WYROK

z dnia 2 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk

Protokolant:Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **D. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe D. F.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kozienice,**

przy udziale:

A. **wykonawcy A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą AMP A. P.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2163/20 po stronie Zamawiającego,

B. wykonawcy **G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa G. P.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2163/20 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części III i IV zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie w części III zamówienia oferty wykonawcy **A. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą AMP A. P.** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w części IV zamówienia odrzucenie oferty wykonawcy **G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa G. P.** na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie zarzuty oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gminę Kozienice** i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **D. F. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe D. F.** tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego - **Gminy Kozienice** na rzecz Odwołującego - wykonawcy **D. F. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe D. F.** kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Radomiu.**

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający - Gmina Kozienice [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dowóz uczniów do szkół podstawowych na terenie Gminy Kozienice oraz uczniów niepełnosprawnych z terenu Gminy Kozienice do szkół specjalnych w roku szkolnym 2020/2021* (znak postępowania: WI.7011.1.ED.2020).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29 lipca 2020 r. pod numerem 567134-N-2020.

W dniu 31 sierpnia 2020 r. wykonawca D. F. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe D. F. [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie w zakresie części III i IV zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.w zakresie części III - art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z:

1)art. 22a ust. 2 oraz 4 ustawy Pzp poprzez ocenę, że A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą AMP A. Pr. [dalej „AMP A. P."] wykazała poprzez złożone zobowiązanie, iż będzie dysponowała odpowiednimi i niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, podczas gdy zobowiązanie to nie przewiduje udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia,

oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania AMP A. P., podczas gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia,

ewentualnie w przypadku stwierdzenia możliwości wezwania wykonawcy AMP A. P. do uzupełnienia oferty zaskarżonym czynnościom zarzucił również naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez brak skierowania wezwania do uzupełnienia oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia;

2)art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania AMP A. P., podczas gdy wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej co inni wykonawcy, którzy złożyli ofertę w postępowaniu;

3)art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania AMP A. P., podczas gdy wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje

3

podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. na badanie istnienia podstawy wykluczenia odnoszącej się do złożenia przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej odrębnych ofert;

4)art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania AMP A. P., podczas gdy wykonawca ten należąc do tej samej grupy kapitałowej co G. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo-Handlowa G. P. [dalej „FUH Grzegorz Przerwa"] złożył odrębną ofertę w postępowaniu nie wykazując, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

5)art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty AMP A. P., podczas gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wspólnym z FUH G. Pr. uzgadnianiu warunków składanych ofert oraz dalszych czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia,

poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej jako opartej na ocenie oferty AMP A. P., pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona,

2.w zakresie części IV - art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z:

1)art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania FUH G. P., podczas gdy wykonawca ten w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej co inni wykonawcy, którzy złożyli ofertę w postępowaniu;

2)art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania FUH G. P., podczas gdy wykonawca ten w wyniku co najmniej lekkomyślności przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia tj. na badanie istnienia podstawy wykluczenia odnoszącej się do złożenia przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej odrębnych ofert;

3)art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia z postępowania FUH G. P., podczas gdy wykonawca ten należąc do tej samej grupy kapitałowej co AMP A. P. złożył odrębną ofertą w postępowaniu nie wykazując, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4)art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty FUH G. P., podczas gdy jej

złożeniestanowi czyn ..... nieuczciwej konkurencji polegający na ..... wspólnym

z AMP A. P. uzgadnianiu warunków składanych ofert oraz dalszych czynności podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia,

poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej jako opartej na ocenie oferty FUH G. P.,

4

pomimo że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1.uwzględnienie odwołania;

2.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach części nr III oraz IV zamówienia oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert,

3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez AMP A. P. oraz wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu w zakresie części III;

4.nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez FUH G. P. oraz wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu w zakresie części IV.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1.1 *petitum* odwołania Odwołujący wskazał na brzmienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.2.2 SIWZ. Uzasadniał, że oferta złożona przez AMP A. P. zawiera oświadczenie o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego - Prefabet Sp. z o.o. w zakresie wszystkich części zamówienia. Jak jednak wykazał w międzyczasie Odwołujący w innej sprawie odwoławczej, o sygn. akt KIO 1921/20, zgodnie z wpisem Prefabet sp. z o.o. w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego - osób (wydane przez Urząd Miasta Stołecznego Warszawy) posiada on dopiero od 21 maja 2020 r., a nie zostały uwidocznione dla tego podmiotu żadne wcześniejsze uprawnienia. Tym samym Prefabet Sp. z o.o. nie mógł mieć doświadczenia, na które zamierzała się powołać A. P.. Z tegoż względu na żądanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do złożenia dalszych dokumentów A. P. przedłożyła zobowiązanie innego podmiotu - S. Sp. z o.o. Sp.k. Odwołujący wskazywał, że treść tego zobowiązania wskazuje jednak, iż podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca, a w każdym razie do takiego podwykonawstwa się nie zobowiązuje. Twierdził, że skoro więc AMP A. P. polega na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia to wymagane jest, by S. Sp. z o.o. Sp.k. zrealizowała przedmiotową usługę jako podwykonawca. Z całokształtu złożonych przez AMP A. P. dokumentów wynika, iż w zakresie realizacji zamówienia takie podwykonawstwo nie zaistnieje. Wskazał, iż również treść oświadczenia S. Sp. z o.o. Sp.k. wskazuje na to, iż podmiot ten nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca, a w każdym razie do takiego podwykonawstwa się nie zobowiązuje. Zdaniem Odwołującego ze złożonego zobowiązania jasno wynika, iż podmiot ten zobowiązał się jedynie do pośredniej

pomocy w realizacji zamówienia przez przekazanie wskazanych zasobów, ale bez udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Odwołujący na poparcie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 2677/17.

Podkreślał, iż przedmiotowe zobowiązanie podmiotu trzeciego ma nad wyraz doniosłe znaczenie - ma zmienić tak istotnie sytuację prawną wykonawcy AMP A. P., że ten z podmiotu, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, stanie się podmiotem, który wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W braku takiego wykazania nie jest możliwe uznanie, że postawiony warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Z uwagi na powyższe oraz treść art. 22a ust. 4 ustawy Pzp należy uznać, iż AMP A. P. nie wykazała spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1.2, 1.3, 1.4 oraz 2.1, 2.2, 2.3 *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że dysponuje informacją, iż wykonawcy A. P. oraz Grzegorz Przerwa pozostają w związku małżeńskim, jednak z powodu przeszkód formalnych nie ma możliwości wykazania tego za pomocą dokumentu urzędowego (odpisu aktu stanu cywilnego). Powyższe jest dodatkowo uprawdopodobnione przez publicznie dostępne informacje o działaniu obu tych osób w tych samych postępowaniach oraz przez fakt posiadania tego samego, niezbyt popularnego nazwiska. Wskazał, iż kwestia ta ma potencjalnie istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia postępowania, gdyż samo pozostawianie w związku małżeńskim, w szczególności w sytuacji istnienia małżeńskiej wspólności majątkowej, stanowi zgodnie z orzecznictwem Izby o pozostawaniu w tej samej grupie kapitałowej (wyrok KIO z dnia 4 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 885/19 oraz wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r. sygn. akt: KIO 1181/14).

