

WYROK
z dnia 16 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 września 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 sierpnia 2020 r. przez Odwołującego - M. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. W. „MAT-BUS”, Bogucice Drugie, ul. Szosa 25a, 28-400 Pińczów

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Prażmów, ul. Piotra Czołchańskiego 1, 05-505 Prażmów przy udziale

wykonawcy PKS-ATRANS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kusocińskiego 14/67, 05-500 Piaseczno zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 25.08.2020r. polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 i 23 Ustawy oraz czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla części I i II przedmiotu zamówienia i nakazuje powtórzyć czynność badania i oceny ofert złożonych na obie części zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego - Gminę Prażmów i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - M. W. tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od Zamawiającego - Gminy Prażmów na rzecz Odwołującego - M. W. kwotę 11.100,00 zł 00 gr. (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego - Gminę Prażmów nadawców uczniów do szkół gminnych (nr postępowania ZAM.27.1.12.2020), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13.08.2020r., nr 574573-N-2020, wobec czynności badania i wykluczenia z postępowania na część I i II oraz dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej dla części I i II, Wykonawca M. W., wniósł w dniu 28 sierpnia 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2102/20).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy pzp poprzez uznanie, że Odwołujący zawarł porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w sytuacji kiedy Zamawiający nie wykazał tego jakimikolwiek dowodami w szczególności przy uwzględnieniu faktu, że Odwołujący nie zawarł jakiegokolwiek porozumienia ze swoją małżonką (a już w szczególności takiego, którego celem byłoby zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami) oraz zawarł z nią rozdzielną majątkową i odwołał jej pełnomocnictwo;

2.art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp poprzez uznanie, że Odwołujący i jego małżonka należą do jednej grupy kapitałowej

w sytuacji kiedy zawarli rozdzielność majątkową małżeńską, nie należą do jednej grupy kapitałowej i nie mają wspólnego majątku którego pomnażaniem byłoby zainteresowani, a także w sytuacji kiedy żadne przepisy nie określają definicji grupy kapitałowej, jako „małżonków” oraz zawarł z nią rozdzielność majątkową i odwołał jej pełnomocnictwo;

3.art. 26 ust. 4 pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie braku podstaw jego wykluczenia w sytuacji kiedy Odwołujący zawarł umowę o rozdzielności majątkowej z małżonką i odwołał jej pełnomocnictwo ma istotne i zasadnicze znaczenie dla oceny całokształtu niniejszej sprawy;

4.art. 91 pzp poprzez wybór ofert najkorzystniejszych w częściach I i II w sytuacji kiedy oferty te nie były najkorzystniejsze;

5.art. 24 ust. 4 ustawy pzp poprzez jego niezastosowanie, co w efekcie doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający wykluczył Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu uchylecia zaskarżonych czynności oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania w dniu 25.08.2020 r. drogą elektroniczną.

Uzasadnienie zarzutów.

Zamawiający uzasadniając decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 uznał, iż Odwołujący zawarł porozumienie z innym wykonawcom mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający porozumienie to rozumiał zgodnie z art. 4 pkt 5 lit. b) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jako umowy zawierane pomiędzy przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów, uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. W ocenie Zamawiającego spełniającym powyższą definicję porozumienie jest akt zawarcia związku małżeńskiego oraz fakt ujawnienia w CEIDG nieaktualnego już pełnomocnictwa. Odwołujący nie zgadza się z taką oceną, gdyż dla stwierdzenia wystąpienia niedozwolonego porozumienia konieczne jest ustalenie, że celem wykonawców jest zakłócenie konkurencji. Stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy (wyrok KIO z 10.11.2017[^], sygn. akt KIO 2213/17).

Zarówno Odwołujący, jak i oddzielenie jego małżonka złożyli dwie najtańsze oferty w obu zadaniach, zatem trudno mówić o jakimkolwiek porozumieniu, którego celem byłoby zakłócenie konkurencji. Ponadto, wraz z zawarciem związku małżeńskiego zawarli umowę o rozdzielności majątkowej, mają zatem dwa oddzielne majątki i nie mają wspólnego celu jakim jest pomnażanie majątku dorobkowego. Powyższe ewidentnie świadczy, że każdy z małżonków jest zainteresowany w pomnażaniu własnego majątku, prowadzi własną działalność gospodarczą i zajmuje się oddzielnie swoimi interesami. Dodatkowo pełnomocnictwo na które powołuje się Zamawiający zostało odwołane. Zamawiający nie wykazał, nawet nie uprawdopodobnił faktu zawarcia porozumienia, którego celem byłoby zakłócenie konkurencji między wykonawcami.

Zamawiający bez zwracania się o dodatkowe wyjaśnienia uznał, iż Odwołujący wraz z małżonką pozostają w ustawowym ustroju małżeńskim, co rzeczywiście mogłoby determinować istnienie grupy kapitałowej (w ramach jednego majątku należącego do obojga małżonków w ramach niepodzielnej „bezudziałowej” wspólnoty). Odwołujący posiada swój odrębny majątek i nie jest w jakikolwiek sposób powiązany ekonomicznie czy majątkowo ze swoją małżonką, co determinuje brak wspólnego interesu ekonomicznego, a zatem brak powiązań (występowania) w ramach grupy kapitałowej.

W konsekwencji tych naruszeń Zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych, chociaż w obu częściach najkorzystniejsze oferty złożył Odwołujący.

W dniu 04.09.2020r. Zamawiający przesłał do wykonawców pocztą elektroniczną kopię odwołania. W dniu 07.09.2020r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca - PKS-ATRANS Sp. z o.o., a w dniu

08.09.2020r. Wykonawca - P. R. (Przedsiębiorstwo Usługowe „TRANS-SPORT” P. R.). Na posiedzeniu niejawnym Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie złożone z przekroczeniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Ustawy i dopuściła do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika Przystępującego PKS-ATRANS Sp. z o.o.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Wskazał na okoliczność złożenia ofert na obie części zamówienia przez małżonków prowadzących odrębne działalności gospodarcze. Zamawiający ustalił na podstawie wpisu w CEIDG, iż p. M. W. jest pełnomocnikiem w firmie p. M. W., co ma uzasadniać poprawność decyzji o wykluczeniu obu wykonawców z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 20 i 23 Ustawy. W uzasadnieniu wskazał, iż Zgromadzone w sprawie dowody w postaci ustalenia, że oferenci pozostają w związku małżeńskim, żona w dacie składania oferty była pełnomocnikiem w firmie męża, nadto ustalono także, że oboje przystępując do przetargu posiadali jeden i ten sam pojazd do przewozu dzieci. W tej sytuacji byli w sposób oczywisty powiązani kapitałowo, a także działali w porozumieniu i założeniem ograniczenia swobody konkurencji.

Zamawiający zawiadomiony o terminie posiedzenia nie stawiał się przed Izbą, co nie stanowiło przeszkody to rozpoznania odwołania. Zamawiający przekazał kopię dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Obecny na posiedzeniu i rozprawie Przystępujący po stronie Zamawiającego przedstawił dalsze dowody mające wskazywać na istnienie porozumienia pomiędzy przedsiębiorcami składającymi oferty w postępowaniu, którego celem miało być naruszenie konkurencji w postępowaniu. Wykonawca złożył pismo procesowe stanowiące odpowiedź na odwołanie, w którym odniósł się do okoliczności związanych z podobieństwem ofert, prowadzeniem działalności gospodarczych pod tym samym adresem, korzystania z wspólnej bazy samochodowej, jako istotnych dla ustalenia zawarcia przez Wykonawców niedozwolonego porozumienia przy składaniu ofert.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ odwołaniem objęto czynności wpływające bezpośrednio na sytuację Wykonawcy w postępowaniu, złożone odwołanie prowadzić może do uchylenia negatywnych skutków decyzji Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania oraz dokonaniu wyboru ofert innych wykonawców, jako najkorzystniejszych w części I i II przedmiotu zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, iż Odwołujący ma interes w tym, aby kwestionować prawidłowość czynności oceny oferty własnej wpływającej na ranking ofert złożonych w postępowaniu. W tym stanie rzeczy spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w tym treść siwz oraz ofert, Izba ustaliła stan faktyczny sprawy w zakresie objętym zarzutami.

Zamawiający dopuścił w postępowaniu składanie ofert częściowych. Przedmiot zamówienia podzielony został na dwie części: część I, część II. Na podstawie art. 36 aa ustawy Zamawiający nie wprowadził zastrzeżeń co do możliwości składania ofert na jedną lub obie części (część II.6 siwz).

W dniu 20.08.2020r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Na część I zamówienia złożonych zostało sześć ofert: MAT-BUS W. M. - 274.847,96 zł; Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. - 415.856,00 zł; MONI-BUS M. W. - 319.967,98 zł; PKS-ATRANS Sp. z o.o. - 335.422,08 zł; RAF TRANS Sp. z o.o. - 496.800,00 zł; Usługi Transportowe W. - 342.160,00 zł. Na część II zamówienia złożonych zostało siedem ofert: Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R. - 342.771,00 zł; MAT-BUS W. M. - 269.207,98 zł; Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej Sp. z o.o. - 378.726,00 zł;

MONI-BUS M. W. - 314.327,98 zł; PKS-ATRANS Sp. z o.o. - 367.603,92 zł; RAF TRANS Sp. z o.o. - 383.400,00 ; Usługi Transportowe Z. W. - 407.490,00 zł.

W dniu 24.08.2020 r. Odwołujący złożył oświadczenie na załączniku nr 7 do siwz O przy należności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, wskazując iż nie należy do tej samej grupy kapitałowej z innymi Wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty.

W dniu 25.08.2020 r. Zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust.1 pkt 20 i 23 Ustawy Wykonawców: MAT-BUS W. M. oraz MONI-BUS M. W. . W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż w przetargu oferty wpłynęły od obu wykonawców. Zamawiający uznał wedle definicji grupy kapitałowej z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów Pani M. W. zarządza firmami i występuje tu zależność między przedsiębiorcami. Z kolei wedle art. 4 pkt 5 lit. b ustawy o ochronie konkurencji porozumieniem dążącym do zakłócenia konkurencji jest uzgodnienie dokonane w jakiegokolwiek formie (także ustne), a dowód na to jest oczywisty - rodzina i jeden z przedsiębiorców jest pełnomocnikiem drugiego, a więc takie porozumienie miało miejsce, czyli spełniona jest przesłanka z art. 24 pkt 20 ustawy Pzp.

W dniu 25.08.2020r. Zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych, tj. w części I - oferty PKS-ATRANS Sp. z o.o., a w części II - Przedsiębiorstwo Usługowe Trans-Sport P. R.

Odwołujący na rozprawie przedłożył dowody w postaci wypisu z aktu notarialnego z dnia 17.06.2015r., którym małżonkowie ustanowili rozdzielność majątkową oraz odwołanie z dnia 16.03.2020 r. pełnomocnictwa udzielonego przez M. W. żonie i sporządzonego w formie aktu notarialnego w dniu 28 czerwca 2019 r.

Uwzględniając ten stan Izba uznała, iż zarzuty formułowane wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania potwierdziły się.

Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do oceny znaczenia, jakie z punktu widzenia podstaw wykluczenia miało ustalenie, że oferty w postępowaniu złożyli małżonkowie prowadzący odrębne działalności gospodarcze, w sytuacji gdy okoliczności faktyczne wskazywały na faktyczne powiązania rodzinne oraz biznesowe, co miało wskazywać na istnienie grupy kapitałowej oraz na zawarcie porozumienia, którego celem było zakłócenie konkurencji w przetargu. Odwołujący podkreślał znaczenie faktu, iż pomiędzy małżonkami nie ma ustawowej wspólności majątkowej, a każdy z małżonków działa w celu pomnożenia własnego majątku, jak również na fakt odwołania pełnomocnictwa żony do działania w imieniu Odwołującego. Ponadto wskazał na brak istnienia dowodów, które pozwalałyby przyjąć, iż celem Wykonawców było zakłócenie konkurencji w postępowaniu, w którym dla każdej części dwie najtańsze oferty złożyli małżonkowie. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu czynności, jako wystarczające dla stwierdzenia podstawy do wykluczenia z postępowania, okoliczność istnienia związku małżeńskiego oraz powiązania biznesowe wynikające z udzielenia pełnomocnictwa do działania na rzecz Odwołującego żony.

Odnosząc się do podstawy zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 Ustawy należało w pierwszej kolejności rozważyć, czy okoliczności sprawy wskazywały na konieczność złożenia oświadczenia o istnieniu grupy kapitałowej pomiędzy małżonkami, którzy złożyli odrębne oferty w tych samych częściach zamówienia.

Należy podkreślić, iż w obrocie gospodarczym funkcjonują różne definicje grupy kapitałowej, w zależności od kontekstu i ustawy regulującej dane zdarzenie gospodarcze. Można przykładowo wskazać na różne zdefiniowanie grupy kapitałowej w ustawie o rachunkowości (art. 3 ust. 1 pkt 44), czy też ustawie o podatku dochodowym od osób fizycznych (art. 1a ust. 1 ustawy o CIT), tzw. podatkowej grupy kapitałowej. Na gruncie przepisów Ustawy Pzp grupa kapitałowa definiowana jest przez odesłanie do przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Tym samym grupę kapitałową tworzą przedsiębiorca dominujący i przedsiębiorcy zależni.

Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy, dla stwierdzenia istnienia grupy kapitałowej konieczne było wykazanie przez Zamawiającego istnienia takiego powiązania między przedsiębiorcami, które pozwalałoby stwierdzić ten rodzaj

zależności, w którym można przypisać rolę przedsiębiorcy dominującego oraz zależnego. W ocenie składu orzekającego fakt istnienia powiązań pomiędzy małżonkami prowadzącymi działalność w tym samym sektorze usług został wykazany chociażby przez treść ofert, w których małżonkowie posługiwali się tymi samymi pojazdami użyczonymi na potrzeby złożenia oferty, jak również wspólnymi danymi adresowymi, czy też podobieństwem graficznym ofert. Powyższe nie oznacza jednak, iż przedsiębiorcy stanowią grupę kapitałową poprzez fakt możliwości wpływania w sposób nieformalny na decyzje biznesowe każdego z małżonków. W ocenie składu orzekającego, same relacje rodzinne nie są wystarczające do stwierdzenia, iż jeden z przedsiębiorców ma pozycję dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym. Aby taka kontrola miała miejsce konieczne jest wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w sferze biznesowej. Przy dwóch równych podmiotach nie można ustalić wyłącznie na podstawie relacji rodzinnych, iż istnieje zależność wynikająca, np. z większościowego udziału głosu, czy też udziału w mieniu wspólnym lub innej formy pozwalającej na wywieranie wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. Decyzja o złożeniu oferty w tym samym postępowaniu nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym, tym bardziej, iż złożenie dwóch ofert na te same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie. Tylko jedna oferta może być uznana za najkorzystniejszą, a nie można na obecnym etapie postępowania stwierdzić, iż celem Wykonawców miało być doprowadzenie do wyboru oferty droższej (drugiego małżonka).

Należy również zauważyć, iż samo nawet złożenie oferty przez spółki z grupy kapitałowej nie może prowadzić z automatu do wykluczenia z postępowania. Jak wskazano, za orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.11.2019r., sygn. akt KIO 2142/19, grupy kapitałowe mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, iż przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej i tym samym będą działać w sposób konkurencyjny, a zasadnicze pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłoby niezgodne z prawem Unii Europejskiej, prowadziłoby bowiem w konsekwencji do ograniczenia konkurencji na szczeblu wspólnotowym. Powyższe prowadzi do konieczności wykazania przez zamawiającego nie tylko okoliczności złożenia ofert przez podmioty tworzące grupę kapitałową ale również tego, czy powiązania w ramach grupy kapitałowej mają przełożenie na działania wykonawców, w tym, przede wszystkim z punktu widzenia przestrzegania zasady uczciwej konkurencji, np. poprzez próbę wpływu na pozycję ofert, czy też ograniczanie dostępu do zamówienia innym podmiotom spoza grupy kapitałowej.

Gdyby nawet uznać, iż Odwołujący tworzy grupę kapitałową z żoną prowadzącą działalność gospodarczą, to wówczas dla ustalenia przesłanki do wykluczenia z postępowania, konieczne byłoby rozważenie, czy istniejące powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W niniejszej sprawie ta konieczność nie zachodziła, gdyż w ocenie Izby Odwołujący nie pozostawał w grupie kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania ustalonej w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 20 Ustawy, koniecznym stało się odniesienie do tej części normy prawnej, która wskazuje na konieczność wykazania przez zamawiającego, iż porozumienie podmiotów składających oferty w postępowaniu miało na celu naruszenie konkurencji. Zamawiający powinien posiadać jednoznaczny dowód, konkretne ustalenia dokonane chociażby na podstawie potwierdzonych okoliczności, czy wynikających choćby z dowodów pośrednich, że ma do czynienia z zakłóceniem uczciwej konkurencji. Taka okoliczność nie wystąpiła w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający ograniczył swoje uzasadnienie do ustalenia, że pomiędzy Wykonawcami istnieje więź rodzinna oraz stosunek pełnomocnictwa, co mogło wyłącznie dowodzić istnienia porozumienia, jednak nie przesądzało o jego niekonkurencyjnym celu. Treść normy nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż nie każde porozumienie stanowić może podstawę do wykluczenia z postępowania, a jedynie takie, które zakłóca konkurencję w postępowaniu. Zamawiający nie ograniczył w żaden sposób możliwości składania ofert częściowych na obie części zamówienia, stąd co najmniej sześciu wykonawców złożyło oferty na część I i II zamówienia. W obu częściach oferta Odwołującego była najtańsza i to ten Wykonawca miał szansę uzyskać zamówienie. W ocenie składu orzekającego zachowanie Odwołującego w żaden sposób nie odbiega od zachowania pozostałych pięciu wykonawców, którzy składali oferty częściowe, a jego powiązania rodzinne nie miały znaczenia z punktu widzenia innych wykonawców ubiegających się o zamówienie. Istnienie powiązań z innym wykonawcą nie prowadziło do uzyskania przewagi konkurencyjnej, w tym znaczeniu iż stwarzało lepsze warunki

do złożenia korzystniejszej oferty. Odwołujący nie korzystał z potencjału drugiego przedsiębiorcy, co oznacza iż nie musiał działać w porozumieniu w celu przygotowania i złożenia oferty tańszej. Gdyby nawet takie porozumienie istniało, to nadal nie miałoby ono żadnego wpływu na treść pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Takiego związku Zamawiający nie wykazał, a tym samym Izba nie miała podstaw do przyjęcia, iż porozumienie miało charakter antykonkurencyjny.

W świetle powyższego Izba uznała, iż nie zachodziła przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 20 i 23 Ustawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 w ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty Odwołującego poniesione w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: