A21, a po drugie i najważniejsze realizacja tych usług następuje przy wykorzystaniu autobusów typu CN o roku produkcji niespełniającym warunków SWZ dla niniejszego Postępowania.

26. Wskazane w pkt 24 i 25 okoliczności stanowią wyłącznie przykład rozbieżności pomiędzy stanem rzeczywistym a informacjami przedstawianymi przez Konsorcjum P. w wyjaśnieniach. Powyższe okoliczności tylko potwierdzają, że wyjaśnienia złożone przez członków Konsorcjum P. nie mają potwierdzenia w stanie faktycznym sprawy i są tworzone wyłącznie na potrzeby niniejszego Postępowania.

27. Doniosłe znaczenie ma fakt, iż członkowie poszczególnych Konsorcjów, w tym Konsorcjum P., starają się przekierować w swoich wyjaśnieniach uwagę na rzekomy fakt, że żaden z nich nie jest w stanie sam świadczyć usług w jakiegokolwiek z części zamówienia. Kwestia przepływu informacji pomiędzy poszczególnymi Konsorcjami jest spychana na drugi plan, jeżeli niepomijana. A ten element jest szczególnie istotny z punktu widzenia podstawy wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Porozumienie się pomiędzy podmiotami wchodzącymi w skład poszczególnych Konsorcjów w ocenie Odwołującego jest niewątpliwe, a świadczą o tym okoliczności faktyczne sprawy – brak konkurencyjnych ofert w poszczególnych częściach, brak choćby jednej części (z siedmiu) w której nie zostałaby złożona oferta przez żadne z Konsorcjów, naturalny przepływ informacji pomiędzy częściami

przy pomocy podmiotów, które występują w dwóch różnych Konsorcjach. Już te okoliczności faktyczne pozwalają na uznanie, że istnieją wiarygodne przesłanki do uznania, że podmioty te zawarły porozumienie ograniczające konkurencję.

28. Uznanie złożonych przez Konsorcja wyjaśnień przez Zamawiającego, prowadzi do wniosku, że Zamawiający przyjął przedstawione argumenty bezrefleksyjnie bez ich dokładnej analizy (w tym chociażby bez wzywania Konsorcjów do uzupełnienia złożonych wyjaśnień), czym naruszył swoje obowiązki w czasie badania i oceny ofert.

Uzasadnienie prawne:

Wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp

1. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

2. Działanie członków Konsorcjów niewątpliwie stanowiły działania mające na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu, co szczegółowo zostało wykazane w opisie stanu faktycznego.

3. Podstawą do podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania zgodnie z tym przepisem nie muszą być dowody w postaci decyzji Prezesa UOKiK, wystarczające jest, wykazanie tego zdarzenia na podstawie wiarygodnych przesłanek.

4. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej istnieje jednolita linia orzecznicza zgodnie z którą dla wykazania zawarcia zmywy przetargowej 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 ustawy - 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 (wyrok KIO z 30 września 2020r. Sygn. akt 1865/20).

Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmywy przetargowej” .

5. W przedmiotowym Postępowaniu okoliczności stanu faktycznego są najlepszym dowodem na to, że członkowie Konsorcjów musieli ustalać w jaki sposób złożą oferty, tj. w

jakiej konfiguracji podmiotowej i w jakiej części oferty zostaną złożone, co potwierdzają następujące okoliczności faktyczne:

- 1) zawiązanie przez 11 podmiotów dokładnie 7 Konsorcjów, czyli tyle na ile części podzielone zostało Postępowanie (w konsekwencji w żadnej z siedmiu części Postępowania nie doszło do sytuacji, w której nie została złożona oferta przez jedno z Konsorcjów);
- 2) w żadnym z Konsorcjów jego skład podmiotowy nie jest tożsamy, poza członkami grup kapitałowych;
- 3) w żadnej części Postępowania, Konsorcja nie złożyły dwóch ofert (nie wspominając o tym, że żaden z uczestników Konsorcjów nie złożył samodzielnie oferty w zakresie danej części Postępowania).

6. Domniemania faktyczne, jak wynika z poglądów doktryny i orzecznictwa są wystarczające, aby podjąć decyzję o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

7. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że zawieranie pomiędzy przedsiębiorcami zmów przetargowych może ograniczać lub nawet eliminować oczekiwane, pozytywne efekty przetargu, jako pola walki konkurencyjnej. Zmowy przetargowe są szczególnie szkodliwe jeżeli dotyczą zamówień publicznych, powodują bowiem niekorzystne rozporządzenie środkami publicznymi, przez co pośrednio narażają na straty ogół społeczeństwa. Zmowy przetargowe powodują zakłócenie funkcjonowania systemu zamówień publicznych poprzez zniweczenie celu, jaki ma być osiągnięty w drodze przetargu, a mianowicie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez oferentów w warunkach konkurencji (wyrok KIO z 6 sierpnia 2019r. Sygn. akt 1409/19).

8. Warto także podkreślić, że zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest karą dla wykonawcy za dopuszczenie się czynu naruszającego zasady konkurencji, a służy ono raczej zapewnieniu zgodności postępowania z zasadami równego traktowania i konkurencji, jak również zagwarantowaniu uczciwości, wiarygodności i kompetencji przyszłego wykonawcy do wykonania zamówienia publicznego (Komisja Europejska 2021/C91/01) .

9. Zgodnie z Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, w związku z czym następstwem wykluczenia z postępowania członków Konsorcjów, jest odrzucenie złożonych przez nich ofert.

10. Abstrahując od powyższego, nie można się zgodzić z tezą przedstawioną przez A21 w wyjaśnieniach, że przesłanka z art.108 ust.1 pkt 5 Pzp może być rozstrzygana wyłącznie

na gruncie grup kapitałowych. Zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu „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. Wskazana w przepisie okoliczność jest przykładem naruszenia ograniczającego konkurencję, na co wskazuje zwrot w szczególności. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w poglądach doktryny „Porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji to przede wszystkim porozumienia ograniczające konkurencję w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Są to porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub w inny sposób naruszenie konkurencji na rynku właściwym. Polegają one w szczególności na:

- 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów,
- 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji,
- 3) podziale rynków zbytu lub zakupu,
- 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji,
- 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy,
- 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem,
- 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny”.

11. W przedmiotowym stanie faktycznym w ocenie Odwołującego członkowie Konsorcjów uzgodnili pomiędzy sobą warunki składanych ofert, tj. w której części i w jakim składzie dane Konsorcjum złoży ofertę. W konsekwencji ziszcila się przesłanka określona w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, a co za tym idzie członkowie Konsorcjum P. powinni zostać wykluczeni z Postępowania zaś ich oferta odrzucona.

II

Zarzut drugi – nieodrzućenie oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji

Uzasadnienie faktyczne zostało przedstawione w uzasadnieniu zarzutu pierwszego

Zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję

1. Pzp nie definiuje pojęcia porozumienia ograniczającego konkurencję, w tym więc zakresie należy posłużyć się przepisem art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, że „zakazane są 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 warunków składania ofert, w szczególności zakresu prac lub cen”.

2. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że „porozumienie stypizowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określane jest w skrócie, jako tzw. zmowa przetargowa. Zmowa taka może mieć w szczególności charakter porozumienia horyzontalnego (poziomego), tj. zawieranego pomiędzy przedsiębiorcami, którzy w normalnych warunkach konkurują ze sobą. Przy czym w doktrynie wskazuje się, że przejawem takiego niedozwolonego porozumienia antykonkurencyjnego (zmowy przetargowej) mogą być: porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegających na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy”. Mając na uwadze fakt, że Postępowanie przez Zamawiającego zostało podzielone na siedem niezależnych części, de facto w tym przypadku członkowie Konsorcjów musieli umówić się, że złożą tylko po jednej ofercie – w części, która została przez te podmioty ustalona – a co za tym idzie zawarli porozumienie ograniczające konkurencję.

3. Definicja zmowy przetargowej pozwala na jednoznaczną kwalifikację działań członków Konsorcjów, jako zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję. Potwierdzenie tej tezy można odnaleźć w decyzjach Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

4. W praktyce Prezesa UOKiK wskazano, że uzgadnianie warunków składanych ofert, poza porozumieniami cenowymi, najczęściej dotyczy kwestii w których wykonawcy dokonują podziału rynku – tj. umawiają się co do tego, czy złożą oferty w danym postępowaniu. Zbieżność ustaleń dokonywanych w ramach zmów przetargowych z najpoważniejszymi ograniczeniami konkurencji skutkuje zaliczeniem porozumień przetargowych do najcięższych naruszeń prawa konkurencji.

5. Uzyskanie rozstawienia ofert takiego jak uzyskane przez członków Konsorcjów wydaje się racjonalnie niewytłumaczalne bez założenia wcześniejszej koordynacji ich działań. Zgodnie z orzecnictwem Prezesa UOKiK takie okoliczności mogą świadczyć o zaistnieniu praktyki ograniczającej konkurencję.

6. Warto również wskazać, że w decyzji nr DOK-5/2020 Prezes UOKiK zaznaczył, że konieczna jest szersza interpretacja porozumienia przetargowego tj. taka, która nie ogranicza porozumienia przetargowego do działań polegających wyłącznie na uzgodnieniu warunków złożonych ofert.

7. Ponadto, w kontekście faktu, że część podmiotów (wchodzących w skład Konsorcjów) posiadała potencjał, aby móc samodzielnie złożyć oferty w Postępowaniu (co najmniej w zakresie jednej części Postępowania), należy wskazać, że kwestia dopuszczalności zawarcia konsorcjum nie jest również wyłączona spod oceny przepisów prawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

8. Jako główne niebezpieczeństwo wiążące się z tworzeniem konsorcjów wskazuje się ograniczenie rywalizacji między przedsiębiorcami przez ustalanie wspólnej oferty. Przyjmuje się, że w sytuacjach, w których konsorcjum zostało zawarte bez obiektywnego uzasadnienia, gdy przedsiębiorcy mogliby złożyć ofertę samodzielnie i mieć realną szansę na skuteczność w przetargu to współpraca w ramach konsorcjum może stanowić porozumienie ograniczające konkurencję.

9. W publikacjach UOKiK został wyrażony także pogląd, że konsorcjum utworzone przez największych uczestników danego rynku realizujących zadanie niewymagające ścisłej współpracy, i które to zadanie mogłoby zostać wykonane bez większych dodatkowych kosztów przez każdego z nich może prowadzić do dotkliwego ograniczenia konkurencji.

10. W praktyce orzeczniczej za antykonkurencyjne zostało uznane konsorcjum m.in. w decyzji nr RLU-38/2012. Prezes UOKiK wskazał wówczas, że uczestnicy konsorcjum mogli skutecznie wziąć udział w przetargu jako samodzielni wykonawcy. Decyzja ta została następnie potwierdzona przez Sąd Apelacyjny w wyroku o sygn. sygn. akt VI ACa 651/15, w którym sąd wskazał, że: „(...) zawarcie konsorcjum będzie naruszeniem prawa konkurencji, jeśli jego uczestnicy byliby w stanie samodzielnie złożyć ofertę z realną szansą na wygranie przetargu. Jeśli bowiem mogliby konkurować ze sobą, a nie robią tego ze względu na zawiązane przez siebie konsorcjum, doszło do wyeliminowania konkurencji między nimi – ze szkodą dla zamawiającego.”

11. Antykonkurencyjny charakter konsorcjum z uwagi na samodzielność poszczególnych uczestników przetargu stanowił także przedmiot decyzji nr DOK - 2/2019, w której Prezes

UOKiK, powołując się na decyzję RLU-Nr 38/2012, podkreślił, że współpraca w ramach konsorcjum przez podmioty zdolne do samodzielnego złożenia i wykonania oferty ogranicza rywalizację między tymi podmiotami. Prezes UOKiK w decyzji DOK - 2/2019 wprost także wskazał, że umowy konsorcjum między uczestnikami przetargu miały na celu wyłącznie ukrycie zmywy przetargowej polegającej na ustalaniu warunków udziału w przetargach, nie zaś współpracę polegającą na łączeniu potencjałów.

12. Mając na uwadze powyższe w stanie faktycznym niniejszej sprawy, ziściła się przesłanka zobowiązująca Zamawiającego do odrzucenia oferty Konsorcjum P. z Postępowania, jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp.

III

Zarzut trzeci – wniesienie nieprawidłowego wadium Uzasadnienie faktyczne:

1. Konsorcjum P. wraz z ofertą złożyło wadium w formie samoistnej gwarancji ubezpieczeniowej numer 280000191319 z dnia 5 listopada 2021 roku („Gwarancja wadialna”) wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia spółkę akcyjną z siedzibą w Sopocie („Gwarant”).

2. Zgodnie z brzmieniem Gwarancji wadialnej, „Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 10.11.2021 r. do dnia 04.03.2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji” (podkreślenie własne).

3. Okres związania ofertą w Przedmiotowym Postępowaniu upływa 4 marca 2022 roku, a co za tym idzie jest tożsamy z ostatnim dniem okresu ważności Gwarancji wadialnej.

4. Jak wynika z literalnego brzmienia Gwarancji wadialnej, jeżeli zdarzenie upoważniające jej beneficjenta (to jest Zamawiającego) do skorzystania z Gwarancji wadialnej nastąpi w ostatnim dniu związania ofertą, to Zamawiający nie będzie miał możliwości zgłoszenia tego Gwarantowi, a co za tym idzie – Zamawiający nie będzie mógł żądać wypłaty wadium nawet jeżeli będzie miał do tego podstawę prawną.

5. Skutkuje to tym, iż okres ochrony Zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą uległ skróceniu, a w konsekwencji Gwarancja wadialna w formie złożonej przez Konsorcjum P. nie zabezpiecza roszczeń Zamawiającego przez cały okres związania ofertą.

6. W związku z powyższym stwierdzić należy, że treść Gwarancji wadialnej nie stanowi potwierdzenia, że w przypadku ziszczenia się jakiegokolwiek podstawy do zatrzymania

wadium w ostatnim dniu związania ofertą, to Zamawiający będzie mógł zaspokoić swoje roszczenie.

Uzasadnienie prawne:

1. Zgodnie z art. 97 ust. 1 Pzp zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może żądać wniesienia wadium. Jeżeli już podejmuje decyzję o tym, że będzie żądał jego wniesienia zastosowanie będą miały pozostałe przepisy Pzp w tym zakresie, w szczególności:

1) art. 97 ust. 5 Pzp – wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2;

2) art. 98 ust. 1 Pzp – zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

a) upływu terminu związania ofertą;

b) zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

c) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia;

3) art. 98 ust. 6 - zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

a) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

b) wykonawca, którego oferta została wybrana:

- ✓ odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- ✓ nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

2. Zacytowane powyżej przepisy Pzp, stanowią wytyczną w jaki sposób zamawiający jak i wykonawcy powinni postępować w przypadku gdy wadium w postępowaniu jest wymagane, w szczególności na jaki okres powinno być wniesione, kiedy zamawiający powinien zwrócić wadium oraz jakie są podstawy do jego zatrzymania.

3. Przepisy regulujące okres na jaki powinno zostać wniesione wadium, jak i jego zwrot, czyli zagadnienia, które najbardziej nas interesują w przedmiotowej sprawie stanowią regulację, która dotyczy przede wszystkim wadium wniesionego w pieniądzu, a co za tym idzie ich wykładnia w przypadku gwarancji wadialnej - bankowej czy ubezpieczeniowej powinna być dokonana w oparciu o cel tej regulacji i funkcje wadium w postępowaniu.

4. Prawidłowa wykładnia przedmiotowych przepisów wymaga odpowiedzi na pytanie jaki jest cel wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz jaka jest funkcja wadium.

5. W doktrynie wskazuje się, że celem wadium jest zabezpieczenie wykonania umowy, dla której przetarg zorganizowano.

6. Do funkcji wadium należą w szczególności:

1) funkcja zabezpieczająca roszczenie odszkodowawcze zamawiającego na wypadek uchylenia się przez zwycięskiego wykonawcę od zawarcia umowy w sprawie zamówienia (art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 Pzp),

2) funkcja kompensacyjna – wadium stanowi surogat odszkodowania dla zamawiającego, jeżeli zwycięski wykonawca uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia (art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 Pzp),

3) funkcja sankcyjna na wypadek uchylenia się wykonawcy od uzupełnienia żądanych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, JEDZ i innych dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki (art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp) .

7. Mając na uwadze funkcje i cel wadium, niewątpliwie jest to, że powinno ono zabezpieczać zamawiającego przed jakimkolwiek zdarzeniem, które może nastąpić od 1 minuty po złożeniu oferty do ostatniej minuty okresu związania ofertą. W związku z czym, jeżeli wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana w rankingu ofert na pierwszym miejscu w ostatnim dniu niełoży podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych, to wadium wniesione w taki sposób, jak w przedmiotowym Postępowaniu nie zabezpieczy

zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, który uchyla się od swoich obowiązków w Postępowaniu.

8. W doktrynie oraz orzecznictwie przyjmuje się, że wadium ma zabezpieczyć prawidłowy przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pełniąc jednocześnie funkcję dyscyplinującą wykonawców i powstrzymującą przed zachowaniami niezgodnymi z prawem (funkcja zabezpieczająca wadium). Ponadto należy pamiętać także o funkcji kompensacyjnej wadium, która polega na tym, że w przypadku odmowy podpisania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, umowy o zamówienie publiczne lub niedopełnienia obowiązków związanych ze złożeniem właściwych oświadczeń lub dokumentów zamawiający może zaspokoić swoje roszczenie wyłącznie przez zatrzymanie wadium.

9. Funkcja zabezpieczająca wadium, o której mowa powyżej determinuje to, że zabezpieczenie musi być realne. W konsekwencji zamawiający musi mieć realną możliwość zaspokojenia się z przedmiotu wadium w całym okresie związania ofertą – od pierwszego do ostatniego dnia tego okresu, co więcej od pierwszej do ostatniej minuty tego okresu. W piśmiennictwie wskazuje się, że jeżeli wadium nie pozwala na zaspokojenie roszczeń zamawiającego w okresie związania ofertą należy traktować je jakby nie było wniesione.

10. Podobnie należy traktować jakiegokolwiek zawężanie odpowiedzialności gwaranta, ponieważ działanie takie wpływa na ocenę skuteczności wniesienia wadium w postępowaniu, które powinno zostać wówczas uznane za nieprawidłowo wniesione.

11. A co za tym idzie wadium złożone przez Konsorcjum P. nie wypełni swojej funkcji, gdyż w sytuacji, gdy zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium będzie miało miejsce w ostatnich godzinach okresu związania ofertą, Zamawiający pomimo, iż dysponuje gwarancją ubezpieczeniową nie będzie miał realnej możliwości żądania wypłaty z gwarancji.

12. W sytuacji opisanej powyżej niewątpliwym jest, że okres na jaki wniesione zostaje wadium ulega skróceniu w sposób nieprzewidziany w przepisach Pzp.

13. Wskazać ponadto należy, że nikt nie polemizuje z obowiązkiem odrzucenia oferty w sytuacji, gdy wadium zostanie wniesione minutę po terminie składania ofert (zakładając, że termin składania ofert został wyznaczony na 10:00 - bank zamawiającego zaksięguje przelew o 10:01, nie o 9:59, albo wykonawca prześle samą gwarancję za pośrednictwem platformy osobno i wpłynie do zamawiającego chwilę po 10). W takich sytuacjach nie ma wątpliwości, że wykonawca nie dochował swojego obowiązku wniesienia wadium w terminie. Gdy skrócenie terminu następuje w ostatnim dniu związania ofertą, zamawiający pomijają tę okoliczność i nie odrzucają ofert zabezpieczonych wadliwym wadium.

14. Abstrahując od powyższego, wskazać należy, że instrument ubezpieczeniowy, jakim jest gwarancja nie został w żaden sposób uregulowany w przepisach powszechnie obowiązującego prawa, a co za tym idzie nawiązanie stosunku prawnego pomiędzy gwarantem a zleceniodawcą gwarancji następuje w oparciu o art. 353¹ Kodeksu cywilnego. Relacja pomiędzy gwarantem, a uprawnionym z gwarancji (beneficjentem) następuje poprzez złożenie przez ubezpieczyciela jednostronnego oświadczenia woli o udzieleniu uprawnionemu takiej gwarancji. Beneficjent gwarancji może domagać się spełnienia świadczenia bezpośrednio od ubezpieczyciela jeżeli złoży właściwe oświadczenie w sposób i w terminie ważności oznaczonych w dokumencie gwarancji. W sytuacji, gdy oświadczenie zamawiającego zostanie złożone po terminie lub w niewłaściwej formie lub przez osobę nieuprawnioną, ubezpieczyciel może odmówić wypłaty pomimo, iż ziszcza się właściwa przesłanka.

15. Zgodnie z treścią Gwarancji wadialnej złożonej przez Konsorcjum K. „niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 10.11.2021 r. do dnia 04.03.2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji”.

16. W konsekwencji, jeżeli zdarzenie uprawniające zamawiającego do żądania wypłaty wadium nastąpi w okresie związania ofertą, a Zamawiający prześle żądanie wypłaty wadium 5 marca 2022 roku, to gwarant nie będzie miał obowiązku spełnienia świadczenia w tym zakresie. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej należy odróżnić okres związania ofertą i upływ tego terminu od terminu ważności samego dokumentu i formalnych przesłanek związanych ze zwrotem dokumentu. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej określenie terminu zobowiązania gwaranta na złożenie roszczenia przez beneficjenta pokrywającego się z terminem ważności samego dokumentu (pokrywającego jednocześnie okres związania ofertą w postępowaniu) jest nieprawidłowe. Upływ terminu ważności samego dokumentu gwarancji powoduje automatycznie, że roszczenie zamawiającego wygasa. W przypadku wprowadzenia do dokumentu gwarancji postanowienia, o którym mowa w pkt 15, Zamawiający zostaje pozbawiony możliwości zaspokojenia ważnych i skutecznych roszczeń, gdy przesłanki do zatrzymania wadium powstały w okresie ważności gwarancji.

17. Tożsame stanowisko można odnaleźć w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 5 lutego 2021 „Nie mają racji skarżący, że przepisy ustawy PZP nie zawierają wymogu przedkładania gwarancji wadialnych z terminem ważności przekraczającym okres związania oferenta ofertą. Wynika to z samej istoty wadium składanego w ramach procedury udzielenia zamówienia publicznego. Zważyć bowiem należy, że funkcja wadium jako

zabezpieczenia zawarcia umowy w sprawie takiego zamówienia aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy wykonawca odmówił podpisania umowy w okresie związania ofertą. Wyklucza to w sposób oczywisty możliwość wnoszenia takiego wadium, z którego zamawiający nie może się już skutecznie zaspokoić, z uwagi np. na upływ terminu ważności gwarancji bankowej (ubezpieczeniowej) pomimo tego, że przesłanki do jego zatrzymania zaistniały jeszcze w okresie związania wykonawcy ofertą” .

18. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 9 września 2021 roku, sygnatura akt KIO 2452/21 wyraźnie podkreślono doniosłość prawnej możliwości zgłoszenia gwarantowi przez zamawiającego (jako beneficjenta gwarancji) żądania zapłaty kwoty gwarancji (wadium) w terminie choćby o jeden dzień dłuższym w stosunku do terminu związania ofertą (odpowiadającego jednocześnie terminowi ważności gwarancji wskazanemu w jej treści): „Izba w pełni podziela ocenę i dostrzeżone różnice w zapisach gwarancji złożonej przez Przystępującego. Dokumenty te różni właśnie wydłużenie terminu i możliwości zgłoszenia roszczenia, nawet jeśli różnica ta wynosi tylko jeden dzień. Jak zauważył sam Odwołujący zgłoszenie roszczenia może nastąpić drogą elektroniczną, a jeden dzień więcej daje Zamawiającemu możliwość przeanalizowania sytuacji procesowej, skompletowania dokumentów i przygotowania ich do złożenia u Gwaranta”.

19. Mając na uwadze powyższe, Gwarancję wadialną złożoną przez Konsorcjum P. należy uznać za wadliwą, w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp.

IV

Zarzut czwarty – niespełnianie warunku udziału w Postępowaniu

Uzasadnienie faktyczne:

1. Zamawiający w Postępowaniu wymagał wykazania, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie w części VII Postępowania w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert należycie wykonali lub wykonują usługi przewozów regularnych zgodnie z ustawą o transporcie drogowym o łącznej pracy eksploatacyjnej nie mniejszej niż 5.350.000,00 wozokilometrów.

2. W części VII Postępowania, zgodnie z oświadczeniem w trybie art. 117 ust. 4 Pzp zawartym w załączniku numer 2 do SWZ, członkowie Konsorcjum P. mają zrealizować odpowiednio:

- 1) Lider Konsorcjum P. – 23.877.582,00 wozokilometry;
- 2) Członek Konsorcjum P. – A21 – 2.972.000,00 wozokilometry.

3. W konsekwencji, każdy z członków Konsorcjum P. zobowiązany był wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat wykonał pracę przewozową w wielkości określonej pkt 5.1 ppkt 2 lit. g) SWZ (tj 5.350.000,00 wozokilometrów). Takie rozumienie postanowień SWZ potwierdzają czynności Zamawiającego przeprowadzone w ramach części I, III i V Postępowania.

Dowód: wezwanie do wyjaśnień z 16 grudnia 2021 roku adresowane do Konsorcjum Transgór S.A. i A21 – wezwania w pozostałych dwóch przywołanych wyżej częściach (adresowane do Konsorcjów w nich występujących) są analogiczne.

4. W wykazie usług, Konsorcjum P. wskazało, że członek Konsorcjum P., czyli A21 wykonało 6 różnych usług na rzecz:

- 1) Gminy Bielawy (3 usługi);
- 2) Międzygminnego Związku Komunikacyjnego z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju (3 usługi).

5. Konsorcjum P., na potwierdzenie spełnienia przez lidera Konsorcjum P. (to jest K. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe K. P.) warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa pkt 5.1 ppkt 2 lit. g) SWZ, powołało się na usługi realizowane na rzecz Zamawiającego.

6. Zgodnie z 5.8. SWZ: jeżeli Wykonawca wykazuje doświadczenie nabyte w ramach kontraktu (zamówienia) realizowanego przez Wykonawcę wspólnie z innymi wykonawcami (tzw. konsorcjum), Zamawiający nie dopuszcza by Wykonawca polegał na doświadczeniu grupy Wykonawców, której był członkiem, jeżeli faktycznie i konkretnie nie wykonywał wykazywanego zakresu usług, o których mowa w pkt 5.1 ppkt 2 lit. a) do g) SWZ) – Wykonawca może powołać się na doświadczenie w realizacji usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył.

7. Odwołujący wskazuje, że usługi świadczone przez A21 na rzecz Gminy Bielawa (umowy ZKM.7240.36.2017, ZKM.7240.37.2017, ZKM.7240.38.2017), realizowane były i są w ramach konsorcjów z P.P.U.H „K.” A. K. (którego następcą prawnym jest K. sp. z o.o. sp. k.), który we wszystkich 3 umowach pełnił rolę lidera. Dalsza analiza dokumentacji postępowania przeprowadzonego przez Gminę Bielawa wskazuje, że wykonawcy w ramach tych umów zobowiązani byli świadczyć:

- 1) umowa ZKM.7240.36.2017 – 1 mln km rocznie; 2) umowa ZKM.7240.37.2017 – 1,08 mln km rocznie; 3) umowa ZKM.7240.38.2017 – 0,434 mln km rocznie.

8. Biorąc pod uwagę maksymalną liczbę wozokilometrów, które miałyby być wykonane przez konsorcjum A21 i K. sp. z o.o. sp.k. (wcześniej P.P.U.H „K.” A. K.) oraz dane zawarte

w wykazie usług i referencjach przedłożonych Zamawiającemu przez Konsorcjum P., samodzielne wykonanie (zrealizowanie) przez A21 pracy przewozowej w zakresie przedstawionym w Postępowaniu (to jest w oparciu o trzy umowy łączące konsorcjum A21 - K. sp. z o.o. sp.k. z Gminą Bielawa w okresie od 01.12.2018 r. do 30.09.2021 r. – to jest w okresie wynikającym z treści referencji z dnia 15 listopada 2021 r. wystawionych przez Urząd Miejski w Bielawie i przedłożonych Zamawiającemu przez Konsorcjum P.) jest wysoce wątpliwe.

9. Potwierdzeniem powyższych wątpliwości jest chociażby okoliczność, że w ramach przeprowadzonego w 2021 roku przez Zarząd Transportu Zbiorowego w Rybniku przetargu nieograniczonego na „obsługę przewozów w transporcie zbiorowym 23 autobusami”, w którym brał udział Odwołujący, wykonawca K. sp. z o.o. sp. k. celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia przedłożył wykaz usług wraz z referencjami wystawionymi w dniu 05 lipca 2021 r. przez Urząd Miejski w Bielawie, z których treści wynika, że na podstawie przywołanych w pkt 7 powyżej trzech umów, to wyłącznie wykonawca K. sp. z o.o. sp. k. samodzielnie wykonał w okresie 3 lat przypadających w okresie od 01.06.2018 r. do 31.05.2021 r. następującą pracę przewozową na podstawie poszczególnych umów:

- 1) Umowa nr ZKM.7240.36.2017 – 2.918.153,078 km;
- 2) Umowa nr ZKM.7240.37.2017 – 3.084.667,841 km;
- 3) Umowa nr ZKM.7240.38.2017 – 1.420.408,949 km.

Praca przewozowa wynikająca z tych referencji wystawionych w dniu 05 lipca 2021 r. na K. sp. z o.o. sp.k. jest więc bardzo zbliżona do wielkości pracy przewozowej wynikającej z referencji z dnia 15 listopada 2021 r. wystawionych na rzecz A21 (przedłożonych Zamawiającemu przez Konsorcjum P.) i jednocześnie przedmiotowa praca przewozowa odpowiada wartościom maksymalnym pracy przewozowej przewidzianym w dokumentacji postępowania przeprowadzonego przez Gminę Bielawa.

Dowód: pismo (referencje) z dnia 05 lipca 2021 r. wystawione przez Urząd Miejski w Bielawie (zaadresowane na K. sp. z o.o. sp.k.);

Dowód: SIWZ w postępowaniu w przedmiocie udzielania zamówienia pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego w komunikacji miejskiej organizowanej przez gminę Bielawa;

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej

10. Zamawiający, działając z należytą starannością powinien wezwać w powyższym zakresie Konsorcjum P. do wyjaśnień, czego zaniechał.

11. Drugą istotną okolicznością, jest fakt, że Konsorcjum P. nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z Postępowania na dzień składania ofert, gdyż w dokumentacji Postępowania nie ma żadnego dokumentu, który potwierdziłby te okoliczności na dzień 10 listopada 2021 roku. Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia zostały opatrzone datami 24 listopada 2021 roku a z ich treści nie wynika, aby obejmowały one swym zakresem okres inny aniżeli po ich złożeniu, tj. brak potwierdzenia, że oświadczenia zawarte w tych dokumentach były aktualne na dzień składania ofert, który upłynął 10 listopada 2021 roku.

12. W konsekwencji z żadnego ze złożonych przez Konsorcjum P. dokumentów nie wynika, aby oba podmioty wchodzące w jego skład spełniały warunki udziału w Postępowaniu i nie podlegały wykluczeniu w okresie pomiędzy 10 listopada a 24 listopada 2021 roku.

13. Okoliczność ta powinna zostać co najmniej wyjaśniona przez Zamawiającego. Zamawiający jednak zaniechał w tym zakresie jakichkolwiek czynności.

Uzasadnienie prawne:

1. W art. 117 ust. 1 Pzp określona została zasada, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, Zamawiający ma prawo do określenia szczególnego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowym stanie faktycznym, Zamawiający skorzystał z tej możliwości.

2. Konsekwencją ustanowienia warunków udziału w Postępowaniu jest konieczność zbadania tych okoliczności w zakresie zgodnym z SWZ i Pzp. Podczas procesu badania i oceny ofert, Zamawiający powinien zweryfikować dokumenty i informacje przedstawione przez podmioty ubiegające się o zamówienie.

3. Zamawiający w Postępowaniu otrzymał dwa dokumenty referencji i wykaz usług dotyczący zamówienia realizowanego na rzecz Gminy Bielawa. Referencje zostały wystawione praktycznie jedna po drugiej w odstępach dwóch tygodni. Sytuacje tego rodzaju powinny wzbudzać u zamawiających czujność i prowadzić do zweryfikowania dokumentów u źródła – zamawiającego, który wystawił referencje lub w powszechnie dostępnych informacjach – sieć Internet. Gdyby Zamawiający uczynił zadość swoim obowiązkom powziąłby wiedzę, że usługi świadczone na rzecz Gminy Bielawy realizowane były w konsorcjum z innym podmiotem i praca przewozowa wskazana przez A21 w wykazie usług przedłożonym Zamawiającemu najprawdopodobniej nie odpowiada rzeczywistości.

4. W przypadku, gdy usługi były realizowane w ramach konsorcjum, Zamawiający w oparciu o pkt 5.8 SWZ, dopuszczał posłużenie się doświadczeniem w zakresie faktycznie wykonanych przez członka konsorcjum usług. W konsekwencji zaniechanie, o którym mowa pkt 3 powyżej, skutkowało zaliczeniem całej pracy przewozowej określonej w wykazie usług, jako zrealizowanej wyłącznie i samodzielnie przez A21 – co w ocenie Odwołującego może nie być zgodne ze stanem rzeczywistym.

5. W orzecznictwie nie ma wątpliwości co do tego, że wykonawca, który zrealizował usługi w ramach konsorcjum może się posługiwać tylko tym doświadczeniem, które dotyczy faktycznie zrealizowanych przez niego usług. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2021 roku wskazano, że „Weryfikacja warunków udziału winna nastąpić nie tylko przy uwzględnieniu postanowień specyfikacji, ale przede wszystkim przy uwzględnieniu stopnia rzeczywistej realizacji przez poszczególnych konsorcjantów danego zamówienia w przypadku, gdy wykonawcy powołują się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum. Tylko taka ocena pozwala dokonać wyboru oferty wykonawcy, który gwarantuje należyte wykonanie zadania, posiada bowiem niezbędne ku temu wcześniejsze doświadczenie zawodowe i odpowiedni potencjał do realizacji zadania o określonym rozmiarze i założeniach. Zatem brak jest możliwości bezrefleksyjnego sumowania potencjałów” . Stanowisko to znajduje także potwierdzenie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE w szczególności w wyroku z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt „Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału”.

6. Ten ciąg zaniechań ze strony Zamawiającego, może skutkować wyborem oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a co za tym idzie oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona. Prawidłowe zweryfikowanie przedstawionych powyżej okoliczności, wymaga jednak dokonania ponownego badania i oceny ofert. W związku z czym Odwołujący, w przypadku nieuznania zarzutów pierwszego, drugiego lub trzeciego, wnosi o unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum P. i ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem właściwych postanowień SWZ i Pzp.

7. Dodatkowym elementem, który powinien zostać przez Zamawiającego zbadany są Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia („JEDZ”) złożone przez wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum P.. Zgodnie z art. 125 ust. 3 Pzp „oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania

wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe”.

8. JEDZ jak wynika z treści przywołanego wyżej przepisu powinien potwierdzać, że w dniu składania ofert nie zachodziły wobec wykonawcy podstawy do wykluczenia z postępowania, zaś warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione. Jeżeli JEDZ został opatrzony datą 24 listopada, zaś z jego treści nie wynika, że oświadczenia zachowują swoją aktualność w dacie złożenia oferty, to w postępowaniu brak jest dokumentu, który potwierdziłby te okoliczności w okresie ok dwóch tygodni. W urzędowym komentarzu do Pzp wskazano, że „W myśl art. 125 ust. 3 Pzp oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji ma potwierdzać brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert. Również oświadczenie przedkładane po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert (np. w razie wezwania do uzupełnienia jego złożenia w sytuacji, o której mowa w art. 128 ust. 1 Pzp, albo w procedurze odwróconej), musi potwierdzać stan istniejący na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert” .

9. Przyjmując stanowisko prezentowane w doktrynie, że JEDZ musi potwierdzać stan istniejący w dniu składania ofert, w treści dokumentu lub wyjaśnieniu tego dokumentu powinna pojawić się informacja, że dane w nim przedstawione były aktualne w dacie złożenia ofert.

10. JEDZ-e złożone przez podmioty wchodzące w skład Konsorcjum P. nie zawierają takiej informacji, a co za tym idzie brak jest potwierdzenia, że podmioty te spełniały warunki udziału w Postępowaniu w okresie pomiędzy 10 a 24 listopada 2021 r. W konsekwencji, Zamawiający powinien tę okoliczność przynajmniej wyjaśnić w oparciu o treść art. 128 Pzp.

11. Zaniechanie wyjaśnienia, o którym mowa w pkt 10 powyżej, stanowi kolejne zaniechanie Zamawiającego, które powinno zostać konwalidowane, jednakże wymaga to przeprowadzenia ponownego badania ofert, a co za tym idzie czynność wyboru oferty Konsorcjum P. powinna zostać unieważniona.

Wpis od odwołania w kwocie 15.000,00 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych (Załącznik nr 1 – akta sprawy).

Zamawiający został poinformowany o wniesieniu odwołania (załącznik numer 5 -akta sprawy).

Pismem z dnia 3 lutego 2022r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości (w aktach sprawy).

Odwołujący w dniu 15 lutego 2022r. wniósł pismo procesowe, w którym podtrzymał wnioski odwołania (w aktach sprawy).

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE pismo z 3 lutego 2022r.

Zamawiający wniósł o o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. przeprowadzenie dowodu z całej dokumentacji Postępowania przekazanej przez Zamawiającego;
3. przeprowadzenie dowodu z załączonych do niniejszego pisma dokumentów oraz przedstawionych na rozprawie;
4. zasądzenie kosztów postępowania od Odwołującego na rzecz Zamawiającego, w tym kosztów zastępstwa na podstawie przedłożonego rachunku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów PZP poprzez brak odrzucenia oferty zwycięskiego konsorcjum, pomimo, iż w świetle okoliczności sprawy, zdaniem Odwołującego Zamawiający mógł stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że konsorcjum firm w składzie UT P. oraz A21 sp. z o.o. (dalej jako „konsorcjum P.”) zawarło z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji (art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP). Nadto wskazano, iż oferta konsorcjum P. została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co skutkowało obowiązkiem jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP. Jednocześnie zarzucono Zamawiającemu brak odrzucenia oferty ww. wykonawców z powodu nieprawidłowo złożonego wadium oraz braku wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

Z zarzutami ww. odwołania nie sposób się zgodzić, co znajduje uzasadnienie w następujących okolicznościach.

STAN FAKTYCZNY

Zamawiający w lipcu 2021 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania

Zarządu Transportu Metropolitalnego“. Postępowanie zostało podzielone na 7 części (segmentów).

Przed upływem terminu składania ofert, który został wyznaczony na 10 listopada 2021 roku, do Zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Nr części	Nr oferty	Wykonawcy, którzy złożyli ofertę	Cena oferty (brutto)
I	1.	K. sp. z o.o. sp. k., N. Transport B. N.,	186 846 216,10 zł
II	1.	LZ A. L., M. L. sp. j. PKS Południe sp. z o.o. I. K. „IREX” Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o. IREX-2 sp. z o.o.	196 800 510,72 zł
	2.	Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o.o.	185 781 345,49 zł
III	1.	B. N. N. Transport; LZ A. L., M. L. sp. j.; PKS Południe sp. z o.o.	167 378 315,31 zł
	2.	Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o.o.	173 021 323,19 zł
IV	1.	Usługi Transportowe K. P. K. sp. z o.o. sp. k.	149 367 691,29 zł
V	1.	Transgór S.A. A 21 sp. z o.o.	143 279 644,69 zł
VI	1.	IREX I. K. Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o. IREX-2 sp. z o.o. Transgór S.A.	213 456 537,66 zł
	2.	„Mobilis” sp. z o.o.	221.454.567,78 zł
VII	1.	Usługi Transportowe K. P. A 21 sp. z o.o.	225 237 934,18 zł
	2.	„Mobilis” sp. z o.o.	247 770 091,64 zł

Po otwarciu ofert Odwołujący - Mobilis sp. z o.o. (wykonawca w cz. VI oraz VII) złożył do Zamawiającego pismo z dnia 22 listopada 2021 r., w którym poinformował, iż w jego przekonaniu wystąpiła zmowa przetargowa pomiędzy podmiotami, które złożyły oferty w Postępowaniu w ramach konsorcjum.

Zamawiający niezwłocznie po powzięciu ww. informacji skierował do ww. wykonawców wnioski o wyjaśnienie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w zakresie oświadczenia co do braku podstawy do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP. Zamawiający w odpowiedzi na powyższe otrzymał od wszystkich wykonawców niezbędne wyjaśnienia. Po przeprowadzonej analizie Zamawiający uznał, iż brak jest wiarygodnych

przesłanek, że wskazani wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Następnie w wyniku badania i oceny ofert w części VII, jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez konsorcjum w składzie UT P., oraz A21 sp. z o.o.

I. ZARZUT NARUSZENIA ART. 108 UST. 1 PKT 5 PZP – ZMOWA PRZETARGOWA

Zgodnie z art. 58 ust. 1 PZP, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Występowanie więc przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach konsorcjum, to legalna, przewidziana przepisami forma. Co istotne, zawieranie konsorcjów nie zostało obwarowane żadnym dodatkowym wymogiem. W orzecznictwie w tym zakresie wskazano, iż:

„Za niezasadny należy uznać pogląd, zgodnie z którym złożenie wspólnej oferty w ramach konsorcjum należy automatycznie kwalifikować jako zakazane porozumienie przetargowe, nawet w sytuacji gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu lub mogą samodzielnie wykonać zamówienie. Taki pogląd stałby w sprzeczności z ratio legis art. 23 p.z.p., który nie wprowadza żadnych ograniczeń w udziale konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Celem regulacji z art. 23 ust. 1 p.z.p. jest umożliwienie zarówno uzyskania zamówienia wykonawcom, którzy z różnych przyczyn nie są zdolni do samodzielnego wykonania zamówienia, jak i wykonania zamówienia przez wykonawców zdolnych do jego uzyskania i samodzielnego wykonania, jeżeli samodzielne wykonanie zamówienia byłoby ekonomicznie nieuzasadnione” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2018 r., KIO 1295/18.

Oznacza to, że samo złożenie wspólnej oferty nie może być automatycznie kwalifikowane jako działanie antykonkurencyjne nawet w sytuacji gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu lub mogą samodzielnie wykonać zamówienie.

Zgodnie zaś z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP:

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Przedmiotowa podstawa wykluczenia musi być interpretowana ściśle i jej zastosowanie winno być oparte o obiektywnie stwierdzone przez Zamawiającego okoliczności, potwierdzone stosownymi dowodami (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 7 października 2019 r. KIO 1818/19).

Ww. przepis stanowi, iż Zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia z postępowania wykonawcę, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Tym samym nie każde porozumienie pomiędzy wykonawcami (a więc wzajemna wymiana informacji) stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania. Tylko takie porozumienie, którego celem jest zakłócenie w jakiś sposób konkurencji, powinno skutkować wykluczeniem z postępowania. Zakazane nie jest więc samo porozumienie między wykonawcami, lecz cel tego porozumienia, którym jest zakłócenie konkurencji.

„Zgodnie z ust. 1 pkt 5 do wykluczenia wykonawcy z postępowania nie jest wystarczające zaistnienie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne, przez co należy rozumieć porozumienie mające na celu sztuczne zwiększanie swoich szans na uzyskanie zamówienia lub wyeliminowanie innych wykonawców z postępowania. Nie jest natomiast zakazane jakiegokolwiek kontaktowanie się wykonawców czy wzajemne informowanie się o zamiarze złożenia oferty, o ile nie prowadzi do osiągnięcia wskazanych wyżej, antykonkurencyjnych celów. Należy zauważyć, że nie można upatrywać antykonkurencyjnego porozumienia w zamiarze „podzielenia się” rynkiem przez wskazanych wykonawców, zwłaszcza gdy liczba wykonawców na rynku, którego dotyczy dany przedmiot zamówienia, nie jest w żaden sposób ograniczona, jest to rynek konkurencyjny, o czym może świadczyć np. liczba wykonawców uczestniczących w danym postępowaniu czy też w postępowaniu poprzednio prowadzonym przez zamawiającego” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2019 r. KIO 2189/19.

Kwestia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji jest regulowana przepisami ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej jako: „u.o.k.i.k.”) i zgodnie z art. 6 u.o.k.i.k.:

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

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

Pojęcie porozumienia jest interpretowane bardzo szeroko i w u.o.k.i.k. porozumienia zostały zdefiniowane w sposób odwołujący się bezpośrednio do form w niej wymienionych. Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 5 u.o.k.i.k. przez pojęcie porozumienia należy rozumieć:

- 1) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów;
- 2) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki
- 3) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

W największym skrócie można stwierdzić, że porozumieniami zakazanymi są te podejmowanie przez wielu - przynajmniej dwóch - niezależnych przedsiębiorców jakichkolwiek uzgodnionych działań, które mają cel lub skutek w postaci eliminowania, ograniczania lub zniekształcania konkurencji.

Zmowy przetargowe są jednoznacznie zakazane przez ww. art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k., przy czym z klasycznie rozumianą złą przetargową mamy do czynienia, gdy przedsiębiorcy podejmują działania umożliwiające im manipulowanie wynikiem procedury zamówieniowej, ze szkodą dla konkurencji i dla zamawiającego. Istotą takiej zmy jest wypaczenie wyniku procedury zamówieniowej (a więc w praktyce wyboru oferty droższej czy też mniej korzystnej dla zamawiającego pod innymi względami), właśnie z uwagi na istnienie zmy pomiędzy wykonawcami.

Co istotne, jak wskazuje się w doktrynie:

„Mając świadomość racjonalności opisanego powyżej zakazu, należy jednocześnie zastrzec, że funkcjonowanie gospodarki rynkowej musi opierać się na współpracy pomiędzy przedsiębiorcami, zarówno tymi, którzy konkurują ze sobą, jak i tymi, którzy działają na różnych szczeblach obrotu. Współpraca taka często wymaga zawierania różnego rodzaju porozumień, z których wiele wywołuje prokonkurencyjne skutki albo jest co najmniej neutralna z punktu widzenia konkurencji na rynku. Jest tak bowiem kooperacja pozwala dzielić ryzyko, oszczędzać koszty i szybciej wdrażać innowacje (w tym kontekście jest ona w szczególności korzystna dla małych i średnich przedsiębiorców). Z tego też względu kluczowe znaczenie ma prawidłowe rozgraniczenie porozumień antykonkurencyjnych, a tym samym zakazanych, od porozumień, które nie naruszają przepisów prawa(...). Błędne podejście do porozumień między przedsiębiorcami może bowiem prowadzić do zakazywania działań, które nie wywołują wystarczających antykonkurencyjnych skutków (tzw. false positives), względnie do akceptowania działań, które wywołują skutki niepożądane z punktu widzenia celów prawa konkurencji, pomimo że – przykładowo – nie spełniają formalnych

przesłanek kwalifikowania ich jako sprzecznych z prawem (tzw. false negatives). Taki stan może z kolei zniechęcać przedsiębiorców do podejmowania działań, które miałyby prokonkurencyjny wymiar (np. zaniechania przez konkurentów pożądanego współpracy gospodarczej z obawy przed oskarżeniem ich o antykonkurencyjną zмовę). W takiej sytuacji niewątpliwie zwiększa się także ryzyko regulacyjne, co ma również negatywny wpływ na rozwój gospodarki” - Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II.

Słusznie wskazano w ww. stanowisku, iż do kwestii konsorcjum należy podchodzić w sposób racjonalny. Nieprawidłowym i nieuzasadnionym jest, aby wykluczać z udziału w postępowaniu konsorcjum, tylko z tego powodu, iż zdaniem Odwołującego każdy z konsorcjantów samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Do kwestii konsorcjum należy podejść znacznie szerzej i sprawdzić jakie inne, bardziej doniosłe benefity wynikają z takiej kooperacji. Arbitralne podejście polegające na wykluczaniu z postępowań konsorcjów, w których nawet każdy wykonawca samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu skutkowałoby zniechęcaniem przedsiębiorców do zawierania umów konsorcjum, która to współpraca ma najczęściej pozytywny wpływ na realizację zamówienia poprzez zwiększenie jego efektywności, czy jakości.

Dla ustalenia, czy przedsiębiorcy naruszyli zakaz zawierania antykonkurencyjnych porozumień, konieczne jest więc kumulatywne wykazanie, że:

- ✓ pomiędzy wskazanymi przedsiębiorcami doszło do zawarcia porozumienia,
- ✓ celem lub skutkiem zawarcia tego porozumienia było wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym,
- ✓ nie występują przesłanki wyłączające to porozumienie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję, o których mowa w art. 7 i 8 u.o.k.i.k.

Odwołujący nie wykazał, żadnej z powyższych przesłanek, a to jego obciąża ciężar dowodzenia w tym zakresie. W tym kontekście oczywiście zgodzić się należy, iż dla wykazania istnienia zмовы przetargowej nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, jednak nie oznacza to, że wystarczy jakakolwiek wątpliwość. Jak wskazuje się w tym zakresie w orzecznictwie:

„Izba zgadza się ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie i podczas rozprawy, że podstawa faktyczna domniemania zмовы przetargowej musi uprawniać do wniosku, iż wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, nie może też być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć z zaistniałych okoliczności. Można prezentować różne poglądy na temat tego, jak silny musi być taki dowód, czy też, czy może to być jedynie

uprawdopodobnienie, jednak rzeczywiście jakaś forma dowodu musi zaistnieć, (...). Same zaś twierdzenia, podejrzenia i wątpliwości, jakie można powziąć w danym stanie faktycznym, środka dowodowego nie stanowią” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2018 r. KIO 2095/18.

Zmowa przetargowa nie może więc stanowić zaledwie jednego z wielu możliwych scenariuszy w świetle okoliczności sprawy. Jeżeli zawarcie konsorcjum jest uzasadnione również w świetle innych okoliczności, to brak jest wiarygodnych przesłanek dla stwierdzenia wystąpienia zmowy przetargowej.

„W konsekwencji, stwierdzenie istnienia porozumienia wykonawcy z innymi wykonawcami mającymi na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących, analizy całokształtu zdarzeń i czynności, które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadzą one do stwierdzenia, że w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie. Stwierdzenie 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. (...). te poszlaki muszą mieć taki rozmiar, że w świetle zasad logiki, doświadczenia życiowego, statycznych prawidłowości jako oczywisty w konkretnym stanie faktycznym będzie jawić się wniosek, że określony układ zdarzeń nie miałby miejsca, gdyby nie istnienie określonego porozumienia między podmiotami” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 r., KIO 2213/17.

Wobec powyższego należy wskazać, iż w niniejszym Postępowaniu, w szczególności mając na uwadze wyjaśnienia złożone przez wykonawców składających oferty w konsorcjum, istnieją inne logiczne, racjonalne względy przemawiające za taką współpracą, a to co najmniej następujące :

1/ limit do 2 części na jakie wykonawcy mogli złożyć ofertę

W niniejszym Postępowaniu zgodnie z art. 91 ust. 1 PZP, Zamawiający dopuścił złożenie oferty przez jednego Wykonawcę na maksymalnie 2 części zamówienia.

Pomimo więc podziału zamówienia na 7 części, każdy z wykonawców był uprawniony do złożenia oferty maksymalnie na 2 części zamówienia. Ograniczenie to zmuszało więc do odpowiedniej analizy i doboru części na które zostanie złożona oferta.

2/ duży i złożony zakres zamówienia

Zwrócić należy szczególną uwagę na duży zakres przedmiotowego zamówienia - w przeciągu 8 lat realizacji zamówienia, w każdej z części do przejechania będzie około kilkadziesiąt milionów wozokilometrów. Szczegóły obrazuje tabela poniżej, zawarta również w punkcie 3.3. SWZ (w aktach sprawy):

Jednocześnie wskazać należy, iż w poszczególnych częściach docelowo wykorzystana ma zostać następująca liczba pojazdów:

- 1) cz. I – 51 pojazdów;
- 2) cz. II – 50 pojazdów;
- 3) cz. III – 43 pojazdy;
- 4) cz. IV – 34 pojazdy;
- 5) cz. V – 36 pojazdów;
- 6) cz. VI – 48 pojazdów; 7) cz. VII – 53 pojazdy.

W każdej z części wymagana jest też różna liczba i różny typ taboru (MN, AN, BN, CN). Poszczególne typy autobusów różnią się przede wszystkim pojemnością, oraz wielkością. Przykładowo pojazdy MN, to tzw. minibusy, a pojazdy typu CN, to tzw. autobusy przegubowe, największe z wszystkich ww. typów.

W świetle powyższego należy mieć też na uwadze fakt, iż praca eksploatacyjna w ramach poszczególnych części sukcesywnie wzrasta, co wymaga zaangażowania coraz większych zasobów przez wykonawcę, co może być problematyczne w sytuacji samodzielnej realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kształtowanie się wzrostu pracy eksploatacyjnej, wskazano w punkcie 3.5. SWZ (zmienionej następnie w dniu 23 września 2021 roku).

Co istotne w przypadku cz. VII, już od 1 lipca 2022 roku dochodzi do dość znacznego wzrostu zaangażowania taboru z 2 autobusów na 22.

Podobne okoliczności dotyczą każdej z pozostałych 6 części – liczba zaangażowanego taboru sukcesywnie wzrasta, co wymaga znacznego zaangażowania posiadanego potencjału. Właśnie udział w konsorcjum powoduje, iż realizacja tych obowiązków staje się prostsza.

Już same ww. okoliczności dowodzą, iż przedmiotowe zamówienie, w każdej części jest ogromnym wyzwaniem logistycznym oraz organizacyjnym, co potwierdza wiarygodność wyjaśnień wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach konsorcjum, iż wspólne złożenie oferty ma uzasadnienie: ekonomiczne, w podziale ryzyk oraz w celu należytej realizacji umowy z perspektywy optymalnego sposobu wykonania zamówienia.

3/położenie bazy eksploatacyjnej

Zgodnie z warunkami zamówienia, Zamawiający płacić będzie wyłącznie za faktycznie wykonane na jego rzecz wozokilometry na podstawie opracowanego rozkładu jazdy, co oznacza, iż Zamawiający nie zapłaci za wozokilometry, które wykonawca musi przejechać autobusem ze swojej bazy eksploatacyjnej, do pierwszego przystanku, od którego to mają być świadczone usługi autobusowe na danej linii. Tak samo Zamawiający nie zapłaci za przejechane wozokilometry po zakończeniu jazdy, tj. na odcinku ostatni przystanek danej linii – baza eksploatacyjna. W konsekwencji umiejscowienie bazy eksploatacyjnej, zajezdni (a więc miejsca gdzie przechowywane są pojazdy), ma naturalny wpływ na to, w którym segmencie koszty własne danego wykonawcy będą niższe (gdzie jednym z najistotniejszych czynników kosztotwórczych jest paliwo). Koszt dojazdu do pierwszego przystanku i powrotu do bazy eksploatacyjnej z ostatniego przystanku, to zatem istotna część składowa ceny, a koszty te niewątpliwie przekładają się na cenę oferty danego wykonawcy. Im większa odległość dojazdowa, tym wyższe koszty, a tym samym większa cena za przejechany wozokilometr.

Ponadto zgodnie z załącznikiem nr 3 do wzoru umowy – wymagania wobec Wykonawcy:

18. W przypadku zdarzeń losowych, np. awarii pojazdu, Wykonawca ma włączyć do obsługi zadania przewozowego w ciągu maksymalnie 30 minut inny pojazd, od momentu wystąpienia zdarzenia i braku możliwości dalszej realizacji usługi pojazdem podstawowym.

Wykonawca ma więc obwarowany karą umowną (załącznik nr 11 do umowy pkt 5 lit. c, tire piąte) obowiązek zapewnienia pojazdu zastępczego na wypadek jego awarii. Położenie bazy eksploatacyjnej ma więc kluczowe znaczenie celem realizacji tego obowiązku i zapewnienia pojazdu zastępczego w ciągu maksymalnie 30 minut.

Niewątpliwie współpraca w ramach konsorcjum, a więc występowanie co najmniej 2 wykonawców (i co najmniej 2 baz eksploatacyjnych w różnych lokalizacjach) minimalizuje ryzyka niewykonania ww. obowiązku.

Odnosząc powyższe bezpośrednio na okoliczności faktyczne w niniejszym Postępowaniu należy wskazać, że :

- jak wynika z wyjaśnień Transgór S.A., podmiot ten posiada bazę eksploatacyjną w Mysłowicach, przy ul. Fabrycznej 7A – właśnie ta lokalizacja spowodowała złożenie oferty w cz. V oraz VI. – a jak wynika z punktu 3.2. SWZ, który wskazuje na główny obszar świadczenia usług autobusowych, Mysłowice znajdują się jedynie w cz. V oraz VI.
- K. sp. z o.o. sp. k. posiada zajezdnię autobusową przy ul. Ziemskiej 5 w Zabrze, co automatycznie determinowało złożenie oferty na części (I i IV), w których miejscowość ta się znajduje.
- UT P. posiada bazę eksploatacyjną w Bytomiu, stąd logicznym wydaje się złożenie oferty w cz. IV oraz VII przez ten podmiot, które to części obejmują w szczególności Bytom, oraz miejscowości sąsiednie.
- Meteor sp. z o.o. (podmiot z grupy IREX) posiada bazę eksploatacyjną w Świętochłowicach, a ofertę złożył m.in. w cz. VI, gdzie będą obsługiwane linie w Świętochłowicach. Nadto, podmioty z grupy IREX posiadają zajezdnię w Będzinie przy ul. Koszelew 1, a więc w tym świetle uzasadnionym było złożenie oferty w cz. II Postępowania, która obejmuje również tę miejscowość.
- LZ A. L., M. L. sp.j. oraz PKS Południe sp. z o.o. dysponują z kolei zajezdnią znajdującą się przy ul. Fabrycznej 41 w Rogoźniku (gmina Bobrowniki), a Bobrowniki znajdują się wyłącznie w części II oraz III, na które ww. podmioty złożyły ofertę.
- N. Transport posiada z kolei zajezdnię przy ul. Dworcowej 17 w Toszku, która to miejscowość znajduje się w cz. I, a także w Świerklańcu, który to obszar ma być obsługiwany w ramach części nr III i na te części złożył ofertę.
- A21 sp. z o.o. posiada z kolei zajezdnię przy ul. Wieniawskiego 18 w Chorzowie, stąd najlepszym rozwiązaniem dla tego podmiotu było złożenie oferty w cz. VII a także w części V.

Dowód: adresy zajezdni poszczególnych wykonawców, wyjaśnienia A 21 sp. z o.o. wyjaśnienia grupy IREX, wyjaśnienia K. sp. z o.o. sp.k., wyjaśnienia Nowa Transport, L. sp. j., wyjaśnienia Transgór S.A., wyjaśnienia UT P.

Złożenie ofert właśnie we wspomnianych częściach jest logiczne i uzasadnione ekonomicznie ze względu na zamiar obsługi linii autobusowych znajdujących się w tych samych miejscowościach co zajezdnie, oraz w miejscowościach ościennych.

Logicznym następstwem powyższego jest też okoliczność, że poszczególni wykonawcy dobierali konsorcjantów, którzy posiadają bazę eksploatacyjną w danym segmencie, co pozwalało na optymalizowanie kosztów i obniżenie ceny oferty.

4/ Zachowanie ciągłości przewozowej

Jak wynika z wyjaśnień wykonawców, kolejnym czynnikiem determinującym złożenie oferty była liczba obsługiwanych obecnie linii w poszczególnych segmentach, wykonawcy dążyli do tego, aby jego tabor znajdował się w ciągłym użytku. Mianowicie celem wykonawców było złożenie ofert w częściach, gdzie możliwym będzie utrzymanie bieżącego wykorzystania taboru. Wspomniany już wcześniej, wzrost pracy eksploatacyjnej przy realizacji udzielanego zamówienia jest wynikiem tego, iż część dotychczasowych umów kończy się w pewnych okresach, a więc od następnego dnia niezbędnym jest zapewnienie odpowiedniego przewoźnika na liniach, które były przedmiotem tych umów. Najłatwiejszym, a jednocześnie najtańszym rozwiązaniem dla poszczególnych wykonawców było więc takie działanie, aby kontynuować dotychczasową obsługę linii. Wykonawcy dokonywali więc szczegółowej analizy, aby ustalić, w którym z poszczególnych segmentów realizują dotychczas najwięcej linii i w konsekwencji mają zaangażowaną największą liczbę taboru.

Mimo, iż opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał jakie konkretne linie będą stanowiły przedmiot poszczególnych części zamówienia to wykonawcy byli w stanie „odkodować” jaka linia, w której części Postępowania będzie realizowana. Było to możliwe w szczególności za pośrednictwem danych znajdujących się w Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego . Natomiast informacje co do podmiotu obsługującego dane linie to informacja publiczna. Im większa liczba obsługiwanych linii przez danego wykonawcę w danym segmencie, tym bardziej racjonalna wydaje się jego decyzja, że właśnie w tym segmencie złoży ofertę.

Ponadto wiedza ta w oczywisty sposób wpływała na dobór części, w których składano ofertę, mając na względzie limit do max. 2 części Postępowania.

Wedle wyjaśnień UT P., dla tego Wykonawcy najkorzystniejszym było złożenie oferty w tych częściach, w których tych linii aktualnie obsługuje najwięcej. Co istotne, UT P. w swoich

wyjaśnieniach wskazał, iż to właśnie w segmentach, w których złożył ofertę, tj. w IV oraz VII ma zaangażowaną największą liczbę taboru – 37 pojazdów typu BN.

Na ww. okoliczność w swoich wyjaśnieniach wskazał również Transgór S.A., który wskazał, iż co prawda aktualnie obsługuje linie znajdujące się w 3 segmentach, lecz ze względu na fakt, że obecnie najwięcej linii obsługuje w częściach V oraz VI, właśnie tam złożył swoją ofertę.

Podobnie sytuacja ma się w przypadku pozostałych wykonawców. K. sp. z o.o. sp. k. złożył ofertę w cz. I oraz w cz. IV, gdzie również będzie miał możliwość kontynuowania obsługi sumarycznie kilkunastu linii autobusowych (najwięcej spośród wszystkich segmentów).

N. Transport z kolei złożył ofertę w cz. I oraz w cz. III, gdzie znajduje się największa liczba linii, którą aktualnie obsługuje ten podmiot (w przypadku cz. I są to umowy na obsługę 13 linii, a w przypadku cz. III umowy na obsługę 25 linii).

Wedle analizy Zamawiającego, LZ A. L., M. L. sp. j. wraz z PKS Południe sp. z o.o. również złożyli oferty w segmentach, gdzie w chwili obecnej obsługują największą liczbę linii autobusowych. W cz. II, podmioty te aktualnie mają zawarte umowy na obsługę 13 linii znajdujących się w tym segmencie, natomiast w cz. III zobowiązali się do obsługi 4 linii autobusowych.

A21 sp. z o.o. również złożyło ofertę w częściach, w których w ramach zawartych umów aktualnie realizuje określone linie autobusowe, mianowicie w cz. V (5 linii) oraz w cz. VI (1 linia).

W przypadku grupy IREX, podmioty te najwięcej linii obsługują w pakiecie VI Postępowania,. W przypadku części II zamówienia, Grupa IREX obsługuje w tym segmencie linie nr 25, 103 oraz 634 (sumarycznie 6 autobusów).

Z powyższego wynika więc, że wykonawcy składali oferty tam gdzie będą mieli największą szansę na kontynuację dotychczas obsługiwanych linii. W takim przypadku tabor jest ciągle zaangażowany, nie dochodzi do jego przestoju, stałe zaangażowanie taboru umożliwia generowanie zysków, a w przypadku pojazdów leasingowanych skutkuje tym, że „pojazd na siebie zarabia”. Jednocześnie powoduje to stałe zaangażowanie kierowców i innych pracowników. Wykonawcy w szczególności nie muszą na ich rzecz uiszczać tzw. postojowego. Natomiast w związku z deficytem kierowców, wykonawcy nie są skory do zwalniania pracowników, mając niedaleką wizję rozpoczęcia realizacji usług na innych liniach, gdzie wówczas ci pracownicy mogliby zostać zaangażowani. Im większa liczba przerw w świadczeniu usług, tym bardziej ma to negatywne konsekwencje dla wykonawców

– w okresie przestoju wykonawca nie zarabia. Przerzucanie natomiast taboru na inne linie wymagałoby od wykonawców z pewnością istotnych nakładów finansowych.

Powyższe tym bardziej uwiarygadnia wyjaśnienia wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach konsorcjów, że decyzja o doborze konsorcjanta i danej części Postępowania na jaką złożyli oferty miało ekonomiczne uzasadnienie.

Dowód: wyjaśnienia A 21 sp. z o.o., wyjaśnienia grupy IREX, wyjaśnienia K. sp. z o.o. sp.k., wyjaśnienia Nowa Transport, L. sp. j. , wyjaśnienia Transgór S.A. , wyjaśnienia UT P.

5/ łączenie potencjału technicznego i osobowego

W każdej z części Postępowania wymagana jest niebagatelna liczba pojazdów wahająca się pomiędzy 34 a 53 pojazdami różnych typów.

Jak wskazał w swoich wyjaśnieniach UT P., ze względu na brak taboru typu CN (przegubowe), zdecydował się zaoferować w części IV współpracę K. sp. z o.o. sp. k., który posiada tabor typu CN i właśnie tym taborem obsługuje linie 623, która to mieści się we wspomnianej części IV (oszczędność z tytułu płynnego przejścia linii). Brak zawarcia ww. konsorcjum spowodowałby, że UT K. P. nie mógłby wziąć udziału w cz. IV zamówienia, ponieważ nie dysponowałby taborem typu CN (w liczbie 6 pojazdów), który zgodnie z SWZ do realizacji zamówienia należy wprowadzić już od 1 lipca 2022 r.

Podobnie rzecz się miała w cz. VII, gdzie konsorcjum UT P. zaoferowało współpracę A21 sp. z o.o. również z powodu braku taboru typu CN, który jest wymagany od dnia 1 lipca 2022 roku. Tabor ten z kolei posiada A21 sp. z o.o., który to aktualnie właśnie tym typem taboru realizuje obsługę linii, która będzie realizowana w ramach części nr VII Postępowania. Spółka A21 sp. z o.o. w zamiarze konsorcjantów ma więc w szczególności kontynuować realizację niektórych z linii znajdujących się w ww. cz. VII, co również wpłynie na obniżenie kosztów, a jednocześnie czyniło to A21 sp. z o.o. naturalnym i najlepszym konsorcjantem.

Na tę samą okoliczność w swoich wyjaśnieniach wskazał K. sp. z o.o. sp. k., który w cz. I zawarł konsorcjum m.in. z powodu braku taboru AN, który to jest wymagany do realizacji zamówienia już od 1 maja 2022 roku. Tabor ten z kolei znajduje się w posiadaniu N. Transport, z którym to zawarto konsorcjum.

Nie tylko wymagany typ pojazdów, ale również ich liczba stanowiła realną przeszkodę w samodzielnej realizacji zamówienia. Przykładowo Transgór S.A. w swoich wyjaśnieniach wskazał, iż wykorzystuje 25 pojazdów, co oznacza, iż nie byłby zdolny do samodzielnej realizacji jakiegokolwiek z części, w której złożył ofertę (V oraz VI). A21 sp. z o.o. wskazuje z

kolei, iż dysponuje bazą eksploatacyjną, która jest w stanie pomieścić jedynie 45 autobusów, a celem realizacji poszczególnych zamówień wykorzystuje 36 autobusów (pozostałe 9 pojazdów to autobusy rezerwowe).

Dowód: wyjaśnienia A 21 sp. z o.o., wyjaśnienia K. sp. z o.o. sp.k., wyjaśnienia Transgór S.A. wyjaśnienia UT P.

Jednocześnie na każdy pojazd wymagane jest zapewnienie co najmniej 2 kierowców. Samodzielna realizacja którejkolwiek z części wymagałaby zaangażowania od 70 do 105 kierowców. Jest to znaczna liczba zwłaszcza mając na uwadze, iż faktem powszechnie znanym w branży autobusowej jest deficyt kierowców , .

Dowód: artykuł pn. „Deficyt kierowców autobusów w Polsce”, Artykuł pn. „Deficyt kierowców”

Na okoliczność braku kierowców, oraz trudności w ich rekrutacji zwrócił uwagę w swoim piśmie choćby K. sp. z o.o. sp. k. Zawarcie umowy konsorcjum minimalizuje konsekwencje niedoboru pracowników w szczególności kierowców.

Samodzielna realizacja zamówień wymagałaby znacznego wzrostu zatrudnienia – przykładowo Transgór S.A. w swoich wyjaśnieniach wskazał, że celem realizacji wspomnianych zamówień musiałby zwiększyć zatrudnienie aż o 164%, co byłoby znacznie utrudnione przy wspomnianym niedoborze kierowców. Jednocześnie generowałoby względem wykonawców kolejne koszty.

Kwestia wzajemnego uzupełniania swoich zasobów przez konsorcjantów wynika również z oświadczenia składanego w trybie art. 117 ust. 4 PZP. W przypadku oferty złożonej w cz. II przez konsorcjantów w składzie: LZ A. L., M. L. sp. j., PKS Południe sp. z o.o, I. K. „IREX”, Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o., IREX-2 sp. z o.o., z ww. dokumentu wynika, iż tylko dwóch wykonawców z ww. składu będzie wykonywało przewozy, co ewidentnie wskazuje na to, że rolą pozostałych konsorcjantów jest np. zapewnienie taboru, zajezdni, czy też kierowców. Podobna uwaga odnosi się również do oferty złożonej przez konsorcjantów w cz. III oraz cz. VI.

Dowód: oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP – cz. II (grupa Irex, PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L. M. L. Sp. j.); oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP – cz. III (N. Transport, PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L. M. L. Sp. j.), oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP – cz. VI (grupa Irex, Transgór S.A.)

6/ Realizacja innych umów

Uzasadnieniem zawarcia konsorcjum jest również równoległe realizowanie innych umów przez wykonawców.

K. sp. z o.o. sp. k. realizuje przykładowo dla ZTZ w Rybniku zamówienie pn. „Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dwudziestoma trzema autobusami”. W ramach tego zamówienia K. sp. z o. o. sp. k. będzie miał za zadanie świadczyć usługi autobusowe przez 10 lat w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2031 r., a więc równoległe z przedmiotowym zamówieniem.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, iż Transgór S.A. również złożył ofertę w ramach ww. przetargu i pomimo jego znacznie mniejszego zakresu, podmiot ten złożył ofertę w konsorcjum z Zajazd sp. z o.o.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 września 2021 r. (ZTZ PN 02/2021)

Z kolei Transgór S.A. realizuje zamówienia pn. Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na obszarze funkcjonowania ZKKM w Chrzanowie na liniach autobusowych nr: 3, 9, 10, 15, 30, 31, 32a (w tym część zadań na linii 17a), 32b, 35, 41, 42, angażując już tą część swojego taboru.

Dowód: informacja o wyborze oferty z dnia 4 lutego 2021 r.

Właśnie dzięki zawarciu konsorcjum, wykonawca ten jest w stanie realizować usługi autobusowe dla kilku zamawiających.

7/ Inne konsorcja

Jak wskazano już wcześniej, zawieranie przez wykonawców umów konsorcjum, nawet jeżeli poszczególni członkowie samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie jest praktyką odosobnioną, a przede wszystkim nie jest niezgodne z prawem. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest co najwyżej jednym z wielu powodów zawierania konsorcjów, jednak w branży autobusowej jest to kwestia wtórna. Potencjalni konkurenci, podejmują regularnie współpracę celem łączenia potencjałów i realizacji zamówień dla wygenerowania jak największych zysków.

Zamawiającemu znane są liczne przypadki konsorcjów zawartych przez wykonawców, którzy mają rzekomo brać udział w znowie przetargowej, a gdzie żadna znowa nie wystąpiła są to:

a) Konsorcjum Transgór S.A., PKS Południe sp. z o.o. oraz LZ A. L., M. L. sp. j. - usługi przewozowe na obszarze Olkusza oraz gmin sąsiednich;

- b) Konsorcjum Transgór S.A., N. Transport B. N., Usługi Transportowe K. P., LZ A. L., M. L. sp. j., K. sp. z o.o. sp. k. – usługi przewozowe na liniach komunikacji miejskiej w Wałbrzychu i gmin sąsiednich;
- c) Transgór S.A., Meteor sp. z o.o. – usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/79/PS/545/DO/603/15;
- d) I. K. IREX, Meteor sp. z o.o. – usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/103/PZ/560/DO/641/14;
- e) Meteor sp. z o.o., Irex-1 sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/26/PZ/308/DO/336/14, PO/69/PZ/416/DO/472/14, PO/83/PZ/439/DO/507/14, PO/51/PS/320/DO/361/16, PO/15/PS/83/DO/94/16.
- f) Meteor sp. z o.o., Irex-1 sp. z o.o., Transgór S.A. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/24/PS/176/DO/193/16 (konsorcjum zawarte celem obsługi 2 linii, tj. nr 155, 255)
- g) Meteor sp. z o.o., Irex-1 sp. z o.o., UT P. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/41/PS/339/DO/393/18 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 118)
- h) N. Transport, Meteor sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/29/PZ/323/DO/354/14 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 146)
- i) N. Transport, K. sp. z o.o. sp. k., UT P. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/46/PZ/361/DO/407/14
- j) UT P., Intrans, UT B. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/2/PZ/23/DO/26/15 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 901)
- k) UT P., PP T., - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/60/PS/332/DO/379/15, (konsorcjum zawarte celem obsługi 2 linii, tj. nr 148, 185)
- l) UT P., PKM Świerklaniec - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/4/PS/51/DO/53/16 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 820)
- m) K. sp. z o.o. sp.k., Meteor sp. z o.o. UT P. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/44/PS/303/DO/340/15, (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 23)
- n) PKS Południe sp. z o.o., UT P., A21 sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/1/PZ/5/DO/9/14
- o) PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L., M. L. sp. j. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/36/PZ/332/DO/366/14 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 969)

- p) LZ A. L., M. L. sp. j., PKS Południe sp. z o.o., A 21 sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/20/PS/145/DO/166/16 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 860)
- q) LZ A. L., M. L. sp. j., PKS Południe sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/54/PZ/392/DO/44/14, PO/110/PZ/727/DO/649/14, PO/112/PZ/729/DO/651/14, PO/19/PZ/210/DO/225/15
- r) LZ A. L., M. L. sp. j., N. Transport, PKS Południe sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/58/PZ/330/DO/377/15, PO/61/PS/333/DO/380/15
- s) Intrans, UT P. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/84/PZ/440/DO/508/14 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 921)
- t) V-BUS, A21 sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/15/PZ/189/DO/200/15, PO/16/PZ/190/DO/201/15 (w ramach tych 2 umów realizowane są 2 linie, 51 oraz 154).

Jak wynika z powyższego, konsorcja były zawierane nawet celem obsługi autobusowej 1 linii (!). Zdaniem Zamawiającego powyższe dowodzi, iż to właśnie różnego typu zasoby, jak techniczne, czy osobowe, decydowały o zawarciu konsorcjum, celem agregowania zasobów i zoptymalizowania sposobu działania.

W świetle okoliczności przytoczonych powyżej, nie do końca prawdziwy jest argument Odwołującego, iż „ww. podmioty konkurowały uprzednio na rynku objętym przedmiotem zamówienia uzyskując samodzielnie poszczególne zamówienia”. Sam fakt, że w innym postępowaniu, wykonawcy mogli wystartować samodzielnie, niczego nie dowodzi. Podobnie fakt, że wykonawcy obecnie samodzielnie (lub w innych konsorcjach, często konkurując ze sobą) ubiegają się o inne zamówienia nie może stanowić „dowodu” na to, że w niniejszym postępowaniu zawarli antykonkurencyjne porozumienie. Gdyby przyjąć taką logikę, okazałoby się, że ogólną regułą jest to, że wykonawcy, którzy historycznie realizowali zamówienia samodzielnie (żeby nie być posądzeni o zawieranie porozumień antykonkurencyjnych) mogliby ubiegać się o kolejne (zbliżone zakresowo) projekty wyłącznie samodzielnie. W oczywisty sposób przeczy to logice i doświadczeniu życiowemu.

PODSUMOWANIE

Mając na uwadze całość przedstawionych wyżej okoliczności faktycznych i prawnych nie sposób przyjąć aby w niniejszej sprawie wystąpiły „wiarygodne przesłanki” zawarcia przez wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach konsorcjum, porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu.

Szczególnego podkreślenia wymagają następujące okoliczności :

1. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów że członkowie konsorcjum P. zawarli znowę przetargową.

2. Wątpliwości przedstawione w odwołaniu nie są na tyle silne aby dawały jednoznaczną podstawę do stwierdzenia istnienia znowy przetargowej, a co najważniejsze nie są jedynym logicznym wyjaśnieniem dla zaistniałego stanu faktycznego (złożenia ofert przez wskazanych wykonawców w ramach różnych konsorcjów).

Jak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 1865/20 w wyroku z dnia 30.09.2020 r. : „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.”.

3. Złożenie ofert przez wskazanych wykonawców w ramach różnych konsorcjów ma natomiast inne logiczne uzasadnienie jak:

- i. lokalizacja baz transportowych poszczególnych przewoźników,
- ii. rachunek ekonomiczny - chęć kontynuacji obsługi tych samych linii co dotychczas,
- iii. narzucone przez Zamawiającego ograniczenie do dwóch części na jakie można było złożyć ofertę,
- iv. dobór części - najbardziej opłacalne było złożenie oferty w tych dwóch częściach zamówienia, w których do tej pory dany przewoźnik obsługiwał największą liczbę linii z wykorzystaniem największej liczby autobusów i kierowców.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2016 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 2694/15 wskazała, że zawiązanie konsorcjum powinno mieć swoje ekonomiczne uzasadnienie. Podkreślono, iż ciężar dowodu braku ekonomicznego uzasadnienia zawarcia konsorcjum w całości spoczywa na odwołującym. Powołując się na orzecznictwo antymonopolowe Izba wskazała, że nawet jeśli konsorcjum eliminuje konkurencję pomiędzy jego członkami, korzyści – w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości – wynikające z porozumienia co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją.

4. Decyzja o złożeniu oferty w ramach konsorcjum może wynikać nie tylko z braku możliwości samodzielnego wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu ale również ze względu na uzasadnienie biznesowe (np. podział ryzyk, optymalizacja kosztów, itp.). Jak wskazała Komisja Europejska w „Zawiadomieniu w sprawie narzędzi służących zwalczaniu znowy przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową” : „wspólna oferta może być uzasadnioną

decyzją biznesową, w zależności od konkretnych warunków rynkowych postępowania o udzielenie zamówienia, lub też koniecznością, jeżeli wykonawcy są w stanie spełnić kryteria kwalifikacji lub mają większe szanse na otrzymanie zamówienia wyłącznie wówczas, gdy składają ofertę jako konsorcjum.”.

5. Jednocześnie Odwołujący w żadnym razie nie wykazał, że uczestnicy konsorcjum P. byli w stanie samodzielnie zrealizować obie części zamówienia, w których złożyli oferty. Natomiast okoliczności wskazane w wyjaśnieniach poszczególnych wykonawców dowodzą, iż praktycznie żaden z wykonawców nie miał odpowiednich zasobów do samodzielnej realizacji poszczególnych części.

6. Brak jest przesłanek do uznania próby „podzielenia rynku” przez wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach konsorcjum skoro rynek zamówienia jest otwarty na konkurencję o czym świadczą chociażby oferty złożone przez innych wykonawców w częściach, w których startowały konsorcja (część II, III, VI i VII).

7. Żadne z konsorcjów nie miało możliwości „manipulowania” wynikiem przetargu, gdyż w żadnej części nie było 2 ofert konsorcjów, a te złożone podlegały otwartej konkurencji o czym świadczą oferty złożone przez innych wykonawców w częściach II, III, VI i VII.

Rynek usług autobusowych jest rynkiem otwartym, żaden z wykonawców nie mógł mieć jakiegokolwiek pewności ile podmiotów będzie zainteresowanych udziałem w Postępowaniu i jakie oferty zostaną złożone. Nie sposób więc twierdzić, iż wykonawcy mieli wiedzę „o braku konkurencji” i w sposób arbitralny dyktowali stawki za wozokilometr.

Co istotne w części II konsorcjum przegrało z innym wykonawcą właśnie w ramach otwartej konkurencji.

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2019 r., KIO 2189/19, KIO oddalając odwołanie zwróciło uwagę na następujące kwestie:

„Po pierwsze zauważenia wymaga, że przedmiotowe postępowanie toczy się celem udzielenia odrębnych i niezależnych od siebie zamówień w każdej z części. Oznacza to, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w różnych częściach w żaden sposób ze sobą nie konkurują. Taki podział zamówienia i złożenie ofert na różne części oznacza, że wykonawcy rzekomo uczestniczący w zмовie przetargowej nie mieli jakiegokolwiek możliwości manipulowania wynikami, np. poprzez wycofywania ofert na korzyść drugiego, nieuzupełnianie brakujących dokumentów czy uzgadniania działań wobec innych wykonawców. Tymczasem żeby wykazać istnienie porozumienia zakłócającego konkurencję

należałoby stwierdzić, że wykonawcy, chcąc osiągnąć antykonkurencyjne cele, zaniechali konkurencji między sobą, mimo że mieli taką powinność. Z uwagi na konstrukcję niniejszego postępowania oraz części zamówienia, na które Przystępujący oraz Konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. i Netservis M. K. złożyli oferty, taka konkurencja między wykonawcami z definicji nie mogła istnieć”.

W ww. orzeczeniu przede wszystkim zwrócono uwagę, iż:

„nie można upatrywać antykonkurencyjnego porozumienia w zamiarze „podzielenia się” rynkiem przez ww. wykonawców. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że liczba wykonawców na rynku, którego dotyczy przedmiot zamówienia nie jest w żaden sposób ograniczona, jest to rynek konkurencyjny, o czym świadczy chociażby liczba wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu (oferty złożyło 5 wykonawców) czy też w postępowaniu poprzednim (jak wynika ze złożonej przez Odwołującego informacji z otwarcia ofert w poprzednim postępowaniu, oferty złożyło 8 wykonawców). W związku z tym każdy wykonawca może na takich samych warunkach ubiegać się o udzielenie zamówienia i konkurować w poszczególnych częściach (przy czym to na mocy decyzji Zamawiającego konkurowanie to zostało ograniczone dla każdego z wykonawców do dwóch części zamówienia). Nie zostało wykazane, w jaki sposób ewentualne porozumienie istniejące między Przystępującym a oraz Konsorcjum Traffic Polska Sp. z o.o. i Netservis M. K. miałyby to uniemożliwiać”.

8. Ponadto w świetle rozbieżności cen zaoferowanych przez poszczególne konsorcja, trudno też uznać, że ceny zostały ustalone wspólnie i w porozumieniu :

Typ taboru	CZ. I	CZ. II	CZ. III	CZ. IV	CZ.V	CZ. VI	CZ. VII
MN	5,28 zł	5,41 zł	-	-	5,30 zł	5,89 zł	-
AN	6,88 zł	5,98 zł	6,05 zł	-	6,50 zł	6,76 zł	-
BN	6,90 zł	7,28 zł	7,38 zł	6,77 zł	7,45 zł	7,95 zł	7,44 zł
CN	8,77 zł	-	8,13 zł	8,60 zł	9,58 zł	9,82 zł	9,17 zł

9. Stanowisko Odwołującego w kwestii podwykonawstwa jest również całkowicie gołosłowne. Należy mieć na uwadze, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana jest tutaj na 96 miesięcy, a dynamika zmian na rynku usług autobusowych jest znacząca. Co istotne, wg wyliczeń Odwołującego deklarowany przez konsorcjantów zakres podwykonawstwa to 50,02% - 76,84% pracy przewozowej. Wydaje się, iż gdyby doszło do

zmowy ferowanej przez Odwołującego, to deklarowany przez konsorcjantów udział podwykonawców byłby na podobnym poziomie, natomiast tutaj różnica w zakresie podwykonawstwa wynosi ponad 26 punktów procentowych, co raczej wskazuje na indywidualne potrzeby danej grupy wykonawców. Ponadto wykonawcy nie mają obowiązku wskazywania nazw, firm podwykonawców.

W konsekwencji konsorcjum tworzone jest nie tylko w celu spełnienia wymogów zamawiającego w samym postępowaniu, w szczególności w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jak wydaje się na to wskazywać Odwołujący), ale i w celu należytej realizacji umowy o zamówienie publiczne z perspektywy optymalnego sposobu wykonania zamówienia, oszczędności z realizacji wspólnego przedsięwzięcia i optymalnej alokacji ryzyka generowanego z danej umowy. Nawet jeśli jeden z członków konsorcjum samodzielnie spełnia wymogi udziału w postępowaniu, może chcieć zawiązać konsorcjum w celu dywersyfikacji ryzyka. Jest to w pełni dopuszczalnym działaniem rynkowym i nie może być kwestionowane. Nie sposób uznać, że działanie konsorcjantów było tutaj w jakikolwiek sposób celowe i miało na celu wyeliminowanie konkurencji (na co brak jakichkolwiek dowodów), co uznać należy wręcz za działanie niemożliwe, mając na uwadze fakt, iż rynek usług autobusowych jest otwarty na konkurencję.

Jednocześnie, w ocenie Zamawiającego, nawet gdyby uznać, iż każdy z wykonawców był w stanie do złożenia oferty samodzielnie (czego Odwołujący nie udowodnił), to automatycznie nie przesądzałoby o tym, iż przedmiotowe porozumienie jest zakazane. Należy mieć na uwadze, iż art. 8 u.o.k.i.k. zawiera przesłanki, które dopuszczają zawieranie porozumień zawartych w art. 6 u.o.k.i.k. (a więc również tego ferowanego przez Odwołującego). Zgodnie z art. 8 ust. 1 u.o.k.i.k.:

1. Zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

- 1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- 2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;

(...) Oferty złożona przez konsorcjum P., zapewnia Zamawiającemu część wynikających z tego porozumienia (jednocześnie nienaruszającego prawa) korzyści – jest najkorzystniejsza cenowo spośród złożonych ofert w ramach otwartej konkurencji z Odwołującym.

II. ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 7 PZP – CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI

W zakresie ww. zarzutu w pełni zastosowanie znajduje uzasadnienie faktyczne oraz prawne wskazane powyżej w pkt I dotyczące rzekomej zмовы przetargowej, które dowodzi, iż w niniejszej sprawie nie doszło do wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, przedmiotowy zarzut uznać należy za chybiony.

III. ZARZUT DOT. WADIUM

Zdaniem Odwołującego oferta konsorcjum UT P. oraz A21 sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3;

Odwołujący wskazuje, że wadium wniesione przez ww. konsorcjum zostało wniesione nieprawidłowo, ponieważ ważność gwarancji wynosi tyle samo co okres związania ofertą, co oznacza, iż „okres ochronny Zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą uległ skróceniu”, a gwarancja nie zabezpiecza roszczeń zamawiającego przez cały okres związania ofertą, w związku z tym, wadium w niniejszej sprawie nie będzie spełniało swojej funkcji.

Ustawa Pzp oraz swz zawierają kompletne informacje co do tego co powinno zawierać wadium w formie niepieniężnej. Co istotne, ani Pzp, ani żadne z postanowień dokumentów zamówienia nie zawiera wymogu, aby wadium było wniesione na okres dłuższy niż termin związania ofertą, lub aby zawierało jakąkolwiek klauzulę umożliwiającą zaspokojenie się z wadium po upływie terminu związania ofertą i ważności wadium w formie niepieniężnej.

Co do ważności wadium, Pzp wymaga jedynie, aby wadium było wniesione na okres związania ofertą, a ten warunek jest tutaj niewątpliwie spełniony. Trudno znaleźć uzasadnienie do wymagania od wykonawcy aby składał wadium w formie niepieniężnej na okres dłuższy niż termin związania ofertą, w sytuacji, gdy wymóg taki nie wynika ani z Pzp, ani z dokumentów zamówienia.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 PZP:

5. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Natomiast zgodnie z art. 220 ust. 2 PZP:

2. Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty.

Zamawiający zadośćuczynił wymogom ww. regulacji i wskazał, iż wykonawca powinien być związany złożoną przez siebie ofertą do dnia 4 marca 2022 r. Okoliczność ta została wskazana w punkcie 10 SWZ, którego ostateczne brzmienie nadano dnia 26 października 2021 roku (ZP.261.11.42.2021.GZ).

Skoro wadium ma być ważne do dnia upływu terminu związania ofertą, a Zamawiający wskazał w SWZ, że termin związania ofertą upływa dnia 4 marca 2022 roku, to uznać należy, iż wadium wniesiono zgodnie z wymogami Zamawiającego i PZP.

Z regulacji art. 97 ust. 5 PZP jednoznacznie wynika więc, że wadium ma być ważne do dnia upływu terminu związania ofertą.

Powyższe znajduje także potwierdzenie w doktrynie, gdzie wskazuje się, iż:

„Wadium powinno być wniesione na cały okres związania ofertą, tj. przed terminem składania ofert, i utrzymywane nieprzerwanie aż do upływu tego terminu. Wniesienie wadium na okres krótszy, czyli przedstawienie dokumentu wadiumowego opiewającego na krótszy okres, lub złożenie kwoty pieniężnej z zastrzeżeniem, że stanowi wadium jedynie przez określony, zbyt krótki czas (krótszy niż wskazany przez zamawiającego termin związania ofertą), będzie skutkowało odrzuceniem oferty. (...). Wadium wniesione nieprawidłowo to wadium wniesione odmiennie, niż stanowi art. 97 p.z.p., a więc w zbyt niskiej wysokości, w niewłaściwej formie, zbyt późno” - Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 226.

„Art. 97 ust. 5 Pzp wprost stwierdza, że wniesione przed upływem terminu składania ofert wadium wykonawca utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciążącego na wykonawcy obowiązku zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być krótszy od okresu związania wykonawcy ofertą” – Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych.

Wadium w niniejszej sprawie nie uchybia regulacjom PZP i w szczególności nie zostało wniesione na okres krótszy od okresu związania wykonawcy ofertą.

Żądanie, aby wadium było wniesione na okres dłuższy niż okres związania ofertą, byłoby więc sprzeczne z art. 97 ust. 5 PZP, który jednoznacznie wskazuje, że okres związania ofertą i obowiązywania wadium powinien być taki sam.

Wadium Przystępującego zostało wniesione dokładnie na okres związania ofertą, co jest zgodne z art. 97 ust. 5 PZP oraz przytoczonych powyżej stanowisk doktryny. Jak wynika z gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000191319 z dnia 05.11.2021 roku:

„Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 10.11.2021 r. do dnia 04.03.2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji”.

Stanowisko Odwołującego sprowadza się do dywagacji wskazujących, że do uniemożliwienia zaspokojenia się z wadium doszłoby wyłącznie w sytuacji, gdyby zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce w ostatnich godzinach okresu związania ofertą, a więc przykładowo dnia 4 marca 2022 r. o godzinie 23:59. Odwołujący nie wyjaśnia zaś dlaczego starannie działający zamawiający miałby podejmować ważne czynności skutkujące zatrzymaniem wadium w ostatnim dniu terminu związania ofertą o godzinie 23:59 ?

W świetle powyższego, całkowicie bezprzedmiotowe jest teoretyzowanie odwołującego o hipotetycznych daleko nieprawdopodobnych sytuacjach w normalnym toku postępowania.

W niniejszej sprawie nie będzie miała miejsca jakakolwiek sytuacja, która uniemożliwiłaby zaspokojenie się z wadium Przystępującego, gdyż wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano już w styczniu 2022 roku, a Zamawiający dysponuje aktualnie wystarczającym zapasem czas

(4 marca 2022 r.) do dokonania wszelkich czynności, których ewentualne niespełnienie umożliwiłoby zatrzymanie wadium, a poza tym Zamawiający w takim wypadku jest uprawniony do żądania wydłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 listopada 2021 roku wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 3362/21, należy mieć w szczególności na uwadze, iż zamawiający publiczni to profesjonaliści, którzy procedują w taki sposób, aby nie doprowadzić do utraty możliwości zaspokojenia z wadium, czemu służy choćby wspomniany maksymalny termin związania ofertą, oraz swobodne uprawnienie Zamawiającego do jednokrotnego żądania wydłużenia terminu związania ofertą. Zamawiający jako gospodarz postępowania dysponuje odpowiednimi instrumentami zabezpieczającymi możliwość zaspokojenia się z wadium, co uszło uwadze Odwołującego.

W ww. orzeczeniu KIO wskazała, iż wadium w formie niepieniężnej wniesione na okres taki sam jak termin związania ofertą jest prawidłowe i zgodne z przepisami PZP: „Hipoteza Odwołującego, że Zamawiający nie zdąży wystąpić i doręczyć do gwaranta wniosku o

zapłatę wadium nie może stanowić podstawy do uznania, że wadium zostało wniesione nieprawidłowo. (...).

Zarówno w ustawie, jak i SWZ, brak jest tak szczegółowych wymagań dla treści gwarancji wadialnej, na jakie wskazywał Odwołujący, dotyczących czy to wydłużonego terminu ważności wadium względem terminu związania ofertą, czy zawarcia w treści gwarancji dodatkowej klauzuli.

Nie jest możliwe nałożenie na wykonawców obowiązków, które nie wynikają z przepisów prawa (...).

Z żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby termin ważności wadium w formie m.in. gwarancji ubezpieczeniowej, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego, miał być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną ilość dni - a do tego właśnie odnosił się zarzut i propozycja Odwołującego (wyrażona w trakcie rozprawy z udziałem stron). Zacytowany powyżej art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że końcowy termin utrzymania wadium to termin związania ofertą. Zrównanie terminu ważności gwarancji ubezpieczeniowej z terminem związania ofertą nie może zostać uznane jako czynność wadliwa i nie może prowadzić do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co skutkowało by miało odrzuceniem oferty Wykonawcy”.

Takie samo stanowisko, w tożsamym stanie faktycznym zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 stycznia 2022 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 3628/21, gdzie wskazano, iż: „Sformułowania "obejmuje", na które zwracał uwagę odwołujący, nie można interpretować w sposób inny niż taki, że okres obowiązywania gwarancji musi być równy terminowi związania ofertą, a daty te wskazał jednoznacznie zamawiający. Już tylko na tej podstawie należy stwierdzić, że argumentacja odwołującego jest pozbawiona podstaw, bowiem skupia się na bliżej nieokreślonych wymogach, które nie zostały wyrażone przez zamawiającego w treści dokumentacji postępowania. (...).

Mając to na uwadze, uwzględniając postanowienia SWZ cytowane powyżej, nie sposób przyjąć, że przedłożone przez przystępującego, jak też Konsorcjum P... gwarancje są nieprawidłowe. Obejmują one w całości wskazany przez zamawiającego termin związania ofertą, spełniają także wszystkie inne oczekiwania opisane w SWZ. Dalej należy zauważyć, iż odwołujący domaga się odrzucenia ofert złożonych przez Z(1)... i Konsorcjum P... wskazując na nieprawidłowości w treści złożonych dokumentów, całkowicie jednak pomijając treść przepisów ustawy Pzp, które regulują kwestie dotyczące żądania wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W tym kontekście należy w szczególności zwrócić uwagę na treść przepisu art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, który to odmiennie od dotychczasowej

regulacji, występującej na gruncie ustawy Pzp z 2004 r. literalnie i w sposób jednoznaczny określa obligatoryjny okres ważności dokumentu wadium: "Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2". Z kolei w żadnym z przepisów prawa, przy tak jasnej deklaracji, co do terminu, nie pojawia się czy to kwestia wydłużenia tego terminu, aby dać zamawiającemu możliwość skutecznego skorzystania z zabezpieczenia, czy też jakiegokolwiek zróżnicowanie tych wymagań, zależnie od tego czy wadium wykonawca wnosi w formie pieniężnej, czy też decyduje się na inne formy zabezpieczenia swojej oferty. Warto zauważyć, że przepis ten wprowadzono do nowej ustawy Pzp celem doprecyzowania, niejasnych dla niektórych uczestników rynku, przepisów dotyczących terminów wnoszenia i obowiązywania wadium. Koreluje z tym przepisem również regulacja zawarta w art. 220 ust. 2 ustawy Pzp, która wymaga, aby zamawiający, określając termin związania ofertą w postępowaniu, wskazał konkretną datę. (...). Powyższe, cytowane przepisy wskazują, że ustawodawca rozstrzygnął jednoznacznie, że wnoszone przez wykonawców wadium winno utrzymywać swoją ważność do dnia terminu związania ofertą, a nie, jak wywodzi odwołujący, być wydłużone poza ten termin. (...). Wadliwość tych dokumentów odwołujący doszukuje się w tym, że zamawiający miałby być pozbawiony możliwości zabezpieczenia swojego interesu już w ostatnim dniu związania ofertą. Kreuje przy tym czysto hipotetyczne scenariusze, w których zamawiający, aby mógł skorzystać z możliwości zabezpieczenia swoich roszczeń musiałby udać się do siedziby Gwaranta, czy też złożyć odpowiednie żądanie drogą mailową, a przyczyny zatrzymania wadium wystąpić miałyby w ostatnim dniu terminu jego ważności. W ocenie Izby opisywane przez odwołującego hipotezy, jakoby zamawiający miałby nie zdążyć z wystąpieniem i doręczeniem do gwaranta wniosku o zapłatę wadium, nie są wystarczającą podstawą dla uznania, że wadium w tym postępowaniu zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. (...). Tym samym w niniejszej sprawie, skład orzekający doszedł do przekonania, że gwarancje przedłożone przez Z(1)... oraz Konsorcjum P..., w których terminy ważności wadium upływają wraz z terminem związania ofertą, są w pełni prawidłowe i nie skracają w żaden sposób terminu, w jakim zamawiający może dochodzić swoich roszczeń".

Co istotne, ww. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej są spójne z przytoczonymi powyżej poglądami doktryny, gdzie wskazano, iż istnieje jeden wymóg co do okresu ważności wadium – ma być on równy okresowi związania ofertą. Tylko krótszy okres ważności wadium w porównaniu z terminem związania ofertą, skutkuje odrzuceniem oferty, a z taką sytuacją w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia.

Wadium ma być wniesione na cały okres związania ofertą i wymóg ten jest tutaj spełniony.

Podsumowując, przepisy PZP nie wymagają więc, aby w przypadku wniesienia wadium w formie niepieniężnej miało ono zachować swoją ważność o pewien czas dłużej, niż wyznaczony okres związania ofertą. Przepisy nie wymagają również wprowadzenia do wadium w formie niepieniężnej, klauzuli umożliwiającej zaspokojenie się z wadium po upływie okresu związania ofertą (ważności wadium).

W konsekwencji przedmiotowy zarzut Odwołującego uznać należy za chybiony, ponieważ wadium zostało wniesione zgodnie z postanowieniami SWZ oraz jest zgodne z wymogami PZP.

IV. ZARZUT DOT. NIESPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

Zgodnie z art. 117 PZP:

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Mając na uwadze treść w.w. wskazanego przepisu należy zauważyć i podkreślić, iż :

1) Zamawiający w Postępowaniu nie ustanowił szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w Postępowaniu,

2) Stosownie do ust. 3 art. 117 PZP dla stwierdzenia spełnienia warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wystarczy, że co najmniej jeden z nich ten warunek spełni,

3) Oświadczenie z ust. 4 art. 117 PZP ma w tym kontekście znaczenie wtórne.

Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w doktrynie, gdzie wskazuje się, iż:

„Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków wykonawca ma obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy. Oświadczenie nie stanowi dodatkowego zobowiązania do realizacji określonej części zamówienia, ponieważ zamawiający i tak może żądać wykonania całości lub określonej części zamówienia przez dowolnie wskazanego przez siebie wykonawcę ze względu na solidarną odpowiedzialność współwykonawców za wykonanie umowy w sprawie zamówienia (art. 445 ust. 1 Pzp w zw. z art. 366 § 1 Kc). Celem art. 117 ust. 4 Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów” – komentarz Urzędu Zamówień Publicznych.

„W ust. 3 komentowanego przepisu doprecyzowano, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zatem ten spośród wykonawców, który posiada zdolności do realizacji zamówienia, innymi słowy spełnia warunki udziału w postępowaniu, powinien zrealizować zamówienie w zakresie, do wykonania którego niezbędne są te zdolności. (...). Dodatkowo, co stanowi zupełną nowość w porównaniu z przepisami PZP2004, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie są zobowiązani, wykazując spełnianie warunków w sposób określony w ust. 2 i 3, do składania stosownych oświadczeń wraz z ofertą lub wnioskiem. Oświadczenie powinno jednoznacznie wskazywać, które części zamówienia będzie realizował wykonawca wykazujący spełnianie warunków udziału w postępowaniu.” - Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak.

„Należy zwrócić uwagę na pewnego rodzaju niekonsekwencję ustawodawcy, polegającą na tym, że z jednej strony nakazuje się wykonanie świadczenia przez konkretnego członka konsorcjum (wykonawcę ubiegającego się wspólnie o zamówienie) wykazującego posiadanie zasobów niezbędnych do spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, dysponowania osobami o odpowiednich kwalifikacjach czy wykształceniu, z drugiej natomiast przewiduje się w art. 445 ust. 1 p.z.p. (podobnie jak dotychczas w art. 141 p.z.p.2004) zasadę solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie” - Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Gawrońska-Baran Andrzej

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy, skonstatować należy, iż niezależnie od wskazywanych wątpliwości Odwołującego co do rzeczywistego doświadczenia A21 Sp. z o.o., Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu.

Skoro okolicznością bezsporną pomiędzy stronami jest to, iż UT P. posiada niezbędne doświadczenie to oznacza, iż całe konsorcjum P. spełnia wymagany warunek udziału w Postępowaniu, a oferta nie podlega odrzuceniu.

Wobec powyższego nawet w przypadku potwierdzenia się wątpliwości Odwołującego (czego Odwołujący nie wykazał, a tylko wskazał na swoją wątpliwość) można byłoby rozważyć konieczność poprawienia oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 niemniej jednak pozostawałoby to nadal bez wpływu na wynik Postępowania w tej części.

Stosownie zaś do art. 554 ust. 1 pkt 1) PZP Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli zatem – jak w tym przypadku – nawet hipotetyczne potwierdzenie wątpliwości Odwołującego nie może doprowadzić do uwzględnienia odwołania w zakresie tego zarzutu.

Natomiast odnosząc się do wykazu zrealizowanych usług oraz treści referencji złożonych przez A21 sp. z o.o. wystawionych przez gminę Bielawę, wskazać należy, iż dokumenty te nie mogły budzić jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego. Są one jednoznaczne i wskazują na pracę przewozową wykonaną przez A21 sp. z o.o. Treść wykazu usług koresponduje z treścią referencji, która została przecież wystawiona przez niezależny podmiot trzeci.

Nadto w ocenie Zamawiającego zupełnie chybionym jest stanowisko Odwołującego, co do niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania ze względu na rzekomo nieprawidłowo złożony dokument Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej jako: „JEDZ”).

W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający żądał przedłożenia JEDZ wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, co zostało wskazane w punkcie 6.2. SWZ, zgodnie z którym to:

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (najwyżej ocenionej), w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zażąda oświadczenia, o którym mowa w pkt 6.1, od Wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona. Oświadczenie, w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, Wykonawca przesyła na standardowym formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.

Faktem jest, iż informacje zawarte w JEDZ muszą być przedstawiane właśnie według stanu na dzień składania ofert, jednak obowiązku tego nie należy mylić z samą datą wystawienia tego dokumentu.

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z art. 125 PZP:

1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.
2. (...)
3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. (...).

JEDZ z mocy prawa, tj. art. 125 ust. 3 PZP, odnosi się więc do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert. Okoliczności tej nie zmienia późniejsza data wypełnienia przedmiotowego dokumentu.

Dokument JEDZ niezależnie od daty jaką jest opatrzony potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert.

Ww. stanowisko potwierdzono w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które zostało wydane co prawda na gruncie uchylonego stanu prawnego, jednak ze względu na tożsame

brzmienie przepisów dotyczących JEDZ, zachowuje ono swoją aktualność w niniejszej sprawie:

„Z powyżej wskazanych przepisów wynika, że oświadczenie w postaci JEDZ-a złożone wraz z ofertą musi wstępnie potwierdzać, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert. Tym samym, co należy podkreślić, przepis ten w sposób jednoznaczny przesądza na jaki to dzień informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ mają potwierdzać spełnienie określonych wymagań - na dzień składania ofert; tym samym żaden inny dzień nie może być brany pod uwagę przy ocenie przesłanek wykluczenia, spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy kryteriów selekcji. (...).

Fakt tego, że oświadczenie JEDZ potwierdza wstępnie spełnienie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji na dzień składania ofert - co jednoznacznie wynika z obowiązujących przepisów - prowadzi do wniosków, że data sporządzenia tego dokumentu jest wtórna w stosunku do zawartego w nim oświadczenia, które zawsze składane jest na dzień składania ofert.” – wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 stycznia 2017 r., KIO 172/17.

Wobec powyższego zamawiający wnosi jak w petitum. Załączniki : 1) pełnomocnictwa wraz z dowodami uiszczenia opłaty skarbowej; 2) adresy zajezdni poszczególnych wykonawców; 3) wyjaśnienia A 21 sp. z o.o.

- 4) wyjaśnienia grupy IREX
- 5) wyjaśnienia K. sp. z o.o. sp.k.
- 6) wyjaśnienia N. Transport, L. sp. j. 7) wyjaśnienia Transgór S.A.
- 8) wyjaśnienia UT P.
- 9) artykuł pn. „Deficyt kierowców autobusów w Polsce”
- 10) artykuł pn. „Deficyt kierowców”
- 11) oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP – cz. II (grupa Irex, PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L. M. L. Sp. j.);
- 12) oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP – cz. III (N. Transport, PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L. M. L. Sp. j.)

- 13) oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP – cz. VI (grupa Irex, Transgór S.A.)
- 14) informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 września 2021 r. (ZTZ PN 02/2021) – Rybnik
- 15) informacja o wyborze oferty z dnia 4 lutego 2021 r. 16) rachunek kosztów zastępstwa.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego oraz dowodowego na posiedzeniu i rozprawie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego, w tym przywołanych dokumentów we wniesionych pismach (odwołującego, zamawiającego i uczestnika po stronie zamawiającego/ wykonawcy wybranego) oraz na posiedzeniu i rozprawie (protokoły z dnia 7,8,16 lutego 2021r. – akt sprawy), które dopuszczono jako materiał dowodowy w sprawie, Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Na posiedzeniu w dniu 7 luty 2022r. Izba dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wykonawcę wybranego wobec, którego strony (odwołujący oraz zamawiający) nie wniosły wniosków przeciwnych co do jego udziału w sprawie, w związku ze złożonym wnioskiem o przystąpieniu, jak i strony nie wniosły opozycji, co do braku po stronie zgłaszającego przystąpienie, interesu w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Izba uwzględniając przesłanki prawne zawarte w art. 524 - 526 Pzp dopuściła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcę wybranego (przystępującego).

Zamawiający jak i przystępujący nie złożyli wniosku o odrzucenie odwołania. Izba również nie stwierdziła przesłanek prawnych z art. 528 Pzp, które nakazują odrzucenie odwołania.

Zamawiający w lipcu 2021 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług autobusowego transportu publicznego na obszarze działania Zarządu Transportu Metropolitalnego“. Postępowanie zostało podzielone na 7 części (segmentów).

Przed upływem terminu składania ofert, który został wyznaczony na 10 listopada 2021 roku, do Zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

Nr części	Nr oferty	Wykonawcy, którzy złożyli ofertę	Cena oferty (brutto)
I	1.	K. sp. z o.o. sp. k., N. Transport B. N.,	186 846 216,10 zł
II	1.	LZ A. L., M. L. sp. j. PKS Południe sp. z o.o. I. K. „IREX” Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o. IREX-2 sp. z o.o.	196 800 510,72 zł
	2.	Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o.o.	185 781 345,49 zł
III	1.	B. N. N. Transport; LZ A. L., M. L. sp. j.; PKS Południe sp. z o.o.	167 378 315,31 zł
	2.	Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Grodzisku Maz. sp. z o.o.	173 021 323,19 zł
IV	1.	Usługi Transportowe K. P. K. sp. z o.o. sp. k.	149 367 691,29 zł
V	1.	Transgór S.A. A 21 sp. z o.o.	143 279 644,69 zł
VI	1.	IREX I. K. Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o. IREX-2 sp. z o.o. Transgór S.A.	213 456 537,66 zł
	2.	„Mobilis” sp. z o.o.	221.454.567,78 zł
VII	1.	Usługi Transportowe K. P. A 21 sp. z o.o.	225 237 934,18 zł
	2.	„Mobilis” sp. z o.o.	247 770 091,64 zł

Po otwarciu ofert Odwołujący - Mobilis sp. z o.o. (wykonawca w cz. VI oraz VII) złożył do Zamawiającego pismo z dnia 22 listopada 2021 r., w którym poinformował, iż w jego przekonaniu wystąpiła zmowa przetargowa pomiędzy podmiotami, które złożyły oferty w Postępowaniu w ramach konsorcjum.

Zamawiający niezwłocznie po powzięciu ww. informacji skierował do ww. wykonawców wnioski o wyjaśnienie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) w zakresie oświadczenia co do braku podstawy do wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP. Zamawiający w odpowiedzi na powyższe otrzymał od wszystkich wykonawców niezbędne wyjaśnienia. Po przeprowadzonej analizie Zamawiający uznał, iż brak jest wiarygodnych przesłanek, że wskazani wykonawcy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Następnie w wyniku badania i oceny ofert w części VII, jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez konsorcjum w składzie UT P., oraz A21 sp. z o.o.

Izba odnosząc się do zarzutu naruszenia art.108.ust.1 pkt 5 Pzp podziela argumentację zamawiającego przedstawioną w piśmie z dnia 3 lutego 2021, w szczególności:

I. ZARZUT NARUSZENIA ART. 108 UST. 1 PKT 5 PZP – ZMOWA PRZETARGOWA - nie zasługuje na uwzględnienie

Zgodnie z art. 58 ust. 1 Pzp, wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Występowanie więc przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w ramach konsorcjum, to legalna, przewidziana przepisami forma. Co istotne, zawieranie konsorcjów nie zostało obwarowane żadnym dodatkowym wymogiem.

Oznacza to, że samo złożenie wspólnej oferty nie może być automatycznie kwalifikowane jako działanie antykonkurencyjne nawet w sytuacji gdy konsorcjanci samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu lub mogą samodzielnie wykonać zamówienie.

Zgodnie zaś z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp:

5) jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

W ocenie Izby przepis na który powołuje się odwołujący i który stanowi podstawę rozstrzygnięcia w sprawie, stanowi o inicjatywie zamawiającego, który w przypadku stwierdzenia na podstawie wiarygodnych przesłanek o porozumieniu wykonawców zawartym w celu zakłócenia konkurencji, eliminuje takich wykonawców z postępowania, przez ich wykluczenie z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie ich ofert.

Słusznie zamawiający podnosił, że samo porozumienie wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, nie świadczy o tym, że było ono zawarte w celu zakłócenia konkurencji, ani też powoduje zakłócenia konkurencji, przez sam fakt jego zawarcia.

Zamawiający przywołał w prezentowanej powyżej odpowiedzi na odwołanie szeroki wachlarz orzecznictwa Izby, jak i poglądów doktryny, co do dopuszczalności porozumień wykonawców składających wspólnie oferty (konsorcja), jak i też braku taksatywnie wymienionych ustawowych przesłanek dopuszczających wspólne składanie oferty przez dwóch, czy więcej

wykonawców. Należy też nadmienić, że brak jest ustawowych, taksatywnych przesłanek stanowiących o niedopuszczalności takich porozumień pomiędzy wykonawcami. Reasumując z treści art.108 ust.1 pkt 5 Pzp wynika, że to w pierwszej kolejności zamawiający, a w przypadku jego zaniechania w tym względzie, odwołujący stwierdza, ale również wykazuje w sposób wiarygodny, że akurat to porozumienie wykonawców ma na celu, czy też prowadzi do zakłócenia konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Tak więc zamawiający, odpierając w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie zarzut odwołania, słusznie stwierdził, że zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia z postępowania wykonawcy, który zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, a nie z powodu samego zawarcia porozumienia co do wspólnego składania oferty. Tym samym nie każde porozumienie pomiędzy wykonawcami (a więc wzajemna wymiana informacji przy wspólnym składaniu ofert) stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty. Tylko takie porozumienie, którego celem jest zakłócenie konkurencji, powinno skutkować wykluczeniem z postępowania, ale w sytuacji wiarygodnych przesłanek co do zamiaru, czy też skutku jakim jest zakłócenie konkurencji. Zakazane nie jest więc samo porozumienie między wykonawcami, lecz cel tego porozumienia lub też skutek, jakim jest zakłócenie konkurencji np.: zawyżenie cen, czy też uniemożliwienie złożenia oferty innym wykonawcom to jest wykonawcom spoza porozumienia (brak dostępu). W ocenie Izby, w związku z przeprowadzonym postępowaniem dowodowym na rozprawie, odwołujący nie udowodnił tych negatywnych skutków co do unicestwienia konkurencyjności postępowania, w związku z zarzutem zмовы przetargowej, co do której jak wskazuje nauka i orzecznictwo są łagodniejsze warunki dowodzenia to jest co do istnienia samej zмовы przetargowej.

Tak więc Izba podziela pogląd zamawiającego, że zмовы przetargowe są jednoznacznie zakazane przez ww. art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.i.k., przy czym z klasycznie rozumianą zmovą przetargową mamy do czynienia, gdy przedsiębiorcy podejmują działania umożliwiające im manipulowanie wynikiem procedury zamówieniowej, ze szkodą dla konkurencji i dla zamawiającego. Istotą takiej zмовы jest wypaczenie wyniku procedury zamówieniowej (a więc w praktyce wyboru oferty droższej czy też mniej korzystnej dla zamawiającego pod innymi względami), właśnie z uwagi na istnienie zмовы pomiędzy wykonawcami.

Właśnie o tym dowodzeniu, w ocenie Izby, odwołujący zapomniał, a z kolei zwłaszcza przystępujący, jak i zamawiający szczegółowo opisali i wykazali celowość porozumień, przedstawiając na tę okoliczność w pismach, jak i na rozprawie szereg dowodów (umowy,

porozumienia, opinia ekonomiczno-finansowa, zestawienia - schematy, mapy - akta sprawy, protokół z postępowania przed Izbą).

Izba dokonując oceny istniejących porozumień wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nie stwierdziła, że porozumienie miało na celu, bądź spowodowało zakłócenie konkurencji. W ocenie Izby argumentacja i wywoływanie odwołującego sprowadzały się do krytyki samego porozumienia, jako formy samej w sobie, czy też faktycznych porozumień (konsorcjów) jako elementu naganego i dyskwalifikującego prowadzone postępowanie w celu wyłonienia najkorzystniejszej oferty. Odwołujący w złożonym odwołaniu posłużył się szczegółową analizą rozkładu ofert w poszczególnych 7 częściach w tym wnioskiem, że porozumienie spowodowało, że wykonawcy nie konkurowali pomiędzy sobą, a ponadto że każdy z nich mógł samodzielnie złożyć ofertę. Nawet gdyby można było przyjąć, że poszczególni wykonawcy mogliby formalnie wystąpić pojedynczo, to dalsze wnioskowanie odwołującego o zakłóceniu przez to konkurencji nie znalazło już racjonalnych, wiarygodnych przesłanek wykazujących zakłócenie konkurencji. Z kolei postępowanie dowodowe inicjonowanie zarówno przez przystępującego jak i zamawiającego w kierunku, że porozumienia wykonawców mają na celu efektywność realizacji usługi (sposób rozliczeń w związku z odległością między zajezdnią a liniami autobusowymi, przy zasadzie braku zapłaty za dojazdy z zajezdni i zjazdu do zajezdni z trasy). Podobnie jak dowodzenie przez przystępującego, że zabezpieczenie taboru przewozowego wskazywało na konieczność porozumień, ponieważ znaczenie miały okoliczności, co do dostępności taboru, obiektywnych możliwości zakupu nowego taboru w okresie pandemii Covid-19, czy też zagrożeń niezakłóconego świadczenia usługi w związku z dyspozycją czy też brakiem dyspozycji właściwego taboru, czy obsługi ludzkiej. Wszystkie te elementy były poruszane w wyjaśnieniach oferentów, na pisemne wezwanie zamawiającego z m-ca listopada 2021 roku, sprowokowane inicjatywą odwołującego co do zmywy przetargowej. Podsumowując Izba stwierdza, że odwołujący w swych argumentacjach i dowodach ograniczył się co do samego faktu istnienia porozumień, czy też lokacji ofert w poszczególnych częściach zamówienia, co niewątpliwie uczynił skrupulatnie i zgodnie z rzeczywistością. Jednak do wyczerpania przesłanek zarzutu zmywy przetargowej, zabrakło elementu negatywnego, dzięki któremu można mówić o znowie, jako elemencie negatywnym, a nie o jako porozumieniu, czyli elemencie pozytywnym nie tylko dla wykonawców, ale też dla zamawiającego, który dzięki porozumieniu ma zapewnioną większą skuteczność, czy też gwarancję wykonania zamówienia, niż miałby w sytuacji samodzielnego wykonawcy. Stąd skoro odwołujący nie wykazał negatywnego elementu porozumienia, które mogłoby to porozumienia zakwalifikować do zmywy, czyli porozumienia zakłócającego konkurencję, to zarzut nie jest usprawiedliwiony.

Reasumując odwołujący w swojej argumentacji skupił się na jednym elemencie z umowy przetargowej to jest porozumieniu, ale pominął problem jego celu, czy też skutków odnoszących się do rynku, powodujących czy to wyparcie z rynku, czy też zawyżenie cen usługi dla zamawiającego. Niestety odwołujący nie wykazał ani podziału rynku, ani braku dostępu do rynku innym wykonawcom, w tym odwołującemu, jak i porozumienia się w celu zawyżenia zamawiającemu ceny oferowanej usługi. Reasumując odwołujący zatrzymał się w połowie drogi do wykazania umowy przetargowej, ponieważ wykazał porozumienia wykonawców lokalnego rynku, ale bez elementu tego porozumienia, jakim jest negatywny element porozumienia i co nazywa się umową przetargową, a co powoduje wykluczenie z postępowania. Natomiast po stronie zamawiającego, jak i przystępującego wykazano, że porozumienia były celowe i zapewniało osiągnięcie wysokich standardów ekonomicznych (położenie: zajezdnia-trasa-zajezdnia), jak i gwarancja niezakłóconego świadczenia usługi przez zawarte umowy z producentami taboru i związanymi z tym koniecznościami współpracy, w związku ze świadczeniem aktualnie już usług, celem zapewnienia taboru.

Należy mieć na uwadze, że zamawiający podjął wyzwanie odwołującego co do zarzutu istnienia umowy przetargowej i odbierając wyjaśnienia od wykonawców na okoliczność uzasadnienia do zawarcia porozumień, na podstawie wyjaśnień złożonych przez wykonawców dokonał poniższych ustaleń, których wiarygodności nie podważono w toku postępowania odwoławczego, dowodami przeciwnymi.

Izba za zamawiającym, jak poniżej:

Wobec powyższego należy wskazać, iż w niniejszym Postępowaniu, w szczególności mając na uwadze wyjaśnienia złożone przez wykonawców składających oferty w konsorcjum, istnieją inne logiczne, racjonalne względy przemawiające za taką współpracą, a to co najmniej następujące :

1/ limit do 2 części na jakie wykonawcy mogli złożyć ofertę

W niniejszym Postępowaniu zgodnie z art. 91 ust. 1 PZP, Zamawiający dopuścił złożenie oferty przez jednego Wykonawcę na maksymalnie 2 części zamówienia.

Pomimo więc podziału zamówienia na 7 części, każdy z wykonawców był uprawniony do złożenia oferty maksymalnie na 2 części zamówienia. Ograniczenie to zmuszało więc do odpowiedniej analizy i doboru części na które zostanie złożona oferta.

2/ duży i złożony zakres zamówienia

Zwrócić należy szczególną uwagę na duży zakres przedmiotowego zamówienia - w przeciągu 8 lat realizacji zamówienia, w każdej z części do przejechania będzie około

kilkadziesiąt milionów wozokilometrów. Szczegóły obrazuje tabela poniżej, zawarta również w punkcie 3.3. SWZ (w aktach sprawy):

Jednocześnie wskazać należy, iż w poszczególnych częściach docelowo wykorzystana ma zostać następująca liczba pojazdów:

- 2) cz. I – 51 pojazdów;
- 2) cz. II – 50 pojazdów;
- 3) cz. III – 43 pojazdy;
- 4) cz. IV – 34 pojazdy;
- 5) cz. V – 36 pojazdów;
- 6) cz. VI – 48 pojazdów; 7) cz. VII – 53 pojazdy.

W każdej z części wymagana jest też różna liczba i różny typ taboru (MN, AN, BN, CN). Poszczególne typy autobusów różnią się przede wszystkim pojemnością, oraz wielkością. Przykładowo pojazdy MN, to tzw. minibusy, a pojazdy typu CN, to tzw. autobusy przegubowe, największe z wszystkich ww. typów.

W świetle powyższego należy mieć też na uwadze fakt, iż praca eksploatacyjna w ramach poszczególnych części sukcesywnie wzrasta, co wymaga zaangażowania coraz większych zasobów przez wykonawcę, co może być problematyczne w sytuacji samodzielnej realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Kształtowanie się wzrostu pracy eksploatacyjnej, wskazano w punkcie 3.5. SWZ (zmienionej następnie w dniu 23 września 2021 roku).

Co istotne w przypadku cz. VII, już od 1 lipca 2022 roku dochodzi do dość znacznego wzrostu zaangażowania taboru z 2 autobusów na 22.

Podobne okoliczności dotyczą każdej z pozostałych 6 części – liczba zaangażowanego taboru sukcesywnie wzrasta, co wymaga znacznego zaangażowania posiadanego potencjału. Właśnie udział w konsorcjum powoduje, iż realizacja tych obowiązków staje się prostsza.

Już same ww. okoliczności dowodzą, iż przedmiotowe zamówienie, w każdej części jest ogromnym wyzwaniem logistycznym oraz organizacyjnym, co potwierdza wiarygodność wyjaśnień wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach konsorcjum, iż wspólne złożenie oferty ma uzasadnienie: ekonomiczne, w podziale ryzyk oraz w celu należytej realizacji umowy z perspektywy optymalnego sposobu wykonania zamówienia.

3/położenie bazy eksploatacyjnej

Zgodnie z warunkami zamówienia, Zamawiający płacić będzie wyłącznie za faktycznie wykonane na jego rzecz wozokilometry na podstawie opracowanego rozkładu jazdy, co oznacza, iż Zamawiający nie zapłaci za wozokilometry, które wykonawca musi przejechać autobusem ze swojej bazy eksploatacyjnej, do pierwszego przystanku, od którego to mają być świadczone usługi autobusowe na danej linii. Tak samo Zamawiający nie zapłaci za przejechane wozokilometry po zakończeniu jazdy, tj. na odcinku ostatni przystanek danej linii – baza eksploatacyjna. W konsekwencji umiejscowienie bazy eksploatacyjnej, zajezdni (a więc miejsca gdzie przechowywane są pojazdy), ma naturalny wpływ na to, w którym segmencie koszty własne danego wykonawcy będą niższe (gdzie jednym z najistotniejszych czynników kosztotwórczych jest paliwo). Koszt dojazdu do pierwszego przystanku i powrotu do bazy eksploatacyjnej z ostatniego przystanku, to zatem istotna część składowa ceny, a koszty te niewątpliwie przekładają się na cenę oferty danego wykonawcy. Im większa odległość dojazdowa, tym wyższe koszty, a tym samym większa cena za przejechany wozokilometr.

Ponadto zgodnie z załącznikiem nr 3 do wzoru umowy – wymagania wobec Wykonawcy:

18. W przypadku zdarzeń losowych, np. awarii pojazdu, Wykonawca ma włączyć do obsługi zadania przewozowego w ciągu maksymalnie 30 minut inny pojazd, od momentu wystąpienia zdarzenia i braku możliwości dalszej realizacji usługi pojazdem podstawowym.

Wykonawca ma więc obwarowany karą umowną (załącznik nr 11 do umowy pkt 5 lit. c, tire piąte) obowiązek zapewnienia pojazdu zastępczego na wypadek jego awarii. Położenie bazy eksploatacyjnej ma więc kluczowe znaczenie celem realizacji tego obowiązku i zapewnienia pojazdu zastępczego w ciągu maksymalnie 30 minut.

Niewątpliwie współpraca w ramach konsorcjum, a więc występowanie co najmniej 2 wykonawców (i co najmniej 2 baz eksploatacyjnych w różnych lokalizacjach) minimalizuje ryzyka niewykonania ww. obowiązku.

Odnosząc powyższe bezpośrednio na okoliczności faktyczne w niniejszym Postępowaniu należy wskazać, że :

- jak wynika z wyjaśnień Transgór S.A., podmiot ten posiada bazę eksploatacyjną w Mysłowicach, przy ul. Fabrycznej 7A – właśnie ta lokalizacja spowodowała złożenie oferty w cz. V oraz VI. – a jak wynika z punktu 3.2. SWZ, który wskazuje na główny obszar świadczenia usług autobusowych, Mysłowice znajdują się jedynie w cz. V oraz VI.
- K. sp. z o.o. sp. k. posiada zajezdnię autobusową przy ul. Ziemskiej 5 w Zabrze, co automatycznie determinowało złożenie oferty na części (I i IV), w których miejscowość ta się znajduje.

- UT P. posiada bazę eksploatacyjną w Bytomiu, stąd logicznym wydaje się złożenie oferty w cz. IV oraz VII przez ten podmiot, które to części obejmują w szczególności Bytom, oraz miejscowości sąsiednie.
- Meteor sp. z o.o. (podmiot z grupy IREX) posiada bazę eksploatacyjną w Świętochłowicach, a ofertę złożył m.in. w cz. VI, gdzie będą obsługiwane linie w Świętochłowicach. Nadto, podmioty z grupy IREX posiadają zajezdnię w Będzinie przy ul. Koszelew 1, a więc w tym świetle uzasadnionym było złożenie oferty w cz. II Postępowania, która obejmuje również tę miejscowość.
- LZ A. L., M. L. sp.j. oraz PKS Południe sp. z o.o. dysponują z kolei zajezdnią znajdującą się przy ul. Fabrycznej 41 w Rogoźniku (gmina Bobrowniki), a Bobrowniki znajdują się wyłącznie w części II oraz III, na które ww. podmioty złożyły ofertę.
- N. Transport posiada z kolei zajezdnię przy ul. Dworcowej 17 w Toszku, która to miejscowość znajduje się w cz. I, a także w Świerklańcu, który to obszar ma być obsługiwany w ramach części nr III i na te części złożył ofertę.
- A21 sp. z o.o. posiada z kolei zajezdnię przy ul. Wieniawskiego 18 w Chorzowie, stąd najlepszym rozwiązaniem dla tego podmiotu było złożenie oferty w cz. VII a także w części V.

Dowód: adresy zajezdni poszczególnych wykonawców, wyjaśnienia A 21 sp. z o.o. wyjaśnienia grupy IREX, wyjaśnienia K. sp. z o.o. sp.k., wyjaśnienia Nowa Transport, L. sp. j., wyjaśnienia Transgór S.A., wyjaśnienia UT P.

Złożenie ofert właśnie we wspomnianych częściach jest logiczne i uzasadnione ekonomicznie ze względu na zamiar obsługi linii autobusowych znajdujących się w tych samych miejscowościach co zajezdnia, oraz w miejscowościach ościennych.

Logicznym następstwem powyższego jest też okoliczność, że poszczególni wykonawcy dobierali konsorcjantów, którzy posiadają bazę eksploatacyjną w danym segmencie, co pozwalało na optymalizowanie kosztów i obniżenie ceny oferty.

4/ Zachowanie ciągłości przewozowej

Jak wynika z wyjaśnień wykonawców, kolejnym czynnikiem determinującym złożenie oferty była liczba obsługiwanych obecnie linii w poszczególnych segmentach, wykonawcy dążyli do tego, aby jego tabor znajdował się w ciągłym użytku. Mianowicie celem wykonawców było złożenie ofert w częściach, gdzie możliwym będzie utrzymanie bieżącego wykorzystania taboru. Wspomniany już wcześniej, wzrost pracy eksploatacyjnej przy realizacji udzielanego zamówienia jest wynikiem tego, iż część dotychczasowych umów kończy się w pewnych

okresach, a więc od następnego dnia niezbędnym jest zapewnienie odpowiedniego przewoźnika na liniach, które były przedmiotem tych umów. Najłatwiejszym, a jednocześnie najtańszym rozwiązaniem dla poszczególnych wykonawców było więc takie działanie, aby kontynuować dotychczasową obsługę linii. Wykonawcy dokonywali więc szczegółowej analizy, aby ustalić, w którym z poszczególnych segmentów realizują dotychczas najwięcej linii i w konsekwencji mają zaangażowaną największą liczbę taboru.

Mimo, iż opis przedmiotu zamówienia nie wskazywał jakie konkretne linie będą stanowiły przedmiot poszczególnych części zamówienia to wykonawcy byli w stanie „odkodować” jaka linia, w której części Postępowania będzie realizowana. Było to możliwe w szczególności za pośrednictwem danych znajdujących się w Biuletynie Informacji Publicznej Zamawiającego . Natomiast informacje co do podmiotu obsługującego dane linie to informacja publiczna. Im większa liczba obsługiwanych linii przez danego wykonawcę w danym segmencie, tym bardziej racjonalna wydaje się jego decyzja, że właśnie w tym segmencie złoży ofertę.

Ponadto wiedza ta w oczywisty sposób wpływała na dobór części, w których składano ofertę, mając na względzie limit do max. 2 części Postępowania.

Wedle wyjaśnień UT P., dla tego Wykonawcy najkorzystniejszym było złożenie oferty w tych częściach, w których tych linii aktualnie obsługuje najwięcej. Co istotne, UT P. w swoich wyjaśnieniach wskazał, iż to właśnie w segmentach, w których złożył ofertę, tj. w IV oraz VII ma zaangażowaną największą liczbę taboru – 37 pojazdów typu BN.

Na ww. okoliczność w swoich wyjaśnieniach wskazał również Transgór S.A., który wskazał, iż co prawda aktualnie obsługuje linie znajdujące się w 3 segmentach, lecz ze względu na fakt, że obecnie najwięcej linii obsługuje w częściach V oraz VI, właśnie tam złożył swoją ofertę.

Podobnie sytuacja ma się w przypadku pozostałych wykonawców. K. sp. z o.o. sp. k. złożył ofertę w cz. I oraz w cz. IV, gdzie również będzie miał możliwość kontynuowania obsługi sumarycznie kilkunastu linii autobusowych (najwięcej spośród wszystkich segmentów).

N. Transport z kolei złożył ofertę w cz. I oraz w cz. III, gdzie znajduje się największa liczba linii, którą aktualnie obsługuje ten podmiot (w przypadku cz. I są to umowy na obsługę 13 linii, a w przypadku cz. III umowy na obsługę 25 linii).

Wedle analizy Zamawiającego, LZ A. L., M. L. sp. j. wraz z PKS Południe sp. z o.o. również złożyli oferty w segmentach, gdzie w chwili obecnej obsługują największą liczbę linii autobusowych. W cz. II, podmioty te aktualnie mają zawarte umowy na obsługę 13 linii

znajdujących się w tym segmencie, natomiast w cz. III zobowiązali się do obsługi 4 linii autobusowych.

A21 sp. z o.o. również złożyło ofertę w częściach, w których w ramach zawartych umów aktualnie realizuje określone linie autobusowe, mianowicie w cz. V (5 linii) oraz w cz. VI (1 linia).

W przypadku grupy IREX, podmioty te najwięcej linii obsługują w pakiecie VI Postępowania,. W przypadku części II zamówienia, Grupa IREX obsługuje w tym segmencie linie nr 25, 103 oraz 634 (sumarycznie 6 autobusów).

Z powyższego wynika więc, że wykonawcy składali oferty tam gdzie będą mieli największą szansę na kontynuację dotychczas obsługiwanych linii. W takim przypadku tabor jest ciągle zaangażowany, nie dochodzi do jego przestoju, stałe zaangażowanie taboru umożliwia generowanie zysków, a w przypadku pojazdów leasingowanych skutkuje tym, że „pojazd na siebie zarabia”. Jednocześnie powoduje to stałe zaangażowanie kierowców i innych pracowników. Wykonawcy w szczególności nie muszą na ich rzecz uiszczać tzw. postojowego. Natomiast w związku z deficytem kierowców, wykonawcy nie są skory do zwalniania pracowników, mając niedaleką wizję rozpoczęcia realizacji usług na innych liniach, gdzie wówczas ci pracownicy mogliby zostać zaangażowani. Im większa liczba przerw w świadczeniu usług, tym bardziej ma to negatywne konsekwencje dla wykonawców – w okresie przestoju wykonawca nie zarabia. Przerzucanie natomiast taboru na inne linie wymagałoby od wykonawców z pewnością istotnych nakładów finansowych.

Powyższe tym bardziej uwiarygadnia wyjaśnienia wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach konsorcjów, że decyzja o doborze konsorcjanta i danej części Postępowania na jaką złożyli oferty miało ekonomiczne uzasadnienie.

Dowód: wyjaśnienia A 21 sp. z o.o., wyjaśnienia grupy IREX, wyjaśnienia K. sp. z o.o. sp.k., wyjaśnienia Nowa Transport, L. sp. j. , wyjaśnienia Transgór S.A. , wyjaśnienia UT P.

5/ łączenie potencjału technicznego i osobowego

W każdej z części Postępowania wymagana jest niebagatelna liczba pojazdów wahająca się pomiędzy 34 a 53 pojazdami różnych typów.

Jak wskazał w swoich wyjaśnieniach UT P., ze względu na brak taboru typu CN (przegubowe), zdecydował się zaoferować w części IV współpracę K. sp. z o.o. sp. k., który posiada tabor typu CN i właśnie tym taborem obsługuje linie 623, która to mieści się we wspomnianej części IV (oszczędność z tytułu płynnego przejścia linii). Brak zawarcia ww. konsorcjum spowodowałby, że UT K. P. nie mógłby wziąć udziału w cz. IV zamówienia,

ponieważ nie dysponowałby taborom typu CN (w liczbie 6 pojazdów), który zgodnie z SWZ do realizacji zamówienia należy wprowadzić już od 1 lipca 2022 r.

Podobnie rzecz się miała w cz. VII, gdzie konsorcjum UT P. zaoferowało współpracę A21 sp. z o.o. również z powodu braku taboru typu CN, który jest wymagany od dnia 1 lipca 2022 roku. Tabor ten z kolei posiada A21 sp. z o.o., który to aktualnie właśnie tym typem taboru realizuje obsługę linii, która będzie realizowana w ramach części nr VII Postępowania. Spółka A21 sp. z o.o. w zamiarze konsorcjantów ma więc w szczególności kontynuować realizację niektórych z linii znajdujących się w ww. cz. VII, co również wpłynie na obniżenie kosztów, a jednocześnie czyniło to A21 sp. z o.o. naturalnym i najlepszym konsorcjantem.

Na tę samą okoliczność w swoich wyjaśnieniach wskazał K. sp. z o.o. sp. k., który w cz. I zawarł konsorcjum m.in. z powodu braku taboru AN, który to jest wymagany do realizacji zamówienia już od 1 maja 2022 roku. Tabor ten z kolei znajduje się w posiadaniu N. Transport, z którym to zawarto konsorcjum.

Nie tylko wymagany typ pojazdów, ale również ich liczba stanowiła realną przeszkodę w samodzielnej realizacji zamówienia. Przykładowo Transgór S.A. w swoich wyjaśnieniach wskazał, iż wykorzystuje 25 pojazdów, co oznacza, iż nie byłby zdolny do samodzielnej realizacji jakiegokolwiek z części, w której złożył ofertę (V oraz VI). A21 sp. z o.o. wskazuje z kolei, iż dysponuje bazą eksploatacyjną, która jest w stanie pomieścić jedynie 45 autobusów, a celem realizacji poszczególnych zamówień wykorzystuje 36 autobusów (pozostałe 9 pojazdów to autobusy rezerwowe).

Dowód: wyjaśnienia A 21 sp. z o.o., wyjaśnienia K. sp. z o.o. sp.k., wyjaśnienia Transgór S.A. wyjaśnienia UT P.

Jednocześnie na każdy pojazd wymagane jest zapewnienie co najmniej 2 kierowców. Samodzielna realizacja którejkolwiek z części wymagałaby zaangażowania od 70 do 105 kierowców. Jest to znaczna liczba zwłaszcza mając na uwadze, iż faktem powszechnie znanym w branży autobusowej jest deficyt kierowców .

Dowód: artykuł pn. „Deficyt kierowców autobusów w Polsce”, Artykuł pn. „Deficyt kierowców”

Na okoliczność braku kierowców, oraz trudności w ich rekrutacji zwrócił uwagę w swoim piśmie choćby K. sp. z o.o. sp. k. Zawarcie umowy konsorcjum minimalizuje konsekwencje niedoboru pracowników w szczególności kierowców.

Samodzielna realizacja zamówień wymagałaby znacznego wzrostu zatrudnienia – przykładowo Transgór S.A. w swoich wyjaśnieniach wskazał, że celem realizacji wspomnianych zamówień musiałby zwiększyć zatrudnienie aż o 164%, co byłoby znacznie utrudnione przy wspomnianym niedoborze kierowców. Jednocześnie generowałoby względem wykonawców kolejne koszty.

Kwestia wzajemnego uzupełniania swoich zasobów przez konsorcjantów wynika również z oświadczenia składanego w trybie art. 117 ust. 4 PZP. W przypadku oferty złożonej w cz. II przez konsorcjantów w składzie: LZ A. L., M. L. sp. j., PKS Południe sp. z o.o., I. K. „IREX”, Meteor sp. z o.o., IREX-1 sp. z o.o., IREX-2 sp. z o.o., z ww. dokumentu wynika, iż tylko dwóch wykonawców z ww. składu będzie wykonywało przewozy, co ewidentnie wskazuje na to, że rolą pozostałych konsorcjantów jest np. zapewnienie taboru, zajezdni, czy też kierowców. Podobna uwaga odnosi się również do oferty złożonej przez konsorcjantów w cz. III oraz cz. VI.

Dowód: oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP – cz. II (grupa Irex, PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L. M. L. Sp. j.); oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP – cz. III (N. Transport, PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L. M. L. Sp. j.), oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 PZP – cz. VI (grupa Irex, Transgór S.A.)

6/ Realizacja innych umów

Uzasadnieniem zawarcia konsorcjum jest również równoległe realizowanie innych umów przez wykonawców.

K. sp. z o.o. sp. k. realizuje przykładowo dla ZTZ w Rybniku zamówienie pn. „Obsługa przewozów w transporcie zbiorowym dwudziestoma trzema autobusami”. W ramach tego zamówienia K. sp. z o. o. sp. k. będzie miał za zadanie świadczyć usługi autobusowe przez 10 lat w okresie od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2031 r., a więc równoległe z przedmiotowym zamówieniem.

Na marginesie należy zwrócić uwagę, iż Transgór S.A. również złożył ofertę w ramach ww. przetargu i pomimo jego znacznie mniejszego zakresu, podmiot ten złożył ofertę w konsorcjum z Zajazd sp. z o.o.

Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 września 2021 r. (ZTZ PN 02/2021)

Z kolei Transgór S.A. realizuje zamówienia pn. Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na obszarze funkcjonowania ZKKM w Chrzanowie na liniach autobusowych nr: 3, 9, 10, 15, 30, 31, 32a (w tym część zadań na linii 17a), 32b, 35, 41, 42, angażując już tą część swojego taboru.

Dowód: informacja o wyborze oferty z dnia 4 lutego 2021 r.

Właśnie dzięki zawarciu konsorcjum, wykonawca ten jest w stanie realizować usługi autobusowe dla kilku zamawiających.

7/ Inne konsorcja

Jak wskazano już wcześniej, zawieranie przez wykonawców umów konsorcjum, nawet jeżeli poszczególni członkowie samodzielnie spełniają warunki udziału w postępowaniu, nie jest praktyką odosobnioną, a przede wszystkim nie jest niezgodne z prawem. Spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest co najwyżej jednym z wielu powodów zawierania konsorcjów, jednak w branży autobusowej jest to kwestia wtórna. Potencjalni konkurenci, podejmują regularnie współpracę celem łączenia potencjałów i realizacji zamówień dla wygenerowania jak największych zysków.

Zamawiającemu znane są liczne przypadki konsorcjów zawartych przez wykonawców, którzy mają rzekomo brać udział w znowie przetargowej, a gdzie żadna znowa nie wystąpiła są to:

- a) Konsorcjum Transgór S.A., PKS Południe sp. z o.o. oraz LZ A. L., M. L. sp. j. - usługi przewozowe na obszarze Olkusza oraz gmin sąsiednich;
- b) Konsorcjum Transgór S.A., N. Transport B. N., Usługi Transportowe K. P., LZ A. L., M. L. sp. j., K. sp. z o.o. sp. k. – usługi przewozowe na liniach komunikacji miejskiej w Wałbrzychu i gmin sąsiednich;
- c) Transgór S.A., Meteor sp. z o.o. – usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/79/PS/545/DO/603/15;
- d) I. K. IREX, Meteor sp. z o.o. – usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/103/PZ/560/DO/641/14;
- e) Meteor sp. z o.o., Irex-1 sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/26/PZ/308/DO/336/14, PO/69/PZ/416/DO/472/14, PO/83/PZ/439/DO/507/14, PO/51/PS/320/DO/361/16, PO/15/PS/83/DO/94/16.

- f) Meteor sp. z o.o., Irex-1 sp. z o.o., Transgóř S.A. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/24/PS/176/DO/193/16 (konsorcjum zawarte celem obsługi 2 linii, tj. nr 155, 255)
- g) Meteor sp. z o.o., Irex-1 sp. z o.o., UT P. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/41/PS/339/DO/393/18 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 118)
- h) N. Transport, Meteor sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/29/PZ/323/DO/354/14 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 146)
- i) N. Transport, K. sp. z o.o. sp. k., UT P. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/46/PZ/361/DO/407/14
- j) UT P., Intrans, UT B. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/2/PZ/23/DO/26/15 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 901)
- k) UT P., PP T., - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/60/PS/332/DO/379/15, (konsorcjum zawarte celem obsługi 2 linii, tj. nr 148, 185)
- l) UT P., PKM Świerkianiec - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/4/PS/51/DO/53/16 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 820)
- m) K. sp. z o.o. sp.k., Meteor sp. z o.o. UT P. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/44/PS/303/DO/340/15, (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 23)
- n) PKS Południe sp. z o.o., UT P., A21 sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/1/PZ/5/DO/9/14
- o) PKS Południe sp. z o.o., LZ A. L., M. L. sp. j. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/36/PZ/332/DO/366/14 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 969)
- p) LZ A. L., M. L. sp. j., PKS Południe sp. z o.o., A 21 sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/20/PS/145/DO/166/16 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 860)
- q) LZ A. L., M. L. sp. j., PKS Południe sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/54/PZ/392/DO/44/14, PO/110/PZ/727/DO/649/14, PO/112/PZ/729/DO/651/14, PO/19/PZ/210/DO/225/15
- r) LZ A. L., M. L. sp. j., N. Transport, PKS Południe sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/58/PZ/330/DO/377/15, PO/61/PS/333/DO/380/15
- s) Intrans, UT P. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/84/PZ/440/DO/508/14 (konsorcjum zawarte celem obsługi 1 linii, tj. nr 921)

t) V-BUS, A21 sp. z o.o. - usługi na rzecz ZTM, umowa nr PO/15/PZ/189/DO/200/15, PO/16/PZ/190/DO/201/15 (w ramach tych 2 umów realizowane są 2 linie, 51 oraz 154).

Jak wynika z powyższego, konsorcja były zawierane nawet celem obsługi autobusowej 1 linii (!). Zdaniem Zamawiającego powyższe dowodzi, iż to właśnie różnego typu zasoby, jak techniczne, czy osobowe, decydowały o zawarciu konsorcjum, celem agregowania zasobów i zoptymalizowania sposobu działania.

W świetle okoliczności przytoczonych powyżej, nie do końca prawdziwy jest argument Odwołującego, iż „ww. podmioty konkurowały uprzednio na rynku objętym przedmiotem zamówienia uzyskując samodzielnie poszczególne zamówienia”. Sam fakt, że w innym postępowaniu, wykonawcy mogli wystartować samodzielnie, niczego nie dowodzi. Podobnie fakt, że wykonawcy obecnie samodzielnie (lub w innych konsorcjach, często konkurując ze sobą) ubiegają się o inne zamówienia nie może stanowić „dowodu” na to, że w niniejszym postępowaniu zawarli antykonkurencyjne porozumienie. Gdyby przyjąć taką logikę, okazałoby się, że ogólną regułą jest to, że wykonawcy, którzy historycznie realizowali zamówienia samodzielnie (żeby nie być posądzeni o zawieranie porozumień antykonkurencyjnych) mogliby ubiegać się o kolejne (zbliżone zakresowo) projekty wyłącznie samodzielnie. W oczywisty sposób przeczy to logice i doświadczeniu życiowemu.

Mając na uwadze całość przedstawionych wyżej okoliczności faktycznych i prawnych nie sposób przyjąć aby w niniejszej sprawie wystąpiły „wiarygodne przesłanki” zawarcia przez wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach konsorcjum, porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w Postępowaniu.

Szczególnego podkreślenia wymagają następujące okoliczności :

1.Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów że członkowie konsorcjum P. zawarli znowę przetargową.

2.Wątpliwości przedstawione w odwołaniu nie są na tyle silne aby dawały jednoznaczną podstawę do stwierdzenia istnienia znowy przetargowej, a co najważniejsze nie są jedynym logicznym wyjaśnieniem dla zaistniałego stanu faktycznego (złożenia ofert przez wskazanych wykonawców w ramach różnych konsorcjów).

3. Złożenie ofert przez wskazanych wykonawców w ramach różnych konsorcjów ma natomiast inne logiczne uzasadnienie jak:

- i. lokalizacja baz transportowych poszczególnych przewoźników,
- ii. rachunek ekonomiczny - chęć kontynuacji obsługi tych samych linii co dotychczas,

iii. narzucone przez Zamawiającego ograniczenie do dwóch części na jakie można było złożyć ofertę,

iv. dobór części - najbardziej opłacalne było złożenie oferty w tych dwóch częściach zamówienia, w których do tej pory dany przewoźnik obsługiwał największą liczbę linii z wykorzystaniem największej liczby autobusów i kierowców.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 stycznia 2016 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 2694/15 wskazała, że zawiązanie konsorcjum powinno mieć swoje ekonomiczne uzasadnienie. Podkreślono, iż ciężar dowodu braku ekonomicznego uzasadnienia zawarcia konsorcjum w całości spoczywa na odwołującym. Powołując się na orzecznictwo antymonopolowe Izba wskazała, że nawet jeśli konsorcjum eliminuje konkurencję pomiędzy jego członkami, korzyści – w postaci obniżenia kosztów lub poprawy jakości – wynikające z porozumienia co najmniej rekompensują straty związane z mniejszą konkurencją.

4. Decyzja o złożeniu oferty w ramach konsorcjum może wynikać nie tylko z braku możliwości samodzielnego wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu ale również ze względu na uzasadnienie biznesowe (np. podział ryzyk, optymalizacja kosztów, itp.). Jak wskazała Komisja Europejska w „Zawiadomieniu w sprawie narzędzi służących zwalczaniu zmów przetargowych oraz w sprawie wytycznych dotyczących stosowania podstawy wykluczenia związanej ze znową” : „wspólna oferta może być uzasadnioną decyzją biznesową, w zależności od konkretnych warunków rynkowych postępowania o udzielenie zamówienia, lub też koniecznością, jeżeli wykonawcy są w stanie spełnić kryteria kwalifikacji lub mają większe szanse na otrzymanie zamówienia wyłącznie wówczas, gdy składają ofertę jako konsorcjum.”.

5. Jednocześnie Odwołujący w żadnym razie nie wykazał, że uczestnicy konsorcjum P. byli w stanie samodzielnie zrealizować obie części zamówienia, w których złożyli oferty. Natomiast okoliczności wskazane w wyjaśnieniach poszczególnych wykonawców dowodzą, iż praktycznie żaden z wykonawców nie miał odpowiednich zasobów do samodzielnej realizacji poszczególnych części.

6. Brak jest przesłanek do uznania próby „podzielenia rynku” przez wykonawców, którzy złożyli oferty w ramach konsorcjum skoro rynek zamówienia jest otwarty na konkurencję o czym świadczą chociażby oferty złożone przez innych wykonawców w częściach, w których startowały konsorcja (część II, III, VI i VII).

7. Żadne z konsorcjów nie miało możliwości „manipulowania” wynikiem przetargu, gdyż w żadnej części nie było 2 ofert konsorcjów, a te złożone podlegały otwartej konkurencji o czym świadczą oferty złożone przez innych wykonawców w częściach II, III, VI i VII.

Rynek usług autobusowych jest rynkiem otwartym, żaden z wykonawców nie mógł mieć jakiegokolwiek pewności ile podmiotów będzie zainteresowanych udziałem w Postępowaniu i jakie oferty zostaną złożone. Nie sposób więc twierdzić, iż wykonawcy mieli wiedzę „o braku konkurencji” i w sposób arbitralny dyktowali stawki za wozokilometr.

Co istotne w części II konsorcjum przegrało z innym wykonawcą właśnie w ramach otwartej konkurencji.

8. Ponadto w świetle rozbieżności cen zaoferowanych przez poszczególne konsorcja, trudno też uznać, że ceny zostały ustalone wspólnie i w porozumieniu :

Typ taboru	CZ. I	CZ. II	CZ. III	CZ. IV	CZ.V	CZ. VI	CZ. VII
MN	5,28 zł	5,41 zł	-	-	5,30 zł	5,89 zł	-
AN	6,88 zł	5,98 zł	6,05 zł	-	6,50 zł	6,76 zł	-
BN	6,90 zł	7,28 zł	7,38 zł	6,77 zł	7,45 zł	7,95 zł	7,44 zł
CN	8,77 zł	-	8,13 zł	8,60 zł	9,58 zł	9,82 zł	9,17 zł

9. Stanowisko Odwołującego w kwestii podwykonawstwa jest również całkowicie gołosłowne. Należy mieć na uwadze, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierana jest tutaj na 96 miesięcy, a dynamika zmian na rynku usług autobusowych jest znacząca. Co istotne, wg wyliczeń Odwołującego deklarowany przez konsorcjantów zakres podwykonawstwa to 50,02% - 76,84% pracy przewozowej. Wydaje się, iż gdyby doszło do zmowy ferowanej przez Odwołującego, to deklarowany przez konsorcjantów udział podwykonawców byłby na podobnym poziomie, natomiast tutaj różnica w zakresie podwykonawstwa wynosi ponad 26 punktów procentowych, co raczej wskazuje na indywidualne potrzeby danej grupy wykonawców. Ponadto wykonawcy nie mają obowiązku wskazywania nazw, firm podwykonawców.

W konsekwencji konsorcjum tworzone jest nie tylko w celu spełnienia wymogów zamawiającego w samym postępowaniu, w szczególności w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (jak wydaje się na to wskazywać Odwołujący), ale i w celu należytej realizacji umowy o zamówienie publiczne z perspektywy optymalnego sposobu wykonania zamówienia, oszczędności z realizacji wspólnego przedsięwzięcia i optymalnej alokacji ryzyka generowanego z danej umowy. Nawet jeśli jeden z członków konsorcjum samodzielnie spełnia wymogi udziału w postępowaniu, może chcieć zawiązać konsorcjum w celu dywersyfikacji ryzyka. Jest to w pełni dopuszczalnym działaniem rynkowym i nie może

być kwestionowane. Nie sposób uznać, że działanie konsorcjantów było tutaj w jakikolwiek sposób celowe i miało na celu wyeliminowanie konkurencji (na co brak jakichkolwiek dowodów), co uznać należy wręcz za działanie niemożliwe, mając na uwadze fakt, iż rynek usług autobusowych jest otwarty na konkurencję.

Jednocześnie, w ocenie Zamawiającego, nawet gdyby uznać, iż każdy z wykonawców był w stanie do złożenia oferty samodzielnie (czego Odwołujący nie udowodnił), to automatycznie nie przesądzałoby o tym, iż przedmiotowe porozumienie jest zakazane. Należy mieć na uwadze, iż art. 8 u.o.k.i.k. zawiera przesłanki, które dopuszczają zawieranie porozumień zawartych w art. 6 u.o.k.i.k. (a więc również tego ferowanego przez Odwołującego). Zgodnie z art. 8 ust. 1 u.o.k.i.k.:

1. Zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1, nie stosuje się do porozumień, które jednocześnie:

- 1) przyczyniają się do polepszenia produkcji, dystrybucji towarów lub do postępu technicznego lub gospodarczego;
- 2) zapewniają nabywcy lub użytkownikowi odpowiednią część wynikających z porozumień korzyści;

(...) Oferty złożona przez konsorcjum P., zapewnia Zamawiającemu część wynikających z tego porozumienia (jednocześnie nienaruszającego prawa) korzyści – jest najkorzystniejsza cenowo spośród złożonych ofert w ramach otwartej konkurencji z Odwołującym.

II. ZARZUT NARUSZENIA ART. 226 UST. 1 PKT 7 PZP – CZYN NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI – nie zasługuje na uwzględnienie

W zakresie ww. zarzutu w pełni zastosowanie znajduje uzasadnienie faktyczne oraz prawne wskazane powyżej w pkt I dotyczące rzekomej zмовы przetargowej, które dowodzi, iż w niniejszej sprawie nie doszło do wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji.

W związku z powyższym, przedmiotowy zarzut uznać należy za chybiony.

III. ZARZUT DOT. WADIUM – nie zasługuje na uwzględnienie

Zdaniem Odwołującego oferta konsorcjum UT P. oraz A21 sp. z o.o. powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3;

Odwolujący wskazuje, że wadium wniesione przez ww. konsorcjum zostało wniesione nieprawidłowo, ponieważ ważność gwarancji wynosi tyle samo co okres związania ofertą, co oznacza, iż „okres ochronny Zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą uległ skróceniu”, a gwarancja nie zabezpiecza roszczeń zamawiającego przez cały okres związania ofertą, w związku z tym, wadium w niniejszej sprawie nie będzie spełniało swojej funkcji.

Ustawa Pzp oraz swz zawierają kompletne informacje co do tego co powinno zawierać wadium w formie niepieniężnej. Co istotne, ani Pzp, ani żadne z postanowień dokumentów zamówienia nie zawiera wymogu, aby wadium było wniesione na okres dłuższy niż termin związania ofertą, lub aby zawierało jakąkolwiek klauzulę umożliwiającą zaspokojenie się z wadium po upływie terminu związania ofertą i ważności wadium w formie niepieniężnej.

Co do ważności wadium, Pzp wymaga jedynie, aby wadium było wniesione na okres związania ofertą, a ten warunek jest tutaj niewątpliwie spełniony. Trudno znaleźć uzasadnienie do wymagania od wykonawcy aby składał wadium w formie niepieniężnej na okres dłuższy niż termin związania ofertą, w sytuacji, gdy wymóg taki nie wynika ani z Pzp, ani z dokumentów zamówienia.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 PZP:

5. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Natomiast zgodnie z art. 220 ust. 2 PZP:

2. Zamawiający określa w dokumentach zamówienia termin związania ofertą przez wskazanie daty.

Zamawiający zadośćuczynił wymogom ww. regulacji i wskazał, iż wykonawca powinien być związany złożoną przez siebie ofertą do dnia 4 marca 2022 r. Okoliczność ta została wskazana w punkcie 10 SWZ, którego ostateczne brzmienie nadano dnia 26 października 2021 roku (ZP.261.11.42.2021.GZ).

Skoro wadium ma być ważne do dnia upływu terminu związania ofertą, a Zamawiający wskazał w SWZ, że termin związania ofertą upływa dnia 4 marca 2022 roku, to uznać należy, iż wadium wniesiono zgodnie z wymogami Zamawiającego i PZP.

Z regulacji art. 97 ust. 5 PZP jednoznacznie wynika więc, że wadium ma być ważne do dnia upływu terminu związania ofertą.

Wadium w niniejszej sprawie nie uchybia regulacjom PZP i w szczególności nie zostało wniesione na okres krótszy od okresu związania wykonawcy ofertą.

Żądanie, aby wadium było wniesione na okres dłuższy niż okres związania ofertą, byłoby więc sprzeczne z art. 97 ust. 5 PZP, który jednoznacznie wskazuje, że okres związania ofertą i obowiązywania wadium powinien być taki sam.

Wadium Przystępującego zostało wniesione dokładnie na okres związania ofertą, co jest zgodne z art. 97 ust. 5 PZP. Jak wynika z gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000191319 z dnia 05.11.2021 roku:

„Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 10.11.2021 r. do dnia 04.03.2022 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji”.

Stanowisko Odwołującego sprowadza się do dywagacji wskazujących, że do uniemożliwienia zaspokojenia się z wadium doszłoby wyłącznie w sytuacji, gdyby zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce w ostatnich godzinach okresu związania ofertą, a więc przykładowo dnia 4 marca 2022 r. o godzinie 23:59. Odwołujący nie wyjaśnia zaś dlaczego starannie działający zamawiający miałby podejmować ważne czynności skutkujące zatrzymaniem wadium w ostatnim dniu terminu związania ofertą o godzinie 23:59 ?

W świetle powyższego, całkowicie bezprzedmiotowe jest teoretyzowanie odwołującego o hipotetycznych daleko nieprawdopodobnych sytuacjach w normalnym toku postępowania.

W niniejszej sprawie nie będzie miała miejsca jakakolwiek sytuacja, która uniemożliwiłaby zaspokojenie się z wadium Przystępującego, gdyż wyboru najkorzystniejszej oferty dokonano już w styczniu 2022 roku, a Zamawiający dysponuje aktualnie wystarczającym zapasem czasu(4 marca 2022 r.) do dokonania wszelkich czynności, których ewentualne niespełnienie umożliwiłoby zatrzymanie wadium, a poza tym Zamawiający w takim wypadku jest uprawniony do żądania wydłużenia terminu związania ofertą o kolejne 60 dni.

Zarówno w ustawie, jak i SWZ, brak jest tak szczegółowych wymagań dla treści gwarancji wadium, na jakie wskazywał Odwołujący, dotyczących czy to wydłużonego terminu ważności wadium względem terminu związania ofertą, czy zawarcia w treści gwarancji dodatkowej klauzuli.

Z żadnego z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby termin ważności wadium w formie m.in. gwarancji ubezpieczeniowej, dla zapewnienia możliwości realizacji uprawnień Zamawiającego, miał być wydłużony o dodatkową, bliżej nieoznaczoną

ilość dni - a do tego właśnie odnosił się zarzut i propozycja Odwołującego (wyrażona w trakcie rozprawy z udziałem stron). Zacytowany powyżej art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że końcowy termin utrzymania wadium to termin związania ofertą. Zrównanie terminu ważności gwarancji ubezpieczeniowej z terminem związania ofertą nie może zostać uznane jako czynność wadliwa i nie może prowadzić do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, co skutkowało by miało odrzuceniem oferty Wykonawcy”.

Wadium ma być wniesione na cały okres związania ofertą i wymóg ten jest tutaj spełniony.

Podsumowując, przepisy PZP nie wymagają więc, aby w przypadku wniesienia wadium w formie niepieniężnej miało ono zachować swoją ważność o pewien czas dłużej, niż wyznaczony okres związania ofertą. Przepisy nie wymagają również wprowadzenia do wadium w formie niepieniężnej, klauzuli umożliwiającej zaspokojenie się z wadium po upływie okresu związania ofertą (ważności wadium).

W konsekwencji przedmiotowy zarzut Odwołującego uznać należy za chybiony, ponieważ wadium zostało wniesione zgodnie z postanowieniami SWZ oraz jest zgodne z wymogami PZP.

IV. ZARZUT DOT. NISPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 117 PZP:

1. Zamawiający może określić szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.
2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.
3. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać

na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Mając na uwadze treść w.w. wskazanego przepisu należy zauważyć i podkreślić, iż :

- 1) Zamawiający w Postępowaniu nie ustanowił szczególnego sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w Postępowaniu,
- 2) Stosownie do ust. 3 art. 117 PZP dla stwierdzenia spełnienia warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wystarczy, że co najmniej jeden z nich ten warunek spełni,
- 3) Oświadczenie z ust. 4 art. 117 PZP ma w tym kontekście znaczenie wtórne.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy, skonstatować należy, iż niezależnie od wskazywanych wątpliwości Odwołującego co do rzeczywistego doświadczenia A21 Sp. z o.o., Przystępujący spełnia warunek udziału w Postępowaniu.

Skoro okolicznością bezsporną pomiędzy stronami jest to, iż UT P. posiada niezbędne doświadczenie to oznacza, iż całe konsorcjum P. spełnia wymagany warunek udziału w Postępowaniu, a oferta nie podlega odrzuceniu.

Wobec powyższego nawet w przypadku potwierdzenia się wątpliwości Odwołującego (czego Odwołujący nie wykazał, a tylko wskazał na swoją wątpliwość) można byłoby rozważyć konieczność poprawienia oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 niemniej jednak pozostawałoby to nadal bez wpływu na wynik Postępowania w tej części.

Stosownie zaś do art. 554 ust. 1 pkt 1) PZP Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Jeżeli zatem – jak w tym przypadku – nawet hipotetyczne potwierdzenie wątpliwości Odwołującego nie może doprowadzić do uwzględnienia odwołania w zakresie tego zarzutu.

Natomiast odnosząc się do wykazu zrealizowanych usług oraz treści referencji złożonych przez A21 sp. z o.o. wystawionych przez gminę Bielawę, wskazać należy, iż dokumenty te

nie mogły budzić jakichkolwiek wątpliwości Zamawiającego. Są one jednoznaczne i wskazują na pracę przewozową wykonaną przez A21 sp. z o.o. Treść wykazu usług koresponduje z treścią referencji, która została przecież wystawiona przez niezależny podmiot trzeci.

Nadto w ocenie Zamawiającego zupełnie chybionym jest stanowisko Odwołującego, co do niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania ze względu na rzekomo nieprawidłowo złożony dokument Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej jako: „JEDZ”).

W tym miejscu należy zauważyć, że Zamawiający żądał przedłożenia JEDZ wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, co zostało wskazane w punkcie 6.2. SWZ, zgodnie z którym to:

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona (najwyżej ocenionej), w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zażąda oświadczenia, o którym mowa w pkt 6.1, od Wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona. Oświadczenie, w formie elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, Wykonawca przesyła na standardowym formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ), zwanego dalej „jednolitym dokumentem”.

Faktem jest, iż informacje zawarte w JEDZ muszą być przedstawiane właśnie według stanu na dzień składania ofert, jednak obowiązku tego nie należy mylić z samą datą wystawienia tego dokumentu.

Ponadto wskazać należy, iż zgodnie z art. 125 PZP:

1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.
2. (...)
3. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. (...).

JEDZ z mocy prawa, tj. art. 125 ust. 3 PZP, odnosi się więc do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert. Okoliczności tej nie zmienia późniejsza data wypełnienia przedmiotowego dokumentu.

Dokument JEDZ niezależnie od daty jaką jest opatrzony potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania na dzień składania ofert.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 2 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), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych i kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