W niniejszym postępowaniu oboje wykonawcy A. oraz G. P. jako stałe miejsce wykonywania działalności mają wpisane adresy w centrum Warszawy będące przedmiotem działalności „wirtualnych biur" - nie są to adresy prowadzenia rzeczywistej działalności gospodarczej. Powyższe dotyczy zarówno adresu AMP A. P. - ul. Elektoralna 13/209, 00-137 Warszawa, jak i adresu F.U.H. G. P. - Al. Ujazdowskie 26/96,00-478 Warszawa.

Wszelkie fakty dotyczące działalności A. P.:

-założenie działalności w zakresie przewozów pasażerskich w dniu 1.07.2020 oraz uzyskanie zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w dniu 15.07.2020 r. tj. niecały miesiąc przed złożeniem oferty oraz w tracie trwania wielkiej zapaści rynku autobusowych przewozów pasażerskich,

-brak wskazanego realnego miejsca wykonywania działalności,

-brak nie tylko doświadczenia, ale również własnych kierowców i pojazdów (co wynika zarówno z zakresu złożonego z ofertą zobowiązania Prefabet sp. z o.o., jak i złożonego

6

następnie zobowiązania S. sp. z o.o. sp.k.),

-składanie ofert w tych samych postępowaniach co G. P.,

-wpisaną informację w CEIDG o pozostawaniu w małżeńskiej wspólności majątkowej.

Z uwagi na powyższe wykonawcy Ci powinni byli złożyć Zamawiającemu oświadczenia o pozostawaniu w tej samej grupie kapitałowej, a następnie, próbować dowieść, zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt 23, iż istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Złożenie nieprawdziwego oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wprost prowadzi do zaistnienia podstaw wykluczenia z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp. Uzasadniał, że w niniejszym postępowaniu miało miejsce takie właśnie wprowadzenie w błąd zamawiającego. Zamawiający uznał przedstawione przez A. P. oraz G. P. oświadczenia co do pozostawania z innymi wykonawcami w tej samej grupie kapitałowej za prawdziwe i na tej podstawie dokonał wyboru ofert tych wykonawców. Jest oczywistością, iż obaj wykonawcy wiedzą, iż pozostają w związku małżeńskim, a z racji prowadzonej działalności oraz podwyższonego miernika należytej staranności powinni zbadać czy łączącą ich więź jest traktowana jako pozostawanie w tej samej grupie kapitałowej w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Tym samym nie ma możliwości, by uznać, iż informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd przekazane przez oboje tych wykonawców zostały przekazane w sposób niezawiniony lub zawiniony w stopniu mniejszym niż wynikający z rażącego niedbalstwa. Informacje zawarte w złożonych oświadczeniach wypełniają przesłanki określone wart. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp, gdyż wprost dotyczą istnienia lub nie podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, a tym samym jednocześnie mogą mieć istotny wpływ na samą decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie obecnie nie ma możliwości uzupełnienia przez tychże wykonawców oświadczenia o odmiennej treści tj. o istnieniu powiązań z innymi wykonawcami, którzy złożyli oferty w tym samym postępowaniu, z uwagi na wcześniejsze złożenie nieprawdziwych oświadczeń.

Odwołujący podniósł, iż jednocześnie w niniejszym, przypadku zachodzi przesłanka wykluczenia z postępowania określona w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Ani A. P., ani G. P. nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Co więcej, ich działanie w tym i innych postępowaniach o udzielenie zamówienia wprost nasuwa wniosek, iż powiązania te prowadzą do zakłócenia konkurencji.

Odwołujący w zakresie ww. zarzutu przywołał wyrok KIO z dnia 26 marca 2018 r. sygn. akt: KIO 456/18, wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1425/18 oraz

7

wyrok KIO z dnia 2 lutego 2018 r. sygn. akt: KIO 113/18.

W przedmiocie zarzutu wskazanego w punkcie 1.5 oraz 2.4 *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że złożenie oferty w niniejszym postępowaniu przez wykonawców AMP A. P. oraz FUH G. P. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, który powinien skutkować odrzuceniem ofert obu wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Uzasadniał, iż w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z porozumieniem, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076) [dalej „uokik"], jak również tożsamym z nim w charakterze porozumieniem obejmującym wycofanie się jednego wykonawcy z podpisania umowy w celu uzyskania zamówienia przez kolejnego wykonawcę działającego w porozumieniu, którego oferta przedstawiała mniej korzystne dla zamawiającego warunki realizacji zamówienia.

Odwołujący uzasadniał, że w niniejszym postępowaniu oboje wykonawcy złożyli oferty w zakresie wszystkich części zamówienia i we wszystkich tych częściach oferta AMP A. P. jest o ok. 10% tańsza od oferty FUH G. P. . W zakresie części III i IV ofertę z najniższą ceną złożyła AMP A. P. . W części III kolejną ofertą według punktacji złożył Odwołujący, w tej części A. P. zdecydowała się złożyć dokumenty na wezwanie Zamawiającego. W części IV kolejną ofertą według punktacji złożyła FUH G. P., w tej części A. P. nie złożyła dokumentów na wezwanie Zamawiającego

ograniczając się do oświadczenia o rezygnacji z wykonywania tego zadania. W następstwie tego Zamawiający wybrał ofertę Firmy Usługowo-Handlowej G. P.. Powyższe oświadczenie o rezygnacji jednoznacznie wskazuje nie tylko na brak woli konkurowania pomiędzy wykonawcami, ale na działanie w porozumieniu, tak jakby celem było osiągnięcie jak największej korzyści na wspólną rzecz obu podmiotów. Odwołujący podkreślał, iż w normalnych warunkach rynkowych takie zachowania jak „rezygnacja z realizacji zamówienia" nie mają racji bytu. Tym bardziej jest to uderzające, że rezygnacja miała miejsce 11 dni po złożeniu wiążącej wykonawcę oferty. Oferty, w której A. P. deklarowała wolę realizacji wszystkich siedmiu części zamówienia.

Istnienie trwałego porozumienia pomiędzy wskazanymi wykonawcami jest dodatkowo uprawdopodobnione ich działaniami w innych postępowaniach na dowóz dzieci do szkół organizowanych w ostatnim czasie. Obaj wykonawcy złożyli oferty na w postępowaniu pn. *„Dowóz uczniów do szkół Gminy Policzna w roku szkolnym 2020/2021". Oferta AMP A. P. była o ok. 10% niższa od oferty Firmy Usługowo-Handlowej G. P. .*

Obaj wykonawcy złożyli oferty na jedno, to samo zadanie w postępowaniu pn. „Dowóz uczniów do publicznych Szkół Podstawowych Gminy Zwoleń". Tu również oferta AMP A. P. była o ok. 10% niższa od oferty Firmy Usługowo-Handlowej G. P. .

Obaj wykonawcy złożyli oferty w postępowaniu pn. „Dowóz i od wóz około 460 uczniów wraz z opieką zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa do Publicznych Szkół Podstawkowych z terenu gminy Przyłęk w roku szkolnym 2020/2021". Oferta AMP A. P. była o ok. 10% niższa od oferty Firmy Usługowo-Handlowej G. P. .

W pierwszym postępowaniu pn. „Przewóz codzienny uczniów do szkół w gminie Góra Kalwaria w roku szkolnym 2020/2021" udział wzięła tylko A. P. - dzień po założeniu działalności i przed uzyskaniem zezwolenia na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego - i została wykluczona z udziału w postępowaniu. W drugim i trzecim postępowaniu udział wziął już tylko G. P. .

W postępowaniu Gminy Wolanów pn. „Dowóz i odwóz uczniów i dzieci do placówek oświatowych których organem prowadzącym jest Gmina Wolanów, w roku szkolnym 2020/2021" oferty złożyli obaj wykonawcy. W każdym z pięciu zadań oferta AMP A. P. była nieco niższa niż wysokość ceny oferty F.U.H. G. P. . Co interesujące spośród sześciu wykonawców, tylko Ci dwa wykonawcy zróżnicowali ceny biletów w ramach różnych zadań, a ich ceny niemalże pokrywały się ze sobą.

Do tychże działań należy dodać inne powiązania pomiędzy obu wykonawcami, które sugerują wspólne działanie:
-oba podmioty - Prefabet Sp. z o.o. na zasobach, której polegała A. P. oraz G5S Auto sp. z o.o. na zasobach, której poleganie deklarował G. P. - mają siedzibę pod tym samym adresem (ul. Elektoralna 13/123 w Warszawie),
-oba powyższe podmioty mają siedzibę w tym samym budynku, w którym zarejestrowano siedzibę AMP A. P. (ul. Elektoralna 13/209),
-oba powyższe podmioty miały wcześniej siedzibę pod tym samym adresem (Al. Ujazdowskie 26/96), pod którym zarejestrowano siedzibę F.U.H. G. P. .

Powyższe wskazuje w sposób wyraźny, iż wykonawcy A. oraz G. P. składali oferty w niniejszym postępowaniu oraz podejmowali kolejne czynności w jego trakcie działając w porozumieniu. Osobne składanie oferty miało na celu nie konkurowanie, lecz uzyskanie jak najlepszej pozycji konkurencyjnej przez działalność gospodarczą prowadzoną przez G. P. . Temu służyła, w szczególności, rezygnacja A. P. z realizacji zamówienia w zakresie części IV.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 września 2020 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że z przedłożonych przez wykonawcę AMP A. P. dokumentów, w tym oświadczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby wynika, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia oraz że nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24

ust. 1 pkt. 13-22 ustawy Pzp. Wskazał, że w niniejszym postępowaniu udział podwykonawcy w wykonaniu zamówienia związany jest z jednoczesnym powoływaniem się przez wykonawcę na zasoby tego podwykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca już na etapie składania ofert wskazał, że będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego jako podwykonawcy (przy czym na żadnym etapie nie była to Firma Usługowo Handlowa G. P.). Podmiot udostępniający zasoby sprecyzował zakres bezpośredniego udziału w tym zamówieniu w zakresie realizacji tego zamówienia. Analizując złożone zobowiązanie brano pod uwagę kontekst innych dokumentów. Zakres zobowiązania wyczytano z treści tych dokumentów. Wynika z nich że udostępnione zasoby to zaplecze techniczne, kierowcy posiadający odpowiednie kwalifikacje, doświadczenie podmiotu trzeciego w realizacji podobnych usług, co jest zgodne z oświadczeniem złożonym jako załącznik nr 3 i 4 do formularza ofertowego. Zobowiązanie podmiotu trzeciego nie jest tak

dalece sformalizowane i szczegółowe jak żąda tego Odwołujący, ale wskazuje zakres, formę, czas i cel udostępnienia, wykonawcę któremu udostępniane są zasoby oraz firmę udostępniającą. Jak wynika z przedłożonych dokumentów na etapie składania ofert, jak i na etapie składania dokumentów na wezwanie Zamawiającego, wykonawca polegał na potencjale podmiotu trzeciego w zakresie wynikającym pierwotnie z treści oferty. Kwestia ta była rozpatrywana w odniesieniu do sytuacji, gdy podmiot udostępniający swoje zasoby wykona usługę do realizacji której zdolności podmiotu trzeciego są wymagane. Zamawiający na potwierdzenie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 9 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2292/13, wyrok KIO z dnia 26 września 2013 r. sygn. akt: KIO 2182/13, wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2014 r. sygn. akt: KIO 2973/13, wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 2597/18, wyrok KIO z dnia 20 lipca 2018 r. sygn. akt: KIO 1336/18.

Zamawiający wskazał, iż wyjaśniając pojęcie „oddaje do dyspozycji", Słownik Języka Polskiego PWN(dostępny w dniu 07.09.2020 r.) definiuje słowo „oddaje" jako „przekazuje coś komuś lub gdzieś w jakimś celu" a „do dyspozycji" jako „polecenie wydane komuś". Udostępnienie jest więc realną formą udostępnienia doświadczenia, zapewniającą rzetelne wykonanie konkretnej usługi odnoszącej się nie tylko do praktycznej znajomości zagadnienia ale także gwarantującej wykonanie szczególnej usługi dowozu dzieci w warunkach zmieniających się okoliczności.

W świetle powyższego za całkowicie bezzasadne należy uznać zarzuty Odwołującego jakoby AMP A. P. nie wykazała, że będzie dysponowała odpowiednimi i niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, co implikuje bezzasadność zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Przechodząc do kolejnego zarzutu Zamawiający wskazał, iż w niniejszym postępowaniu dotyczącym części (zadania) III i IV wykonawcy, tj. firma AMP A. P. z siedzibą w Warszawie, ul. Elektoralna 13/209 i Firma Usługowo-Handlowa G. P. z siedzibą w Warszawie, ul. Aleje Ujazdowskie 26 lok. 96 złożyli odrębne oferty.

Zamawiający wskazał, że w powyższych okolicznościach dysponując oświadczeniami wykonawców, Zamawiający nie mógł wykluczyć z postępowania wykonawców, którzy oświadczyli, że nie należą do tej samej grupy kapitałowej z żadnym z wykonawców składających oferty.

Podkreślał, że co do zasady w przypadku ofert złożonych przez małżonków głównym zadaniem Zamawiającego jest bardzo dokładna, skrupulatna oraz szczegółowa analiza złożonych ofert oraz weryfikacja wykonawców pod kątem ich ewentualnych powiązań mogących nosić znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawcy, tj. firma AMP A. P. z siedzibą w Warszawie, ul. Elektoralna 13/209 i Firma Usługowo-Handlowa G. P. z siedzibą w Warszawie, ul. Aleje Ujazdowskie 26 tok. 96 złożyli odrębne oferty. Z dokumentów będących w posiadaniu Zamawiającego wynikało, że firmy te prowadzą samodzielnie działalność gospodarczą pod innymi adresami. Ponadto pierwotnie z dokumentów złożonych w niniejszych postępowaniach nie wynikało, że oferty zostały złożone przez małżonków. Po wniesieniu odwołania w toku weryfikacji ofert i wykonawców ujawnione zostały przesłanki potwierdzające, iż małżonkowie działają w pełni autonomicznie i niezależnie od siebie nie powodując zachwiania uczciwej konkurencji. W załączeniu dokumenty świadczące, że firmy: AMP A. P. z siedzibą w Warszawie, ul. Elektoralna 13/209 i Firma Usługowo-Handlowa G. P. z siedzibą w Warszawie, ul. Aleje Ujazdowskie 26 lok. 96 prowadzą samodzielne oddzielne działalności gospodarcze pod różnymi adresami oraz posiadają rozdzielność majątkową. Każde z nich złożyło -oddzielenie oświadczenie w kwestii braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dowodami, iż powiązanie między nimi węzłem małżeńskim nie prowadzi do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że każdy z wykonawców sam odpowiada za treść swojego oświadczenia pod groźbą nawet odpowiedzialności karnej. Sam zaś fakt uczestnictwa przez małżonków Przerwa w tych samych postępowaniach o tym samym profilu tj. np. Dowóz uczniów do szkół Gminy Policzna w roku szkolnym 2020/2021 oraz pn.„ Dowóz i uczniów do Szkół Podstawowych Gminy Zwoleń" nie jest dowodem, że skłamali składając nieprawdziwe oświadczenie jak to twierdzi Odwołujący. Truizmem jest twierdzenie, że przedsiębiorcy trudniący się dowozem dzieci/uczniów do szkół, poszukują nowych kontraktów, które z uwagi na ten sam dzień rozpoczęcia roku szkolnego we wszystkich szkołach (1 września) są przeprowadzane w zbliżonym czasie. Brak zaś wyłonienia danego wykonawcy w danym przetargu rodzi naturalną konsekwencję poszukiwania nowych kontraktów poprzez składnie ofert w innych przetargach tego typu.

Zamawiający wskazał, że również Odwołujący składał oferty w przywołanych przez siebie postępowaniach na dowó
dzieci do szkół innych Gminach. Stąd też w ocenie Zamawiającego w oparciu o posiadane dokumenty można zasadn
stwierdzić, iż nie zaszły żadne okoliczności skutkujące koniecznością wykluczenia oferty wykonawcy AMP A. P.
odrzucenia jej oferty. Za gołosłowne należy uznać nie poparte żadnymi dowodami twierdzenia Odwołującego jakob
powiązania pomiędzy A. P. i G. P. prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówieni
publicznego. Jeśli tak by było faktycznie to Odwołujący, wnosiłby przecież w oparciu o ww. przesłankę odwołania w innyc
wcześniejszych postępowaniach na dowóz dzieci do szkół w roku szkolnym 2019/2020 w których uczestniczył oraz AM
A. Pr. z siedzibą w Warszawie, ul.
Elektoralna 13/209 ..... i Firma ..... Usługowo-Handlowa G. P.
z siedzibą w Warszawie, ul. Aleje Ujazdowskie 26 lok. 96. Zdaniem Zamawiającego faktycznym celem niniejszego odwołania jest niezasadne wyeliminowanie przez Odwołującego (którego oferta nie został wybrana) z niniejszego postępowania konkurencyjniejszych cenowo ofert innych wykonawców.

Intencją zaś Zamawiającego jest wyłonienie wykonawcy, który poprzez doświadczenie w podobnym zamówieniu, zagwarantuje należyty poziom realizacji usługi polegającej na dowozie dzieci przy jednoczesnym zaoferowaniu najniższej ceny za wykonanie zamówienia.

Podsumowując, Zamawiający wskazał, że dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert dla części (zadania) III i IV zapewniając realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowań bez naruszenia żadnych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co winno skutkować oddaleniem odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów
ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
0której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 1 września 2020 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę AMP A. P. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 3 września 2020 r. po stronie Zamawiającego oraz wykonawcę FUH G. P. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 3 września 2020 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami, oferty Przystępującego AMP A. P. wraz z uzupełnieniami oraz oferty Przystępującego FUH G. P., a także zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 sierpnia 2020 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
1Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 września 2020 r.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału sprawy złożonego przez wykonawcę AMP A. Przerwa skanu pisma z dnia 28 września 2020 r., które wpłynęło w toku rozprawy na adres e-mail:odwoł z uwagi na nieprzekazanie odpisów ww. pisma Stronom oraz Przystępującemu FUH G. P., co skutkowało uchybieniem obowiązkowi wnikającemu z § 24 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań z dnia 22 marca 2010 r. (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092), który stanowi, że pisma przedkładane w toku rozprawy przez strony oraz uczestników postępowania odwoławczego wnosi się również w odpisach dla stron oraz uczestników postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotowe zamówienie publiczne podzielone zostało na siedem części. Wykonawcy mogli składać oferty w

odniesieniu do wszystkich części zamówienia. Zamawiający nie żądał wniesienia wadium.

Zgodnie z punktem 9.2.2 SIWZ, Zamawiający uzna warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że zrealizował/realizuje w sposób ciągły tzn. nieprzerwany przez okres co najmniej sześciu miesięcy w sposób należyty w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej usługę przewozu: dla

13

części: I lub II lub III lub IV (zadania I, II, III, IV) - (warunek dotyczy każdej z 4 części) - co najmniej jedną (1) usługę (umowę) polegającą na przewozie uczniów (dzieci) do szkół lub/i osób w publicznej komunikacji regularnej - przez okres min. 6 miesięcy (w sposób ciągły).

Zgodnie z punktem 9.4.4 SIWZ, w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów wyłącznie, jeśli podmioty zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wykonawca AMP A. P. oraz wykonawca FUH G. P. złożyli oferty we wszystkich siedmiu częściach zamówienia. W części I zamówienia wykonawca AMP A. P. zaoferował cenę 104 720 zł, a wykonawca FUH G. P. cenę 113 960 zł. W części II zamówienia wykonawca AMP A. P. zaoferował cenę 111 952,80 zł, a wykonawca FUH G. P. cenę 119 990 zł. W części III zamówienia wykonawca AMP A. P. zaoferował cenę 119 880 zł, a wykonawca FUH G. P. cenę 137 160 zł. W części IV zamówienia wykonawca AMP A. P. zaoferował cenę 108 640 zł, a wykonawca FUH G. P. 117 370 zł. W części V zamówienia wykonawca AMP A. P. zaoferowała cenę 89 136 zł, a wykonawca FUH G. P. cenę 97 920,00 zł. W części VI zamówienia wykonawca AMP A. P. zaoferował cenę 73 706,40 zł, a wykonawca FUH G. P. cenę 84 024 zł. W części VII zamówienia wykonawca AMP A. P. zaoferował cenę 96 811,20 zł, a wykonawca FUH G. P. cenę 111 333,00 zł.

Ww. wykonawcy złożyli Zamawiającemu oświadczenia, iż nie należą do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. Dz. U. z 2015 r. poz. 184 ze zm.), o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Wykonawca AMP A. P. rozpoczęła działalność gospodarczą w dniu 1 lipca 2020 r. zarejestrowaną pod adresem ul. Elektoralna, nr 13, lok. 209, 00-137 Warszawa. W dniu 15 lipca 2020 r. wykonawca uzyskał zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego osób.

Wykonawca G. P. prowadzi działalność gospodarczą zarejestrowaną pod adresem Aleje Ujazdowskie, nr 26, lok. 96, 00-478 Warszawa.

Wykonawca AMP A. P. w punkcie 10 formularza ofertowego oświadczył, że zamówienie wykona przy udziale następujących podwykonawców, tj. Prefabet Sp. z o.o. ul. Elektoralna 13/123, 00 - 137 Warszawa, którym powierzy wykonanie następujących części zamówienia: I - VII. Jednocześnie w punkcie 11 formularza ofertowego ww. wykonawca wskazał Prefabet Sp. z o.o. jako podmiot (podwykonawcę), na którego zasoby powołuje się na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu a podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Do oferty wykonawca AMP A. P. załączył oświadczenie podmiotu

14

udostępniającego zasoby - Prefabet Sp. z o.o. w zakresie doświadczenia, wiedzy, potencjału kadrowego, technicznego oraz sprzętu do wykonania zadania na okres od 1.09.2020 r. do 31 sierpnia 2020 r.

Pismem z dnia 14 sierpnia 2020 r. Zamawiający w zakresie części III zamówienia wezwał na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcę AMP A. P. m.in. do złożenia dokumentu dotyczącego innego podmiotu na zasobach którego wykonawca polega, tj. oświadczenia podmiotu udostępniającego swoje zasoby w zakresie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i kadrowego oraz sprzętu, potwierdzającego brak podstaw do jego wykluczenia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca AMP A. P. złożył oświadczenie z dnia 17 sierpnia 2020 r. spółki S. Sp. z o.o. Sp. k., z którego wynika, że ww. podmiot oddaje do dyspozycji firmie AMP A. P., ul. Elektoralna 13/209, 00-137 Warszawa zaplecze techniczne, kierowców posiadających odpowiednie kwalifikacje do kierowania autobusami przewożącymi dzieci, doświadczenie (referencje), do realizacji przedmiotowego zadania publicznego - część III.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2020 r. wykonawca AMP A. P. oświadczył, iż rezygnuje z wykonania zadania - część IV.

W dniu 24 sierpnia 2020 r. za najkorzystniejszą w części III zamówienia Zamawiający uznał ofertę wykonawcy A. P. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą AMP A. P.. Z kolei w części IV zamówienia za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy G. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Usługowo - Handlowa G. P. .

Ustalono, iż p. A. P. i p. G. P. pozostają w związku małżeńskim. Jak wynika z kolei z załączonego do odpowiedzi na odwołanie wypisu z aktu notarialnego małżonkowie P. w dniu 15 lipca 2020 r. zawarli umowę majątkową małżeńską.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy AMP A. P. z części III zamówienia oraz wykonawcy FUH G. P. z części IV zamówienia, podczas gdy złożenie ofert przez ww. wykonawców stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, potwierdził się.

Odwołujący stał na stanowisku, iż złożenie ofert przez ww. wykonawców stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik polegający na
wspólnym uzgadnianiu warunków składanych ofert oraz dalszych czynności podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba wskazuje, iż jedną z fundamentalnych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada uczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniuo zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz poglądów doktryny nie ulega wątpliwości, że należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1010), ale i przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076) (por. wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 648/16 i orzecznictwo tam zawarte). W świetle art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przepis ten stanowi tzw. klauzulę generalną, co też oznacza, że każde działanie mające taki charakter powinno być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Tym samym należy wziąć również pod uwagę art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, który stanowi, że zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające 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. Dostrzec przy tym należy, iż przepis art. 6 ust. 1 uokik nie zawiera zamkniętego katalogu porozumień ograniczających konkurencję.

Uregulowane w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik niedozwolone porozumienie określane jest mianem „zmowy przetargowej". Przejawem takiego niedozwolonego porozumienia mogą być przykładowo: 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy; 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności; 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.); 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.); 5) składanie ofert

wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny, 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych; 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór (por. W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych; K.K. w: K.K. i M.S. Ustawa o ochronie konkurencji I konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 286; D.M. Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Kraków 2004; E.M.W., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002, wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt: KIO 648/16).

Ponadto dla stwierdzenia zawarcia niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny czyn. Wystarczające są ustalenia pośrednie np. dotyczące analizy zachowań rynkowych przedsiębiorców, pozwalające wyprowadzić wniosek, że w istocie doszło do zawarcia tzw. „zmowy przetargowej" (por. wyrok KIO z dnia 15 września

2017 r. sygn. akt: KIO 1761/17, wyrok KIO z dnia 30 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1865/20). Jednocześnie jak zauważono w wyroku KIO z dnia 30 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1865/20: „UOKIK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zmowy przetargowej takie jak m.in. ten sam charakter pisma w ofertach, jednakowe błędy obliczeniowe, ten sam adres, więzy rodzinne czy wreszcie nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę. UOKIK za zmowę przetargową uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawienia ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną. Jako przykłady UOKIK wskazuje sytuacje, kiedy ceny wykonawców, którzy zawarli porozumienie, były kolejno niższe, a zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór oferty droższej, będącej propozycją przedsiębiorcy, z którym pozostawał w zmowie. Analogicznie, jeśli oferty członków porozumienia zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty (por. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów „Zmowy przetargowe", wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013)."

Wskazać również należy, iż w przypadku zmowy przetargowej, która stanowi jedno z najcięższych naruszeń prawa konkurencji, nie wymaga się, aby porozumienie było wykonane albo odniosło jakiś skutek. Wystarczający jest sam zamiar wpłynięcia przez przedsiębiorców na wynik lub przebieg postępowania.

Mając na względzie powyższe rozważania prawne Izba stwierdziła, iż w okolicznościach niniejszej sprawy możliwe było wyciągnięcie wniosku, iż wykonawca AMP A. P. oraz FUH G. P. zawarli niedozwolone porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik, polegające na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności ceny oraz ustalaniu dalszych czynności podejmowanych w postępowaniu mających na celu wybór oferty wykonawcy, która zawierała mniej korzystne dla zamawiającego warunki realizacji zamówienia (wyższą cenę). W okolicznościach przedmiotowej sprawy należy mieć na względzie istniejące pomiędzy ww. osobami, tj. p. A. P. a p. G. P. powiązania rodzinne (związek małżeński). Dalej wskazać należy, iż p. A. P. założyła działalność gospodarczą w zakresie przewozów pasażerskich w dniu 1 lipca 2020 r. oraz uzyskała zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego w dniu 15 lipca 2020 r., tj. niecały miesiąc przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu. Treść oferty wykonawcy AMP A. P. potwierdza, iż ww. wykonawca jako przedsiębiorca rozpoczynający działalność gospodarczą, nie posiadał własnego doświadczenia, zaplecza technicznego oraz kierowców posiadających odpowiednie kwalifikacje do kierowania autobusami przewożącymi dzieci. Mimo to, wykonawca AMP A. P. złożyła oferty w zakresie wszystkich siedmiu części zamówienia, deklarując tym samym gotowość realizacji wszystkich części. Oferty na wszystkie części zamówienia złożył także jej małżonek, tj. p. G. P. prowadzący działalność gospodarczą od lutego 2009 r. w tożsamym sektorze usług. Dostrzec należy, iż we wszystkich częściach zamówienia ceny zaoferowane przez wykonawcę AMP A. P. były niższe od cen zaoferowanych przez FUH G. P., a różnice cenowe w zależności od części oscylowały między 6 a 13%. W części III oraz IV objętej zakresem odwołania ofertę z najniższą ceną złożyła p. A. P., przy czym w części III na drugim miejscu w rankingu ofert uplasowała się oferta Odwołującego, a na miejscu trzecim oferta FUH G. P. . W części tej wykonawca AMP A. P. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył stosowne dokumenty dzięki czemu oferta ww. wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą. Z kolei w części IV zamówienia na drugim miejscu w rankingu ofert znajdowała się oferta wykonawcy FUH G. P., która została wybrana jako najkorzystniejsza, ponieważ wykonawca AMP A. P. pismem z dnia 17 sierpnia 2020 r. oświadczył, że rezygnuje z wykonania części IV.

Zestawiając łącznie ww. okoliczności w ocenie Izby należało wyprowadzić jednoznaczny i logiczny wniosek, iż działanie obu przedsiębiorców będących małżonkami stanowiło niedozwolone przez prawo porozumienie wypaczające konkurencję, którego celem było ustalenie warunków złożonych ofert w niniejszym postępowaniu przetargowym, w szczególności w zakresie ceny oraz doprowadzenie do sytuacji, w której wybierana jest oferta wykonawcy (FUH G. P.) zawierająca mniej korzystne dla zamawiającego warunki

realizacji zamówienia. W ocenie Izby znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, iż obaj wykonawcy zachowywali się w toku przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak niezależni przedsiębiorcy, prowadzący względem siebie konkurencyjną działalność gospodarczą. W okolicznościach przedmiotowej sprawy Izba miała przede wszystkim na względzie jeden z najdonioślejszych symptomów zmowy przetargowej polegający na rezygnacji wykonawcy AMP A. P. z wykonania części IV zamówienia na rzecz drugiego wykonawcy, tj. G.P., a których to wykonawców łączą więzi rodzinne. Izba wzięła pod uwagę, że okoliczność rezygnacji z wykonania części IV zamówienia przez wykonawcę AMP A. P. nie została w żaden sposób wyjaśniona. Co więcej, zdaniem Izby, próżno szukać logicznego uzasadnienia w działaniu ww. przedsiębiorcy rozpoczynającego dopiero działalność gospodarczą na rynku przewozów pasażerskich,

który znacząco dotknięty został skutkami panującej epidemii koronawirusa COVID - 19. Nawet gdyby przyjąć, jak twierdził Przystępujący FUH G. P., iż negatywne skutki dotyczą przewozów autokarowych, a nie przewozów pasażerskich świadczonych na rzecz gmin, które obowiązane są przeprowadzić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie przewozu uczniów, to tym bardziej nieprawdopodobne jest w ocenie Izby, że w normalnych, tj. uczciwych warunkach rynkowych, wykonawca rozpoczynający działalność gospodarczą w danej branży, zamiast zdobywać doświadczenie i zarobkować, zdecydował się na rezygnację z wykonania jednej części zamówienia. Dodając do tego okoliczność, iż rezygnacja z realizacji części IV zamówienia nastąpiła 11 dni po upływie terminu składania ofert, w sytuacji gdy wykonawca AMP A. P. pozostawał związany złożoną ofertą i deklarował chęć realizacji wszystkich (siedmiu) części zamówienia - zdaniem Izby - potwierdza to jedynie brak woli konkurowania pomiędzy ww. wykonawcami. W ocenie składu orzekającego działań obu wykonawców nie można wytłumaczyć w inny sposób jak dążeniem do uzyskania jak najlepszej pozycji w rankingu ofert przez wykonawcę FUH G. P. oferującego w każdej części zamówienia ceny wyższe niż ceny oferowane przez wykonawcę AMP A. P. . Izba wzięła pod uwagę, że logicznego uzasadnienia w rezygnacji wykonawcy AMP A. P. w świadczeniu usług objętych częścią IV zamówienia nie podał także Zamawiający.

Do powyższych okoliczności należy dodać inne powiązania pomiędzy ww. wykonawcami, na które wskazywał Odwołujący, uprawdopodabniające wspólne działanie obu podmiotów. Zauważyć należy, iż podmiot trzeci Prefabet Sp. z o.o. na zasobach, którego pierwotnie polegał wykonawca AMP A. P. ma siedzibę pod adresem ul. Elektoralna nr 13/123 Warszawa. Z kolei podmiot trzeci G5S Auto Sp. z o.o. na zasobach, którego polegał wykonawca FUH G. P. ma siedzibę pod adresem ul. Elektoralna 13/209 Warszawa. Pod tym samym adresem została zarejestrowana działalność wykonawcy AMP A. P. (ul. Elektoralna 13/209 Warszawa). Dalej wskazać należy, iż ww. podmioty trzecie (Prefabet Sp. z o.o. oraz

G5S Auto Sp. z o.o.) miały wcześniej siedzibę pod tym samym adresem (Al. Ujazdowskie 26/96 Warszawa), pod którym zarejestrowano siedzibę FUH G. P. . Powyższe fakty dotyczące powiązań adresowych po raz kolejny uprawdopodabniają, iż działania obu przedsiębiorców nie miały charakteru autonomicznego.

Za wyrokiem KIO z dnia 11 maja 2016 r. sygn. akt: KIO 648/16 warto podkreślić, że dla oceny danego zachowania pod kątem jego sprzeczności z regułami konkurencji wystarczająca jest analiza rzeczywistych działań przedsiębiorców. Muszą być one nieadekwatne do istniejących warunków rynkowych, niewytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia wcześniejszej koordynacji działań, bądź zawierać elementy nieformalnej współpracy pomiędzy niezależnymi przedsiębiorcami (por.: S. Gronowski, Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1999, s. 85). Dowód na istnienie tego rodzaju praktyk uzgodnionych może być rzecz jasna obalony, jeżeli przedsiębiorcy są w stanie dowieść, na podstawie racjonalnych przesłanek, że fakty uznane za niewytłumaczalne w inny sposób jak istnieniem zmowy, mogą być zadowalająco wyjaśnione w sposób nie odwołujący się do tego rodzaju praktyk (por.: wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 28 marca 1984 r. w sprawach połączonych 29 i 30/83 23 Compagnie Royale Asturienne des Mines SA i Societe Rheinzink przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich (Zb. Wyr. ETS 1984, 1679), cyt. za: Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo. Tom 1, Orzeczenia Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z lat 1962 - 1989, opracowanie i wprowadzenie A. J., T. S. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2004, s. 348.). W niniejszej sprawie Przystępujący AMP A. P. oraz FUH G. P. nie obalili takiego domniemania. Wykonawca AMP A. P. nie stawił się na rozprawę przed Izbą, a złożonego w toku rozprawy na adres e-mail Urzędu Zamówień Publicznych pisma z dnia 28 września 2020 r. Izba nie mogła wziąć pod uwagę z powodu uchybień formalnych, o których była mowa powyżej. Z kolei wykonawca FUH G. P. poza twierdzeniem, iż takie niedozwolone przepisami prawa porozumienie nie zostało zawarte nie podał żadnych przekonujących argumentów. Przystępujący FUH G. P. nie podjął nawet próby wykazania, że prowadzona przez niego działalność gospodarcza jest odrębna, niezależna i konkurencyjna względem działalności gospodarczej małżonki. Nie wskazał żadnych merytorycznych argumentów, które pozwoliłyby choćby uwiarygodnić, że wykonawcy działają w warunkach uczciwej konkurencji, poprzestając w głównej mierze na twierdzeniu, że wnioski wysuwane przez Odwołującego są zbyt daleko idące.

Izba wskazuje, że Przystępujący FUH G. P. nie odniósł się także do twierdzeń Odwołującego podniesionych w toku rozprawy, który wskazywał, że zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego obu wykonawców miały niemalże identyczną treść, szatę graficzną, a zeskanowane pliki były tak samo nazwane oraz miały taką samą rozdzielczość.

Powyższe z kolei uprawdopodobnia, iż ww. dokumenty przygotowywała ta sama osoba. Przystępujący FUH G. P. nie prowadził w toku rozprawy polemiki z Odwołującym w zakresie podniesionej w odwołaniu kwestii historii adresowej obu wykonawców AMP A. P. oraz FUH G. P., jak również podmiotów na zasoby, których powoływali się obaj wykonawcy.

Wątpliwości w niniejszej sprawie budzi także tryb przekazania Zamawiającemu (po wniesieniu przedmiotowego

odwołania) wypisu z aktu notarialnego stanowiącego umowę majątkową małżeńską przez obu wykonawców mimo braku formalnego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego do wykonawców. Podkreślić należy w tym miejscu, iż działania Zamawiającego podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego powinny mieć charakter transparentny i czytelny, po to aby móc prześledzić proces decyzyjny Zamawiającego.

Oceny zawisłej przed Izbą sprawy nie zmienia okoliczność, iż małżonkowie P. zawarli umowę majątkową małżeńską ustanawiając rozdzielność majątkową. Okoliczność ta w żaden sposób nie przesądza, że pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi formalnie odrębne działalności gospodarcze nie mogło dojść do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, w szczególności biorąc pod uwagę zestawienie faktów, które miały miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, pozwalających zdaniem Izby na przyjęcie domniemania faktycznego o zawarciu przez obu Przystępujących niedozwolonego porozumienia.

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2213/17, stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy. Zdaniem składu orzekającego znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, by taki stan rzeczy, jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń. Wnioskując na podstawie faktów, jakie wynikają bezspornie z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, jedynym logicznym i racjonalnym wnioskiem jest stwierdzenie, że pomiędzy wykonawcami doszło do zawarcia ustawowo zakazanego porozumienia antykonkurencyjnego, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik. Działanie takie jest sprzeczne z prawem, narusza dobre obyczaje i zagraża interesom klienta, jakim jest Zamawiający. Tym samym wypełnia także dyspozycję czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

w zakresie części III wobec oferty wykonawcy AMP A. P. oraz w zakresie części IV wobec oferty wykonawcy FUH G. P. potwierdził się. Tym samym oferty ww. wykonawców winny zostać odrzucone.

Zarzuty naruszenia art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp potwierdziły się.

Ww. zarzuty Odwołujący oparł na twierdzeniu, że wykonawca AMP A. P. w części III zamówienia nie wykazał poprzez złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. S. Sp. z o.o. Sp.k., że będzie dysponował odpowiednimi i niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego podczas realizacji zamówienia, ponieważ zobowiązanie to nie przewiduje udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego powyższe winno skutkować wykluczeniem wykonawcy AMP A. P. z części III postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie skierowaniem do ww. wykonawcy wezwania do uzupełnienia oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do doświadczenia wykonawcy.

Bezspornie w okolicznościach niniejszej sprawy wykonawca AMP A. P., bez wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wymienił podmiot trzeci, z którego potencjału zamierzał skorzystać celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.2.2 SIWZ, składając stosowne zobowiązanie S. Sp. z o.o. Sp.k.

Zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Stosownie do ust. 4 ww. przepisu, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Jednocześnie zgodnie z § 9 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282), w celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych wustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp

do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów

innego podmiotu; 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Z powyższego wynika zatem, że określony przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, wymóg realizacji usług, przez podmioty na zasobach, których polega wykonawca w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę. Innymi słowy, ustawa Pzp wymaga bezpośredniego uczestnictwa w realizacji usługi przez podmiot, na którego zdolnościach polega dany wykonawca (por. wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2480/18, wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 2677/17). Zauważyć również należy, iż mimo, że ustawodawca w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie posługuje pojęciem „podwykonawca", to w praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy określone wyżej zdolności najczęściej przybierze formę podwykonawstwa (por. wyrok KIO z dnia 8 stycznia 2019 r. sygn. akt: KIO 2597/18 oraz wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2020 r. sygn. akt: KIO 98/20). Dostrzec trzeba, iż ocena przez zamawiającego realności udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów następuje, w szczególności poprzez przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Przenosząc powyższe rozważania prawne na grunt niniejszej sprawy Izba wskazuje, że rację miał Odwołujący, który podnosił, iż z treści zobowiązania podmiotu S. Sp. z o.o. Sp. k. nie wynikało, czy podmiot na zasoby, którego powoływał się wykonawca AMP A. P. zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą, przez co nie można było ocenić, czy udostępnienie zasobów przez ww. podmiot miało charakter realny. Z treści zobowiązania podmiotu trzeciego nie można wyczytać, czy podmiot ten będzie realnie zaangażowany w wykonanie części III zamówienia, a jeśli tak, to na czym będzie polegała jego rola. W tym miejscu podkreślić należy, iż sam Zamawiający w załączonym do SIWZ wzorze oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby (załącznik nr 4) oczekiwał od wykonawcy podania nie tylko zakresu udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, ale i sposobu wykorzystania udostępnionych zasobów. Wskazać należy, iż okoliczność, że podmiot trzeci decyduje się nie korzystać z przygotowanego przez Zamawiającego wzoru oświadczenia, nie zwalnia z obowiązku podania wymaganego przez Zamawiającego kompletu informacji, służącego do oceny realności udostępnianych zasobów.

Mając na uwadze zatem, że z treści zobowiązania podmiotu trzeciego S. Sp. z o.o. Sp.k. ww. informacji nie można było wyczytać Izba stwierdziła, iż wykonawca AMP P. nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 9.2.2 SIWZ. Zważywszy na okoliczność, iż wykonawca AMP P. nie był wzywany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, wobec wykonawcy powinna znaleźć zastosowanie ww. procedura. Wobec jednak tego, że oferta wykonawcy AMP A. P. podlegała w części III odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz mając na uwadze brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - Izba nie nakazała Zamawiającemu dokonania ww. czynności.

Nie zasługiwały na uwzględnienie zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp podniesione wobec wykonawcy AMP A. P. w zakresie części III zamówienia oraz wykonawcy FUH G. P. w zakresie części IV zamówienia.

Izba wskazuje, iż ww. zarzuty oparte były na wspólnej okoliczności faktycznej, tj. że p. A. P. oraz p. G. P. pozostają w związku małżeńskim i posiadają ustawową wspólność majątkową małżeńską. Tym samym - zdaniem Odwołującego - złożone przez ww. wykonawców oświadczenia, że nie należą do grupy kapitałowej w rozumieniu uokik wprowadzały Zamawiającego w błąd. Jednocześnie, w ocenie Odwołującego, ww. wykonawcy nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Z kolei w myśl punktu 17 ww. przepisu, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub

niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia 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 2019 r.i, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie

24

zamówienia. W tym miejscu wskazać należy, iż 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.

Izba wskazuje, iż okoliczność faktyczna, na której Odwołujący zbudował ww. zarzuty nie potwierdziła się. Jak wynik bowiem z przedstawionego przez Zamawiającego wypisu z aktu notarialnego w dniu 15 lipca 2020 r. p. A. P. oraz p. G. P prowadzący odrębne działalności gospodarcze zawarli umowę majątkową małżeńską ustanawiając rozdzielność majątkową. Powyższe nastąpiło przed upływem terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu (6 sierpnia 2020 r. Tym samym zasadnicza okoliczność, na której Odwołujący oparł ww. zarzuty odpadła. Co więcej, wskazać należy, i Odwołujący nie przeprowadził żadnego wywodu, który pozwoliłby przesądzić, iż jeden z ww. przedsiębiorców ma pozycj dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym. Aby taka kontrola miała miejsce konieczne jes wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w ..... sferze biznesowej, czego w okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie uczynił. W ocenie Izby relacje rodzinne pomiędzy dwoma równymi podmiotami gospodarczymi nie są wystarczające do przesądzenia, że 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.

Z uwagi na powyższe w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż wykonawca AMP A. P. oraz wykonawca FUH G. wprowadzili Zamawiającego w błąd składając oświadczenie, iż nie należą do grupy ..... kapitałowej, o której ..... mowa ..... w art. 24 ..... ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Tym samym nie potwierdziła się podstawowa przesłanka warunkująca wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Brak było również podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

W konsekwencji na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp Izba orzekła w formie wyroku, uwzględniając odwołanie. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z jednoczesnym uwzględnieniem wagi uwzględnionego zarzutu skutkującego koniecznością odrzucenia ofert wykonawców AMP A. P. w części III zamówienia oraz FUH G. P. w części IV zamówienia. Zgodnie zaś z § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

25

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.), Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonej do akt faktury do wysokości wynikającej z ww. rozporządzenia, stanowiące łącznie kwotę 11 100 zł.

Przewodniczący: