

WYROK

z dnia 30 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2019 roku przez wykonawcę ARRIVA BUS Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Dobrcz z siedzibą w Dobrczu

przy udziale wykonawcy S. FRBUS GROUP Spółka jawna z siedzibą w Koronowie zgłaszającego przystąpienie postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w całości, w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 20 i pkt 23 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazuje wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy S. FRBUS GROUP Spółka jawna z siedzibą w Koronowie oraz wskazanie dodatkowych podstaw do wykluczenia dla wykonawcy W. S., prowadzący działalność pod firmą: „FLLIX W. S.” z siedzibą w Trzszczyńcu, a także uznanie ich ofert za odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Dobrcz z siedzibą w Dobrczu i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - ARRIVA BUS Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu tytułem wpisu od odwołania,

b) zasądza od Zamawiającego: Gminy Dobrcz z siedzibą w Dobrczu na rzecz Odwołującego: ARRIVA BUS Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu kwotę w wysokości 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenastu tysięcy stu złotych 00/100 groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz zastępstwa procesowego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

sygn. akt KIO 1830/19

UZASADNIENIE

Dnia 18 września 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986, ze zm.) (dalej: „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca ARRIVA BUS Transport Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu (dalej „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dowóz dzieci do szkół podstawowych na terenie Gminy Dobrcz w roku szkolnym 2019/2020” prowadzi Zamawiający: Gmina Dobrcz z siedzibą w Dobrczu. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 lipca 2019 r. pod numerem: 577208-N-2019.

Odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiającemu zarzucając naruszenie następujących przepisów:

1) art. 92 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp - poprzez wybór przez Zamawiającego, jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy: S. FRBUS GROUP Sp. jawna z siedzibą w Koronowie, pomimo tego, że w odniesieniu do tego Wykonawcy zachodziły przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 23) ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 20) ustawy Pzp, jak również w odniesieniu do oferty złożonej przez tego Wykonawcę zachodziły przesłanki odrzucenia, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp;

2) art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wybranego Wykonawcy: S. FRBUS GROUP Sp. jawna z siedzibą w Koronowie, jak również wykluczenia Wykonawcy W. S., prowadzącego działalność pod firmą: „FLLIX W. S.” z siedzibą w Trzszczyń (wykluczonego wcześniej na innej podstawie), tj. Wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, ze zm.), złożyli odrębne oferty, pomimo niewykazania przez tych Wykonawców, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3) art. 24 ust. 1 pkt 20) ustawy Pzp - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wybranego Wykonawcy: S. FRBUS GROUP Sp. jawna z siedzibą w Koronowie, jak również wykluczenia Wykonawcy W. S., prowadzącego działalność pod firmą: „FLLIX W. S.” z siedzibą w Trzszczyń (wykluczonego wcześniej na innej podstawie), z uwagi na fakt, że Wykonawcy zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu, co Zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;

4) art. 89 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 i 2 oraz art. 15 ust. 1 i ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - poprzez zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy: S. FRBUS GROUP Sp. jawna z siedzibą w Koronowie, jak również oferty Wykonawcy W. S., prowadzącego działalność pod firmą: „FLLIX W. S.” z siedzibą w Trzszczyń, z uwagi na fakt, że złożenie ofert stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz

1) nakazanie wykluczenia Wykonawcy: S. FRBUS GROUP Sp. jawna z siedzibą w Koronowie, jak również wykluczenia Wykonawcy W. S., prowadzącego działalność pod firmą: „FLLIX W. S.” (wykluczonego wcześniej na innej podstawie);

2) nakazanie odrzucenia ofert wymienionych Wykonawców;

3) nakazanie ponownego badania i oceny ofert, wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp oraz wyboru oferty najkorzystniejszej Odwołującego

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie 5 dni od dnia 13 września 2019 r., tj. przekazania Odwołującemu się „INFORMACJI O WYNIKACH”. Kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy Pzp przesłana Zamawiającemu. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem w przypadku wykluczenia wybranego wykonawcy lub odrzucenia jego oferty, oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą, zatem ma on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że w dniu 1 sierpnia 2019 r. w przedmiotowym postępowaniu Pan W. S. złożył dwa „Oświadczenia

o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej” w imieniu dwóch różnych Wykonawców:

(1) „FLLIX W. S.” oraz

(2) S. FRBUS GROUP Spółka jawna,

w których stwierdził, że każdy z Wykonawców przynależy do tej samej grupy kapitałowej łącznie z drugim z Wykonawców, którzy złożyli odrębne oferty w prowadzonym postępowaniu.

Jednocześnie, w pismach z dnia 2 sierpnia 2019 r. kierowanych do Urzędu Gminy Dobrcz Wykonawcy złożyli: „Oświadczenie o przynależności obu oferentów do jednej grupy kapitałowej”, w którym stwierdzili, że firma „S. FRBUS GROUP Sp. J.” oraz firma FELLIX przynależą do jednej grupy kapitałowej, lecz istniejące powiązania pomiędzy firmami nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, albowiem:

1) podmioty są samodzielnej, posiadają odrębne numery NIP i REGON, osobne licencje na przewóz osób oraz inne miejsce prowadzenia działalności gospodarczej;

2) prowadzą odrębną politykę handlową na potwierdzenie, czego załączono cenniki obu firm na te same trasy komunikacyjne,

3) mają odrębne zasoby techniczne, w załączeniu przekazano wykaz autobusów, które są przypisane do każdej z tych firm;

4) mają odrębne zasoby finansowe oraz są od siebie niezależne finansowo, co potwierdza fakt, że każda z tych firm posiada własny rachunek bankowy;

5) obie firmy mają odrębne zasoby kadrowe, lecz ze względu na ochronę danych osobowych RODO nie jest możliwe przedstawienie danych personalnych pracowników zatrudnionych rozdzielnie w każdej z firm.

Zdaniem Odwołującego w odniesieniu do każdego z wymienionych Wykonawców zaistniała przesłanka do ich wykluczenia z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, z uwagi na fakt przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369, ze zm.) oraz złożenie odrębnych ofert w postępowaniu.

Jednocześnie, w oparciu o złożone oświadczenia, Wykonawcy ci nie wykazali na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, w szczególności nie przedstawili zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp żadnych dowodów (poza lakonicznym oświadczeniem, które takiego dowodu nie stanowi), że powiązania pomiędzy nimi nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Powyższe okoliczności zostały wskazane przez Odwołującego w kierowanym do

Zamawiającego piśmie z dnia 26 sierpnia 2019 r., w którym podniesiono, że przywołane okoliczności potwierdzające, iż powiązania Wykonawców poprzez osobę Pana W. S.: (1) osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: „FLLIX W. S.” oraz (2) wspólnika spółki osobowej, prowadzącej działalność pod firmą: „S.a FRBUS GROUP Sp. jawna” nie tylko prowadzą, ale wręcz doprowadziły do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Powiązania pomiędzy wskazanymi Wykonawcami ujawniły się w przedmiotowym postępowaniu w następujących aspektach:

1) oferty obu Wykonawców zostały podpisane przez tę samą osobę - Pana W. S., co wynika wprost z treści tych ofert, w których w miejscu: „reprezentowany przez...” oraz „imię, nazwisko osoby składającej oświadczenie” został wpisany: „W. S.”, jak również wyglądu podpisów złożonych pod tymi ofertami,

2) Wykonawca - W. S., prowadzący działalność pod nazwą „FLLIX W. S.” korzystała z zasobów w zakresie zdolności technicznej w postaci samochodów (autobusów) marki Mercedes Benz na podstawie „UMOWY DZIERŻAWY POJAZDU” zawartej w dniu 30 lipca 2019 r.

3) Wykonawcy złożyli w postępowaniu dwie nie tylko najtańsze, ale również

najkorzystniejsze oferty (ocena w oparciu o kryterium ceny - 60% oraz 40%, tj. 40 pkt za

zaoferowanie 2 autobusów w wieku poniżej 10 lat), tj.

- FLLIX W. S. na kwotę 229.140,00 złotych: cena biletu: 57,00 zł; wiek taboru - do 10 lat - 2 szt. oraz

S. FRBUS GROUP Sp. jawna na kwotę 251.410,80 złotych: cena biletu: 62,50 zł; wiek taboru - do 10 lat - 2 szt.

przy czym następnie W. S. jako przedstawiciel firmy FLLIX „w wyznaczonym terminie, tj. 21 sierpnia 2019 r. nie dostarczył Zamawiającemu dowodów (dokumentów, referencji) potwierdzających spełnienie powyższych warunków”, tj. że „wykonał (zakończył) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 2 zadania polegające na dowozie dzieci do szkół przez nieprzerwany okres, co najmniej 10 miesięcy”, co w konsekwencji doprowadziło Zamawiającego do konieczności wyboru oferty drugiego z powiązanych osobowo i kapitałowo Wykonawców, droższej o 22 tysięcy złotych, która to kwota stanowi przychód Spółki jawnej, w której Pan W. S. jest wspólnikiem.

4) Oczywistym jest dla Odwołującego, że Wykonawcy stanowią odrębnych przedsiębiorców oraz odrębne osoby prawa cywilnego, tym samym również wszystkie przywołane w oświadczeniach Wykonawców z dnia 2 sierpnia 2019 r. okoliczności dot. odrębnych NIP, REGON, rachunków bankowych, środków majątkowych oraz zatrudnionych osób (odrębni pracodawcy/zakłady pracy) stanowią wyłącznie potwierdzenie powyższych okoliczności. Informacje podane w złożonych oświadczeniach nie stanowią natomiast żadnych argumentów, a tym bardziej dowodów, że powiązania między podmiotami nie prowadzą do naruszenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, przytoczone okoliczności należy poczytywać również, jako wypełnienie przesłanki wykluczenia Wykonawców na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, z uwagi na zawarcie przez nie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co więcej, Zamawiający w dokumentacji postępowania zgromadził odpowiedni materiał dowodowy, wystarczający nie tylko do uprawdopodobnienia, ale wręcz udowodnienia powyższych okoliczności.

Do takich okoliczności należy z pewnością zaliczyć:

1) podpisanie obu ofert (jak również załączonych do nich oświadczeń) przez jedną i tę samą osobę Pana W. S.,

2) złożenie jednakowych w treści oświadczeń o przynależności obydwu oferentów do tej samej grupy kapitałowej, podpisanych przez Pana W. S.,

3) wzajemne udostępnianie sobie przez Wykonawców zasobów technicznych, w szczególności 2 autobusów w wieku mniejszym niż 10 lat w celu uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium 2: „wiek taboru autobusowego” o wadze 40%,

4) doprowadzenie do wykluczenia tańszego z działających w porozumieniu

Wykonawców (przy braku jakichkolwiek konsekwencji finansowych z tego tytułu, gdyż Zamawiający w SIWZ nie żądał od Wykonawców wniesienia wadium) poprzez zaniechanie uzupełnienia dokumentów żądanych przez Zamawiającego oraz w konsekwencji doprowadzenie do wyboru droższej oferty złożonej przez drugiego z Wykonawców działających w porozumieniu.

Istnienie tego porozumienia zdaniem Odwołującego uosabia Pana W. S., który w tym samym postępowaniu jednocześnie reprezentuje siebie, jako jednoosobowego przedsiębiorcę oraz spółkę jawną, w której jest wspólnikiem.

Powyższe okoliczności wskazują również, że złożenie ofert przez wskazanych Wykonawców wyczerpuje przesłanki odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy), w szczególności czynem nieuczciwej konkurencji jest: „utrudnianie dostępu do rynku” (art. 3 ust. 2 ww. ustawy). Zgodnie z przepisem art. 15 przywołanej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez 5) działania mające na celu wymuszanie na klientach wyboru, jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy.

Zdaniem Odwołującego, okoliczności faktyczne mające miejsce w postępowaniu, w zakresie złożenia dwóch ofert przez dwa podmioty reprezentowane przez tę samą osobę, jednocześnie będącej jednym z tych podmiotów - przedsiębiorcą i wspólnikiem spółki jawnej, a następnie doprowadzenia do wykluczenia wykonawcy, który złożył tańszą ofertę i wybrania oferty droższej, wyczerpują przesłanki opisanych wyżej czynów nieuczciwej konkurencji, gdyż są to działania:

- 1) sprzeczne zarówno z prawem, jak i dobrymi obyczajami,
- 2) które naruszają interes Zamawiającego, jak również innych przedsiębiorców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie,
- 3) utrudniają dostęp innym przedsiębiorcom (wykonawcom) do rynku, tj. zamówienia udzielanego przez Zamawiającego oraz
- 4) wymuszają na Zamawiającym wybór określonego Wykonawcy.

Przy ocenie przedmiotowej sytuacji oraz opisanych przesłanek wykluczenia Wykonawców i odrzucenia ich ofert należy mieć na uwadze, że w świetle przepisu art. 305 Kodeksu karnego, popełnia przestępstwo, kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, udaremnia lub utrudnia przetarg publiczny albo wchodzi w porozumienie z inną osobą działając na szkodę właściciela mienia albo osoby lub instytucji, na rzecz, której przetarg jest dokonywany.

Z uwagi na powyższe Odwołujący wnosil jak w petitum odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia ofertach, wyjaśnieniach, odwołaniu, złożonych pismach procesowych wraz z załącznikami, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia, uprawniający go do złożenia odwołania, a także może ponieść szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert, po wykluczeniu Przystępującego i odrzuceniu jego oferty może zostać uznana za ofertę z najkorzystniejszym bilansem ceny i innych ocenianych elementów przedmiotu zamówienia, tym samym za najkorzystniejszą, podlegającą wyborowi. Odwołujący kwestionował czynność badania i oceny ofert oraz czynność wyboru oferty

najkorzystniejszej. Ewentualne ustalenie, że Zamawiający niezasadnie przeprowadził powyższe czynności, prowadziłoby do konieczności nakazania ich unieważnienia, czego efektem może być uzyskanie przez Odwołującego zamówienia publicznego. Natomiast szkoda jaką może on ponieść wyraża się w utracie korzyści, jakie może on uzyskać w razie uzyskania zamówienia publicznego i pozostaje w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami ustawy Pzp. Wyczerpuje to materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożył wykonawca S. FRBUS GROUP Spółka jawna z siedzibą w Koronowie (dalej jako „Przystępujący” lub „FRBUS”). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił jego oddalenie w całości, jako niezasadnego.

Zaznaczono, że oferty zostały złożone przez dwóch różnych przedsiębiorców tj. spółkę jawną oraz osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą. Każdy z przedsiębiorców posiada inną nazwę, inny adres prowadzenia działalności gospodarczej, inny NIP oraz REGON. Sam fakt podpisania oferty przez jedną i tę samą osobę, w ocenie Zamawiającego, nie daje samoistnej podstawy do odrzucenia ofert i uznania, że stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania wynika również, że przedsiębiorcy Ci ze sobą konkurują na rynku.

Najkorzystniejszą ofertę cenową złożył W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Fllix W. S. . Warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej było wykazanie, że Wykonawca wykonał (zakończył) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (...) co najmniej 2 zadania polegające na dowozie dzieci do szkół przez nieprzerwany okres co najmniej 10 miesięcy oraz dysponuje przynajmniej 3 autobusami przystosowanymi do przewozu minimum 50 osób każdy. Pojazdy w chwili składania oferty muszą być dopuszczone do ruchu drogowego i posiadać aktualne badania techniczne dopuszczające je do ruchu. Autobusy nie mogą być starsze niż 15 lat. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału zamawiający żądał m.in. Wykazu usług wykonanych lub wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 09.08.2019r. FLLIX przedłożył trzy rekomendacje:

- 1) Miejsko — Gminnego Ośrodka Kultury w Koronowie z dnia 21.08.2019r. stwierdzającą, że W. S. wykonuje w okresie od 20.06.2018r. do chwili obecnej usługi przewozu dzieci i młodzieży do szkół na terenie gminy Koronowo oraz obsługuje szereg przewozów zorganizowanych i okolicznościowych;
- 2) Miejsko Gminnego Zespołu Edukacji w Koronowie z dnia 19.08.2019r., że firma Fllix w okresie od 1 stycznia 2019r., do chwili obecnej realizuje na rzecz Gminy Koronowo transport uczniów do szkół na regularnych liniach komunikacyjnych;
- 3) Starostwa Powiatowego w Bydgoszczy z dnia 19.08.2019r. , że firma Fllix w ramach regularnej komunikacji publicznej dowoziła w okresie od 03.09.2018r. do 30.09.2019r. dzieci i młodzież do szkół prowadzonych przez Powiat Bydgoski.

Z przedłożonych rekomendacji (pkt 1 i pkt 3) wynikałoby, że Wykonawca spełnił warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej. Jednakże z uwagi na wątpliwości powzięte przez komisję przetargową co do referencji wystawionych przez MGOK w Koronowie (rekomendacja pkt 1) zwrócono się z pismem o wyjaśnienie, czy do zadań MGOK w Koronowie należy organizowanie dowozu dzieci do szkół. Zamawiający MGOK w piśmie z dnia 22 sierpnia 2019r. doprecyzował swoją rekomendację wyjaśniając, że transport dzieci odbywa się okolicznościowo, w ramach propozycji kulturalnych i nie ma charakteru ciągłego. Z tego też powodu oferta firmy Fllix jako niespełniająca warunków udziału w postępowaniu została odrzucona na podstawie art.24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP

Jednak zdaniem Zamawiającego FLLIX składając ofertę w postępowaniu złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Zatem można domniemywać, że był przekonany, że warunek dotyczący zdolności technicznej i zawodowej spełnia. To zdaniem Zamawiającego świadczy o tym, że nie było podstaw do wykluczenia

Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 pzp. Stanowisko Zamawiającego jego zdaniem potwierdza wyrok z dnia 3 marca 2014r. Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 309/14, LEX nr 1441 133). W przedmiotowym postępowaniu FLLIX na wezwanie Zamawiającego przedłożył wskazane dokumenty. Nie można zatem twierdzić, że doszło pomiędzy wykonawcami do „zmowy cenowej”. Wykonawca FLLIX przedłożył również oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej z S. FRBUS GROUP Sp. j. Jednocześnie wraz z tym oświadczeniem zostało złożone oświadczenie, że istniejące pomiędzy Wykonawcami powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji, albowiem .

- 1) podmioty są samodzielne, posiadają odrębne numery NIP i REGON, osobne licencje na przewóz osób oraz inne miejsca prowadzenia działalności gospodarczej,
- 2) prowadzą odrębną politykę handlową, na potwierdzenie czego załączono cenniki obu firm na te same trasy komunikacyjne,
- 3) mają odrębne zasoby techniczne, zmieszczono wykazy autobusów, które są przypisane do każdej z firm,
- 4) mają odrębne zasoby finansowe oraz są od siebie niezależne finansowo, co potwierdza fakt, że każda z firm posiada własny rachunek bankowy,
- 5) obie firmy mają odrębne zasoby kadrowe lecz ze względu na ochronę danych osobowych RODO nie mogą przedstawić danych personalnych pracowników zatrudnionych rozdzielnie w każdej z firm.

Do powyższego oświadczenia został załączony wykaz pojazdów, którymi Spółka miała realizować przedmiot umowy.

Drugą najkorzystniejszą cenowo była oferta złożona przez Przystępującego. Spółka przedłożyła oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej razem z Wykonawcą Fllix. Jednocześnie wraz z tym oświadczeniem zostało złożone oświadczenie, że istniejące pomiędzy Wykonawcami powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji o argumentacji tożsamej z treścią oświadczenia wykonawcy FLLIX.

Zamawiający dokonał analizy złożonych obu ofert pod kątem czy można uznać, że Wykonawcy należą do jednej grupy kapitałowej, a jeżeli tak czy zostało wykazane, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji, mając na uwadze treść art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy 7 dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 201 9r. poz. 369 ze zm.) przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Oznacza to, że za grupę kapitałową można uznać „zbiór dwóch lub większej liczby samodzielnych prawnie podmiotów gospodarczych, trwale powiązanych kapitałowo, personalnie strategicznie, kontraktowo, organizacyjnie bądź rynkowo, w których jedno przedsiębiorstwo występuje jako spółka dominująca (nadrzędna) i sprawująca kontrolę nad pozostałymi spółkami zależnymi czy też stowarzyszonymi, w których istnieje możliwość realizacji wspólnych celów gospodarczych wynikających z tworzących je powiązań”. W myśl zaś art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez „przejęcie kontroli” rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami.

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

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

Ze wskazanych wyżej definicji wynika, że kluczowa dla istnienia grupy kapitałowej jest osoba jednego przedsiębiorcy, który kontroluje w sposób pośredni lub bezpośredni pozostałych przedsiębiorców. Dlatego w ocenie Zamawiającego nie można przyjąć, że jednoosobowa działalność gospodarcza prowadzona przez W. S. pod firmą Fllix oraz FRBUS Spółka jawna przynależą do tej samej grupy kapitałowej. Jednakże gdyby nawet uznać, że firmy te przynależą do tej samej grupy kapitałowej, należy mieć na uwadze, że przynależność do jednej grupy kapitałowej nie stanowi bezwzględnej przesłanki wykluczenia. Ustawodawca zastrzegł bowiem wyjątek, jeżeli wykonawcy wykażą, że istniejące między nimi powiązania prowadzą do zakłócenia konkurencji w przetargu publicznym.

Biorąc pod uwagę złożone przez obu wykonawców oświadczenia i wyjaśnienia Zamawiający uznał, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Z oświadczeń tych wynika bowiem, że oba podmioty prowadzą odrębną politykę handlową, mają odrębne zasoby techniczne, mają odrębne zasoby finansowe oraz są od siebie niezależne finansowo, jak również obie firmy mają odrębne zasoby kadrowe. W ocenie Zamawiającego nie można uznać, że podlegają oni wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania, przesłaną przez Zamawiającego dokumentacją postępowania, złożonymi pismami procesowymi oraz zgromadzonym materiałem dowodowym Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Z akt postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w dniu 9 sierpnia 2019 roku wykonawca FLLIX został wezwany na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, zgodnie z warunkami wskazanymi w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

Z zapisów SIWZ wynika, że w ramach warunku dysponowania odpowiednim doświadczeniem, Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem (zakończeniem) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (...) co najmniej 2 zadań

polegających na dowozie dzieci do szkół przez nieprzerwany okres co najmniej 10 miesięcy oraz dysponowania przynajmniej 3 autobusami przystosowanymi do przewozu minimum 50 osób każdy.

FLLIX złożył Wykaz Usług datowany na 12 sierpnia 2019 roku, w którym wskazał, że wykonywał usługi dowozu dzieci do szkół na rzecz:

- 1) Gminy Koronowo w okresie wrzesień 2018r. do czerwiec 2019 r.;
- 2) Powiatu Bydgoskiego w okresie wrzesień 2018r. do czerwiec 2019 r.

W dniu 16 sierpnia 2019 roku, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp FLLIX został przez Zamawiającego wezwany do uzupełnienia dokumentów - dowodów określających, że wymienione w wykazie usługi zostały wykonane należycie (tzw. referencje).

FLLIX odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia dokumentów złożył referencje od:

- 1) Starostwa Powiatowego w Bydgoszczy z dnia 19 sierpnia 2019 roku, z których wynikało, że w okresie od 3.09.2018r. do 30.06.2019r. realizował usługę dowozu dzieci do szkół prowadzonych przez powiat;
- 2) Miejsko-Gminnego Zespołu Edukacji w Koronowie z dnia 19 sierpnia 2019 roku, z których wynikało, że w okresie od 1.01.2019r. do chwili obecnej realizuje usługę transportu uczniów do szkół na regularnych liniach komunikacyjnych;
- 3) Miejsko-Gminnego Ośrodka Kultury w Koronowie z dnia 21 sierpnia 2019 roku, z których wynikało, że od 20.06.2018 r. do chwili obecnej wykonuje usługi przewozu dzieci i młodzieży do szkół na terenie gminy Koronowo oraz realizuje przewozy zorganizowane i okazjonalne.

Zamawiający zwrócił się do MGOK w Koronowie o wyjaśnienie, czy do zadań statutowych Ośrodka należy organizowanie dowozu dzieci do szkół na terenie gminy Koronowo.

MGOK w Koronowie sprecyzował, że transport dzieci odbywa się okolicznościowo, w ramach propozycji kulturalnych Ośrodka i nie ma charakteru ciągłego.

Zamawiający wykluczył FLLIX z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp uznając, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Następnie Przystępujący jako wykonawca kolejny w rankingu ofert został wezwany do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający po analizie złożonych dokumentów, także uzupełnianych na wezwanie, podjął decyzję o uznaniu oferty Przystępującego FRBUS za najkorzystniejszą.

W ramach rozważań natury ogólnej, Izba wskazuje, że stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który z innymi wykonawcami zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Zatem aby wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania przy zastosowaniu wspomnianej regulacji, muszą zostać spełnione łącznie następujące przesłanki:

- a) miało miejsce zawarcie przez wykonawcę porozumienia z innymi wykonawcami,
- b) zawarte porozumienie musi mieć na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu,
- c) zamawiający musi wykazać te okoliczności przy pomocy stosownych środków dowodowych.

Z przywołanego przepisu wynika więc, że niewystarczające jest wykazanie jakiegokolwiek porozumienia, ale musi to być porozumienie antykonkurencyjne. Zawarcie takiego rodzaju porozumienia musi być dowiedzione przez zamawiającego, na którym spoczywa ciężar dowodu w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W analizowanej sprawie Zamawiający uznał, że nie zostały spełnione przesłanki określone przepisem i nie zdecydował się wykluczyć Przystępującego oraz wykonawcę FLLIX z udziału w postępowaniu. Istnienie takiego porozumienia, które doprowadziło do zakłócenia konkurencji podnosił w odwołaniu Odwołujący. W tej sytuacji przepisy ustawy Pzp i aktów wykonawczych do niej, to na tę stronę postępowania odwoławczego nakładały dodatkowy obowiązek, a mianowicie wykazania, że całokształt okoliczności przemawia za koniecznością eliminacji z procesu oceny ofert obu wykonawców.

Zgromadzony i przedstawiony w sprawie odwoławczej materiał dowodowy świadczy o tym, że Przystępujący i podmiot FLLIX zawarły między sobą porozumienie. Nawet jeżeli nie miało ono charakteru formalnego, to jest potwierdzonego na piśmie, chociażby w postaci umowy, to nie ulega jednak wątpliwości, że Przystępujący i wykonawca FLLIX korzystały wzajemnie z posiadanych zasobów technicznych celem potwierdzenia spełniania warunków. Powyższe potwierdzają niezbitie przedłożone Zamawiającemu wykazy pojazdów. Celem wykazania warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego wykonawcy ci polegali wzajemnie na swym potencjale. Aby wzajemnie udostępnić sobie zasoby podmioty musiały porozumieć się ze sobą co najmniej w zakresie sposobu wykorzystania i zgłoszenia w ofercie danego potencjału. Jednak samo w sobie takie działanie nie stanowi jeszcze naruszenia przepisów i nie wskazuje, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do zawiazania porozumienia zakłócającego konkurencję.

Przechodząc jednak dalej, w ocenie Izby Odwołujący, poprzez okoliczności wskazane w odwołaniu i na rozprawie, a wynikające ze złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oświadczeń i dokumentów, wykazał zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję. Przywołane okoliczności i dokumenty wskazują na to, że wykonawcy FLLIX oraz FRBUS są ze sobą powiązani i zawarli porozumienie mające na celu

uzyskanie wyższej ceny za realizację zamówienia publicznego. Porozumienie to polegać miało na tym, że wykonawcy oferowali ceny z odpowiednim kaskadowym „rozstawieniem” cenowym a następnie wykonawca z tańszą ofertą wycofywał się na etapie badania i oceny ofert nie uzupełniając brakujących dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału, co doprowadziło do wyboru jako najkorzystniejszej oferty drugiego z wykonawców z wyższą ceną.

Takie działania wypełniają w ocenie składu Izby wprost definicję zmowy przetargowej wskazaną w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W świetle powyższego przepisu 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 lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Dostrzeżenia w ocenie Izby wymaga, że oba podmioty reprezentowane były przez jedną osobę, Pana W. S. . Uwagę na powyższe wielokrotnie w odwołaniu i na rozprawie zwracał Odwołujący. Osoba ta prowadzi działalność gospodarczą jako osoba fizyczną pod nazwą FLLIX oraz jest jednym z dwóch wspólników w spółce jawnej FRBUS. Co więcej, osoba ta podpisała, tak formularze ofertowe zawierające cenę, jak również wszystkie inne dokumenty składane w postępowaniu w odrębnym imieniu każdego z wykonawców. Nie ma ani jednego dokumentu podpisanego przez inną osobę, która działa jako pełnomocnik jednego z wykonawców lub też drugi wspólnik w spółce jawnej. Ponadto w formularzach ofertowych zostały popełnione identyczne błędy w słownym odzwierciedleniu ceny za usługę. Zwraca również uwagę podobieństwo obu ofert pod względem graficznym. Obie oferty były uzupełniane ręcznie, zawierają podobne skreślenia, złożono identycznie graficznie wypełnione wykazy, oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, a nawet przedstawiono w nich identyczną argumentację faktyczną. Dokumenty te nie różnią się żadnym elementem poza pieczęciami firmowymi.

Trudno przyjąć, że jeżeli ta sama osoba wypełniała formularze cenowe, czyli elementy najbardziej istotne przedmiotowo dla Zamawiającego, nie posiadała ona wiedzy o ofercie konkurencyjnego wykonawcy. Określenie ceny za usługę jest istotą złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy mieli w postępowaniu konkurować głównie ceną (60% kryterium). Tymczasem jedna osoba, przyjmując tylko jej znane reguły wyceny, zdecydowała w jaki sposób ustalona zostanie cena w co najmniej dwóch ofertach (!). Doszło więc do uzgodnienia warunków ceny przez dwóch różnych przedsiębiorców. Różnica w cenie ofert była ustalona na tak minimalnym poziomie, że z dużym prawdopodobieństwem, graniczącym z pewnością można było przyjąć, że oferty zajmą kolejne miejsca w rankingu ofert. Być może Przystępujący i FLLIX w bieżącej działalności nie konkurują ze sobą na rynku świadcząc usługi na innych trasach, ale w tym postępowaniu składali ofertę na identyczny zakres ujęty w opisie przedmiotu zamówienia, na te same trasy i podali ceny niewiele różniące się od siebie. Żaden natomiast z wykonawców nie próbował udowodnić, że różnice w cenie wynikają z elementów obiektywnych i są efektem odmiennej polityki cenowej. Nie jest w tym przypadku wystarczające złożenie cenników, bez jakiegokolwiek analizy merytorycznej takiego dokumentu. Takiej analizy żaden z wykonawców nie przeprowadził, w tym także w toku postępowania odwoławczego.

Przed wszystkim jednak Izba nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego przedstawionymi w odpowiedzi na odwołanie, że wykonawca FLLIX działał w przekonaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu i prawidłowo reagował na wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp FLLIX złożył jedynie wykaz usług zawierający dwie pozycje, podając ściśle określone okresy wykonywania usług na rzecz innych zamawiających. Już na tym etapie reakcja na wezwanie Zamawiającego miała więc niepełny charakter, bowiem nie złożono wymaganych referencji potwierdzających należyte wykonanie usług ujętych w wykazie, czego jasno wymagała SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu. Dokumenty referencyjne zostały złożone w odpowiedzi na kolejne już wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Co ciekawe, wówczas okazało się, że referencje wystawione przez Miejsko-Gminny Zespół Edukacji w Koronowie nie potwierdzają okresu wykonywania usług zaznaczonego w Wykazie usług. Wykaz wskazywał na wykonywanie przewozów w okresie wrzesień 2018r. do czerwiec 2019r., natomiast z referencji wynika, że usługi są realizowane w okresie od 1.01.2019r. do chwili obecnej. Skład orzekający Izby dziwi, iż Zamawiający przeszedł nad powyższym faktem do porządku dziennego i informacje te nie podlegały chociaż wyjaśnieniu, co spowodowało rozbieżność w oświadczeniu wykonawcy oraz referencji. Pomijając okoliczność, że w wielu wypadkach

takie działania wykonawcy kwalifikowane może być jako co najmniej nieumyślna próba wprowadzenia zamawiających w błąd, skutkująca wykluczeniem z postępowania, bez możliwości naprawienia błędów w ofercie, Gmina zaakceptowała okoliczność złożenia kolejnego dokumentu - referencji dla usługi nie ujętej pierwotnie w wykazie usług. Pobieżna tylko lektura referencji wystawionych przez Miejsko-Gminny Ośrodek Kultury w Koronowie, a także niewątpliwa znajomość Zamawiającego statutowych uwarunkowań podmiotów publicznych funkcjonujących w sąsiedztwie pozwalała przyjąć, że zadanie to nie wpisuje się w warunek ustalony w SIWZ. I choć wydawać by się mogło, że FLLIX działał w przekonaniu i próbował dochować staranności w potwierdzeniu spełnienia warunków, to w ocenie Izby działania te miały jedynie charakter pozorny. Tym bardziej, że za takie działania FLLIX nie ponosił żadnego uszczerbku materialnego, w postępowaniu nie ustalono bowiem wadium. Wykonawca nie ryzykował więc żadną szkodą materialną dla swojego majątku. Wykonawca nie kwestionował również w żaden sposób decyzji Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania, nie polemizował z argumentacją Zamawiającego, nie wskazał, że mógłby zostać ponownie wezwany do uzupełnienia wykazu, bowiem pierwsze z wezwań w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczyło jedynie referencji. Wykonawca wykazał się całkowitą biernością, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty Przystępującego, jako następnej w rankingu, droższej, ale także zapewniającej Panu W. S. uzyskanie korzyści w postaci zysku z umowy jako wspólnikowi spółki jawnej, na dodatek o charakterze rodzinnym.

Nie można również nie wspomnieć, że Przystępujący nie podjął w postępowaniu odwoławczym jakiegokolwiek próby obrony złożonej przez FRBUS oferty, nie wskazał innych okoliczności, które dowodziłyby odrębności podmiotów i braku między nimi porozumienia. Ograniczono się na rozprawie do ogólnych twierdzeń o braku wyspecjalizowanego personelu odpowiedzialnego za przygotowanie ofert i lokalnym zasięgu firm. Nie można jednak zapominać, że od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, czyli profesjonalistów w obrocie handlowym, oczekuje się podwyższonej miary staranności.

Izba zgadza się z wywodem Odwołującego, że wykazanie niedozwolonego porozumienia - stosownymi dowodami - jak to wynika z przepisu art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp nie musi wiązać się z koniecznością przedstawienia dowodów bezpośrednich na okoliczność zawarcia takiego porozumienia. Nie ulega wątpliwości, że również dowody pośrednie - w postaci odpisów KRS, umów, wezwań o uzupełnienie, sposobu działania poszczególnych wykonawców - mogą wskazywać na zawarcie takiego porozumienia - takie zaś elementy miały miejsce w niniejszym stanie faktycznym. Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że takie działanie obu wykonawców zakłóca konkurencję w postępowaniu oraz naraża Zamawiającego na szkodę. Zasadnym w tym miejscu jest powołanie się na orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., z którego wynika, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów może na podstawie domniemań faktycznych dojść do wniosku, że doszło do naruszenia zakazu praktyk ograniczających konkurencję (OSNAPIUS 2008 nr 1-2, poz. 25, str. 72). Analogicznie orzecznictwo KIO wielokrotnie wskazywało, że porozumienie zawarte pomiędzy wykonawcami - zakłócające konkurencję - odnosi się również do nieformalnych przejawów/działań przedsiębiorców w tym zakresie, dlatego też zamawiający zobowiązany jest do badania nie tylko samego porozumienia, ale wszelkich okoliczności towarzyszących jego zawarciu i późniejszej jego realizacji. Dla stwierdzenia

porozumienia nie ma znaczenia forma takiego porozumienia, ale przede wszystkim wola stron oraz to co poprzez swoje zachowanie w toku postępowania zamierzają one osiągnąć.

Izba podziela w pełni argumentację przedstawioną w decyzji z dnia 11 października 2017 roku Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu (nr RWR 6/2017), która zapadła w niemal identycznych okolicznościach faktycznych jak opisane w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz postępowaniu odwoławczym. Jednoznacznie w decyzji stwierdzono, że porozumienia między wykonawcami o powiązaniach rodzinnych noszą znamiona niedozwolonych działań i prowadzą do zaburzenia konkurencji.

Reasumując, w postępowaniu Zamawiający winien był wykluczyć obu wykonawców (FRBUS i FLLIX) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp.

W ocenie Izby złożenie ofert w postępowaniu przez wskazanych Wykonawców w opisanym stanie faktycznym i przedstawionych okolicznościach dodatkowych wyczerpuje przesłanki odrzucenia oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010, ze zm.), czynem nieuczciwej

konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 ustawy), w szczególności czynem nieuczciwej konkurencji jest: „utrudnianie dostępu do rynku” (art. 3 ust. 2 ww. ustawy). Zgodnie z przepisem art. 15 przywołanej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez 5) działania mające na celu wymuszanie na klientach wyboru, jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy.

Wykonawcy działali na tym samym rynku, w tej samej branży, w sposób sprzeczny co najmniej z dobrymi obyczajami, wykorzystując wzajemne powiązania osobowe, rodzinne i kapitałowe utrudniając innym wykonawcom dostęp do rynku już chociażby przez złożenie zbliżonych cenowo ofert, co z dużym prawdopodobieństwem warunkowało uzyskanie zamówienia przez jednego z nich.

Z tych powodów Izba nakazała w ramach ponownego badania i oceny ofert

odrzućcenie ofert FRBUS i FLLIX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798, 650, 1637 i 1669), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykazą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykonawcy FRBUS oraz FLLIX złożyli w postępowaniu przed Zamawiającym oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej z drugim wykonawcą. Oświadczenia podpisał Pan W. S., jako prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą FLLIX oraz jako jeden z dwóch wspólników Spółki Jawnej FRBUS, uprawniony do reprezentacji jednoosobowej. Jednocześnie w oświadczeniach podniesiono, że istniejące powiązania pomiędzy firmami nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, albowiem:

- 1) podmioty są samodzielne, posiadają odrębne numery NIP i REGON, osobne licencje na przewóz osób oraz inne miejsce prowadzenia działalności gospodarczej;
- 2) prowadzą odrębną politykę handlową na potwierdzenie, czego załączono cenniki obu firm na te same trasy komunikacyjne,
- 3) mają odrębne zasoby techniczne, w załączeniu przekazano wykaz autobusów, które są przypisane do każdej z tych firm;
- 4) mają odrębne zasoby finansowe oraz są od siebie niezależne finansowo, co potwierdza fakt, że każda z tych firm posiada własny rachunek bankowy;
- 5) obie firmy mają odrębne zasoby kadrowe, lecz ze względu na ochronę danych osobowych RODO nie jest możliwe przedstawienie danych personalnych pracowników zatrudnionych rozdzielnie w każdej z firm.

Z kolei na rozprawie Przystępujący złożył oświadczenie, że w toku postępowania przed Zamawiającym doszło do pomyłki wykonawcy i w chwili obecnej stanowczo oświadcza on, że nie przynależy do żadnej grupy kapitałowej.

Definicja grupy kapitałowej zawarta jest w art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów. Przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Z kolei przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Takie uprawnienia wymienione w art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w odpowiedzi na odwołanie przywołał Zamawiający.

Dla uznania, czy wykonawcy pozostający w takich relacjach przynależą do jednej grupy kapitałowej kluczowe i niezbędne jest ustalenie czy istnieje pomiędzy nimi możliwość wywierania decydującego wpływu. Przesłankę tę należy rozumieć jako oddziaływanie na wszystkie istotne aspekty funkcjonowania przedsiębiorcy, zarówno o charakterze wewnętrznym, jak i o charakterze zewnętrznym, jak np. działalność przedsiębiorcy na rynku, w tym podejmowanie decyzji operacyjnych i strategicznych (tak K. Kohutek, w: Kohutek, Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 128 i nast.; E.

Modzelewska-Wąchał Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 59). Dla przyjęcia istnienia (stwierdzenia posiadania) „kontroli” nie jest konieczne, aby decydujący wpływ odnosził się do bieżącego zarządzania przedsiębiorstwem. Chodzi tu raczej o wpływ na zachowania przedsiębiorcy jako uczestnika procesów rynkowych, i oddziaływanie na te jego zachowania, które mają wpływ na konkurencję (tak Będkowski-Kozioł, w: T. Skoczny, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, s. 112 i nast.).

Możliwość wywierania decydującego wpływu jest zróżnicowana w zależności od czynnika (sytuacji), niektóre czynniki występując samodzielnie pozwalają na sprawowanie przez jednego przedsiębiorcę kontroli nad innym przedsiębiorcą, inne zaś dopiero w powiązaniu z innymi okolicznościami faktycznymi lub prawnymi. I tak, np.:

- uprawnienie do dysponowania większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, lub w zarządzie innego przedsiębiorcy, czy
- uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy,

samodzielnie dają możliwość kontrolowania przez jednego przedsiębiorcę (dominującego) innego (zależnego), co automatycznie przesądza o przynależności tego drugiego przedsiębiorcy do grupy kapitałowej pierwszego.

Inaczej rzecz się ma, gdy dla przykładu członkowie zarządu lub rady nadzorczej jednego przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy, lub gdy jeden przedsiębiorca dysponuje prawem do części mienia innego przedsiębiorcy. Takie przypadki zwykle nie prowadzą samodzielnie do powstania uprawnień, które umożliwiają pierwszemu przedsiębiorcy wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę, w związku z tym wystąpienie ich nie przesądza o posiadaniu kontroli przez przedsiębiorcę, którego członek lub członkowie organu zarządzającego lub kontrolnego stanowi(a) więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy lub przedsiębiorcą dysponującym częścią mienia. Sytuacje takie mogą (choć nie muszą) jednakże prowadzić do uzyskania kontroli w powiązaniu z innymi okolicznościami faktycznymi lub prawnymi, wspomnianymi w powołanym przepisie art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Z tego względu, w przypadku ich wystąpienia, konieczne jest każdorazowo przeprowadzenie dodatkowej analizy, w celu ustalenia, czy przesłanka zasadnicza w powiązaniu z owymi dodatkowymi okolicznościami dają podstawę do przyjęcia, że relacja między przedsiębiorcami ma charakter dominacji-zależności.

Warto również dostrzec, że przesłanki określone w art. 4 pkt 4 lit. a-f ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie stanowią katalogu zamkniętego, a zatem także inne okoliczności o charakterze prawnym i faktycznym umożliwiające de facto wywieranie wpływu na innego wykonawcę będą wypełniały hipotezę art. 4 pkt 4 wspomnianej ustawy.

Jak wynika z odpisu KRS firmy FRBUS (nr 0000793338) Pan W. S. jest jednym z dwóch wspólników w spółce jawnej. Dodatkowo prowadzi on samodzielnie działalność gospodarczą. Niewątpliwie zatem stwierdzić można, że osoba ta dysponuje prawem do części mienia innego przedsiębiorcy.

Przypomnienia wymaga, że to Wykonawca w postępowaniu udowodnić ma, że nie doszło do zakłócenia konkurencji.

Przystępujący nie złożył, nie okazał umowy spółki jawnej, z której wynikałoby, jaka jest wysokość wkładów Pana S. .

Kodeks spółek handlowych wskazuje, że obligatoryjnym elementem umowy spółki jawnej jest wskazanie wkładów wnoszonych przez każdego wspólnika wraz z określeniem ich wartości, przy czym istnieje domniemanie, że w razie wątpliwości uważa się, że wkłady wspólników są równe, jak również, że prawa, które wspólnik zobowiązał się wnieść do spółki, uważa się za przeniesione na spółkę. Każdy wspólnik bez uprzedniej uchwały wspólników może prowadzić sprawy spółki nieprzekraczające zakresu zwykłych czynności spółki. W przypadku czynności przekraczających zakres zwykłych czynności spółki, wymagana jest jednomyślna uchwała wspólników, podejmowana przez wszystkich wspólników, także tych, którzy są wyłączeni od prowadzenia spraw spółki. Czyli, jeżeli w pewnych sytuacjach wymagana jest jednomyślność, głos jednego ze wspólników może mieć znaczenie blokujące podjęcia określonej decyzji. To zaś oznacza, że taki głos (wspólnika i osoby jednoosobowo prowadzącej działalność gospodarczą) może mieć znaczenie decydujące dla drugiego przedsiębiorcy. Przyjąć można, że to osoba fizyczna uzyskała w takim układzie przedsiębiorców pozycję dominującą, uzyskując decydujący wpływ na pozostałych przedsiębiorców, podejmując decyzje w zakresie funkcjonowania całej grupy. Tym samym przedsiębiorcy wchodzący w skład takiej grupy w zasadzie ze sobą nie konkurują, ale realizują raczej wspólny cel gospodarczy, który w tym konkretnym przypadku można określić jako podpisanie umowy i zysk z jej realizacji.

W literaturze dość zgodnie twierdzi się, że możliwość wywierania wpływu na innego przedsiębiorcę oznacza możliwość rozstrzygania o najważniejszych sprawach przedsiębiorcy zależnego, jego funkcjonowaniu i rozwoju, innymi słowy - możliwość podejmowania decyzji z jego punktu widzenia strategicznych [tak E. Stawicki, w: A. Stawicki,

E. Stawicki (red.), Ustawa..., s. 104-105; C. Banasiński, E. Piontek (red.), Ustawa..., s. 74; M. Będkowski-Kozioł, w: T. Skoczny, A. Jurkowska, D. Miąsik (red.), Ustawa., s. 152].

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że w postępowaniu mamy nie tylko do czynienia z występowaniem grupy kapitałowej, ale również z zakłóceniem konkurencji w wyniku jej działania na określonym rynku.

W ocenie Izby wskazane przez FLLIX i FRBUS w oświadczeniach o przynależności do grupy kapitałowej okoliczności nie są wystarczające do przyjęcia, że nie doszło do zakłócenia konkurencji. Posiadanie odrębnych numerów NIP, REGON, rachunków bankowych, czy siedziby jest charakterystyczne dla każdego podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą. Takie argumenty nie świadczą o braku powiązań i niezakłócaniu konkurencji.

Przystępujący składając oświadczenie powoływał się na odrębności zasobów kadrowych, zaznaczając, że ze względu na ochronę danych osobowych i ustawę o RODO nie jest możliwe przedstawienie danych personalnych pracowników. W ocenie składu, co także zauważył na rozprawie Odwołujący, istniała obiektywna możliwość złożenia wykazów pracowników dla każdego z podmiotów wykazując odrębność zasobów i zastrzeżenie powyższych informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa. Tego nie uczyniono. Odwoływano się również do odrębności zasobów technicznych, lecz z drugiej strony Wykonawcy polegali na wzajemnych zasobach celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału i uzyskania dodatkowych punktów w kryterium „zaoferowanie 2 autobusów w wieku poniżej 10 lat. Nie ma więc pełnej niezależności taboru wykorzystywanego do wykonywania działalności odrębnie przez każdy z podmiotów składających ofertę. Jak już wcześniej wspomniano w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia, każdy z wykonawców ograniczył się do złożenia cenników z ceną biletów na poszczególne trasy. Nie dokonano jakiejkolwiek analizy merytorycznej tych materiałów. Natomiast Odwołujący badając te dokumenty zauważył, że większość tras, na których każdy z wykonawców świadczy usługi transportowe nie pokrywa się, co świadczyć może raczej o podziale między siebie rynku, gdzie na określonej trasie brak jest konkurencji ze strony drugiego wykonawcy. Zatem fakt, że każdy z wykonawców oferuje inną cenę biletów pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy doszło do zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu. Skoro nie pokrywa się zasięg terytorialny świadczenia usługi, to cena biletu dla takich linii jest irrelevantna z punktu wykazania braku powiązań. A jednocześnie w ramach przyszłej umowy wykonawcy mieli wykonywać przewozy na tej samej trasie, więc powinni konkurować ze sobą ceną biletu ustaloną z należytą starannością dla tej samej trasy. Innymi słowy, złożenie cenników nie świadczy o niezakłócaniu konkurencji.

Za przyjęciem faktu przynależności do grupy kapitałowej należy rozumieć każdą więź między wykonawcami, która prowadzić może do zakłócenia konkurencji w postępowaniu (tak wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 885/19). Zdaniem Izby już samo podpisanie formularzy ofertowych przez jedną osobę, a więc znajomość parametrów cenowych drugiej oferty świadczy niezbicie o zakłócaniu konkurencji. W sytuacji, w której współnikiem oraz podmiotem jednoosobowo prowadzącym działalność gospodarczą jest jedna i ta sama osoba, więź tego rodzaju jest więcej niż oczywista.

Konkludując, w świetle udzielonych przez obu wykonawców wyjaśnień Izba jest przekonana, że nie można uznać, iż Wykonawcy Ci wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wręcz przeciwnie, zdaniem składu orzekającego Izby jednoznacznie wykazano i potwierdzono wręcz, że takie działania prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu - np. poprzez podpisanie dokumentów w postępowaniu przetargowym dla dwóch Wykonawców - przez tą samą osobę. Każda z okoliczności opisanych w niniejszym uzasadnieniu, uwzględniana odrębnie nie stanowi dowodu, że przedsiębiorcy dokonali uzgodnień co do treści składanych ofert i działań podejmowanych w toku postępowania przetargowego. Jednak łączne wystąpienie wszystkich wymienionych okoliczności przy uwzględnieniu powiązań osobowo-kapitałowych między przedsiębiorcami prowadzi do wniosku, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego doszło do zakłócenia konkurencji.

Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu wykluczenie obu wykonawców (FRBUS

i FLLIX) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia.

Jedynie na marginesie, rozstrzygając wniosek Przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów, Izba wyjaśnia, że jest to możliwe na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, tylko w jednej sytuacji, w przypadku oddalenia odwołania jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Przewodniczący: