Sygn. akt: KIO 1865/20

WYROK

z dnia 30 września 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. P. TACHO-SYSTEM w Siedliskach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Turobin

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M. P. TACHO-SYSTEM w Siedliskach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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 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 Zamościu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1865/20

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

Zamawiający Gmina Turobin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Dowóz i odwóz dzieci i młodzieży do placów oświatowych na terenie Gminy Turobin wraz z zapewnieniem opieki w roku szkolnym 2020/2021” (nr ref. ZP.271.7.2020.O.M.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 czerwca 2020 r. pod numerem 553949-N-2020.. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 6 sierpnia 2020 r. wykonawca M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M. P. TACHO-SYSTEM w Józefowie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności odrzucenia jego oferty. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy z żadnej okoliczności faktycznej i prawnej nie wynikało, by w przedmiotowym postępowaniu zaistniała przesłanka do uznania, że doszło w nim do naruszenia uczciwej konkurencji,

2. art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w sytuacji powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, co do okoliczności mogących wpływać na zachowanie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu,

3. art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania, w sytuacji gdy Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i mieszczącą się w kwocie, którą Zamawiający planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w związku z czym nie zachodziła przesłanka do unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz ponowne dokonanie oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego.

Uzasadniając podniesione zarzuty, odnosząc się do treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty, Odwołujący wskazał, iż Spółdzielnia Socjalna Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach (dalej jako „Spółdzielnia") nie jest firmą, której można być właścicielem, a podmiotem ujawnionym w KRS i posiadającym organy działające w jego imieniu. Odwołujący zauważył, iż o ile faktem jest, że prezesem zarządu Spółdzielni jest żona

Odwołującego M. P., to po pierwsze z samego faktu tej więzi nie można wyciągać tak daleko

idących skutków jak odrzucenie oferty i formułowanie bezpodstawnych zarzutów o zmowie

cenowej, a po drugie brak jakiejkolwiek inicjatywy Zamawiającego w wyjaśnieniu powziętych wiadomości Odwołujący ocenia, jako naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 i 4, a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W tym kontekście Odwołujący wskazał na wyroki Izby z dnia 28 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2076/16, z dnia 22 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2428/11, z dnia 29 stycznia 2013 r., sygn. akt: KIO 120/13, z dnia 27 marca 2013 r. sygn. KIO/UZP 586/13, 588/13, z dnia 15 marca 2016 r. sygn. 275/16, z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11, KIO 1625/11. Zdaniem Odwołującego lakoniczne wyjaśnienie przesłanek leżących u podstaw decyzji o odrzuceniu oferty nie może być uznane za prawidłowe. Zamawiający powinien wykazać, jaki przepis prawa został naruszony przez złożenie oferty przez Odwołującego oraz jaki dobry obyczaj został naruszony przez taką, a nie inną wycenę swoich usług, a także powinien udowodnić zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta przez złożenie oferty.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę na kwestię wpływu zmowy przetargowej na przeprowadzenie postępowania, jak i złożenie ofert przez innych wykonawców. Podniósł, iż Zamawiający w żaden sposób nie wskazał, by taki wpływ zaistniał lub nawet mógł zaistnieć, a analiza ofert złożonych w postępowaniu wyraźnie wskazuje na sytuację przeciwną. Odwołujący wskazał, iż konstrukcja czynu nieuczciwej konkurencji ma charakter dualistyczny, bowiem aby można było zakwalifikować dane działania jako czyn nieuczciwej konkurencji musi to działanie łącznie spełniać dwie przesłanki: musi być sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagrażać lub naruszać interes innego przedsiębiorcy lub klienta (Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 23 września 2019 r., sygn. akt KIO 1713/19). Zauważył ponadto, że Zamawiający nawet nie próbował ocenić, w jaki sposób doszło do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom lub naruszenia ich interesu, a także nie wskazał w jaki sposób czynności Odwołującego miałyby naruszać prawo bądź dobre obyczaje. W piśmie z dnia 6 sierpnia 2020 r. Zamawiający wskazał, że rzekoma zmowa przetargowa miała dotyczyć trzech oferentów, w tym oferty Odwołującego i Spółdzielni, a także Wykonawcy Usługi Transportowe S. M. z siedzibą w Krasnobrodzie. Odwołujący wskazał, że żadne faktyczne i prawne powiązania nie istnieją pomiędzy jego przedsiębiorstwem i Wykonawcą Usługi Transportowe S. M., a Zamawiający nawet nie próbował ich wskazać.

Dalej Odwołujący zauważył, że w piśmie Zamawiający zawarł kluczowe, jego zdaniem, elementy zmowy przetargowej, którymi są: 1) potwierdzenie, że uczestniczy w niej dwóch lub więcej przedsiębiorców, 2) powstaje ona w wyniku porozumienia między tymi przedsiębiorcami, 3) stanowi ona formę podziału, ustalenia lub określenia ofert lub warunków

przetargu, celem wykluczenia innych wykonawców z danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Odwołującego żadna z powyższych przesłanek nie zachodzi w przedmiotowej sprawie, a co więcej Zamawiający nie silił się na ich udowodnienie lub chociaż uprawdopodobnienie. Ponadto w piśmie z dnia 6 sierpnia 2020 r. Zamawiający wskazał, że jedną z form zmowy przetargowej jest odmowa zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, dla umożliwienia zawarcia umowy przez wykonawcę, który złożył następną w kolejności ofertę. Niezrozumiałe dla Odwołującego jest odniesienie takiej hipotetycznej sytuacji, do omawianego postępowania, bowiem Zamawiający unieważnił postępowanie i nie zawarł z żadnym wykonawcą umowy, od której zawarcia ewentualnie wykonawca mógłby się uchylać. Odwołujący wskazał także, że zgodnie z przepisami ustawy Pzp wycofanie oferty wykonawcy po otwarciu ofert nie wywołuje skutków, wobec czego Zamawiający miał obowiązek ocenić wszystkie prawidłowo złożone oferty i wybrać najkorzystniejszą, któremu to obowiązkowi uchybił z sobie tylko znanego powodu. W ocenie Odwołującego byłoby rzeczą kuriozalną opierać ewentualną zmowę na możliwości cofnięcia oferty po ich otwarciu przez dane podmioty, bowiem należy uznać, że tak fundamentalne kwestie jak to, że zmiany lub cofnięcia oferty można dokonać jedynie przed terminem ich otwarcia, są znane podmiotom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, tym bardziej, że Zamawiający wskazał jedynie na osobiste powiązanie Odwołującego z prezesem zarządu jednego z oferentów a nie obydwoma, którzy takiego cofnięcia dokonali. W tym kontekście Odwołujący powołał się na wyrok KIO z dnia 31 października 2017 r., sygn. akt KIO 1930/17.

Odwołujący zaprzeczył, by w przedmiotowej sytuacji doszło z jego woli lub przy jego udziale do naruszenia zasad nieuczciwej konkurencji, natomiast brak jakiegokolwiek wyjaśnienia wpływu rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji na złożenie oferty przez innych wykonawców zaprzecza możliwości odrzucenia oferty Odwołującego. Brak wyjaśnienia Zamawiającego, dlaczego uznał czynności Odwołującego za czyn nieuczciwej konkurencji, w ocenie Odwołującego stoi w sprzeczności ze stanowiskiem orzecznictwa wyrażonym w wyroku KIO z dnia 22 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2428/11. Odwołujący podkreślił, w ślad za wyrokiem KIO z dnia 28 listopada 2017 r. KIO 2343/17 oraz z dnia 27 września 2016 r, sygn. KIO 1712/16 , iż przy podnoszeniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp konieczne jest potwierdzenie wysuwanych tez dowodami i nie opieranie się jedynie na hipotezach w wypadku formułowania zarzutu naruszenia klauzuli generalnej wynikającej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. Wskazał także, że to na Zamawiającym spoczywa obowiązek wykazania przesłanek uzasadniających odrzucenie oferty, czemu Gmina w

przedmiotowej sprawie, zdaniem Odwołującego, nie sprostała (Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 8 czerwca 2020 r., sygn. KIO 716/20 oraz z dnia 1 października 2019 r., sygn.

KIO 1810/19).

Zamawiający w dniu 12 sierpnia 2020 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, iż miał prawo wątpić co do transparentności i dobrych zamiarów potencjalnych oferentów, z racji na działania przez nich podjęte tj. wycofanie z przetargu dwóch najniższych ofert. Dwie najniższe oferty przetargowe zostały wycofane z przetargu tj. oferta złożona przez „Usługi transportowe M. S." z siedzibą w Krasnobrodzie oraz oferta Spółdzielni Socjalnej Samorządowy Zakład Transportowy z siedzibą w Siedliskach. Zaistniałe okoliczności spowodowały, że zwycięzcą przetargu miałaby zostać firma Odwołującego z siedzibą w Siedliskach (adres jak dla ww. Spółdzielni). Posiadane przez Gminę Turobin informację pozwalają domniemywać, iż właścicielami wspomnianych wyżej firm z siedzibą w Siedliskach 40 są małżonkowie. Z powołanych wyżej faktów, Zamawiający wskazał, iż zdecydował się ofertę odrzucić, gdyż sytuacja ta zagraża dobrym obyczajom w stosunkach gospodarczych. W ocenie Zamawiającego jednym z zadań jednostki samorządu terytorialnego jest również dbanie o uczciwą konkurencję na rynku zamówień publicznych. Nie można zgodzić się z poglądem, że ocena zmowy przetargowej musi opierać się na twardych dowodach, gdyż nie zawsze takowe są dostępne. Bardzo często zdarza się, że zamawiający na podstawie powziętych wątpliwości odrzuca ofertę, aby działać w granicach prawa i chronić zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający podniósł, iż zmowa przetargowa charakteryzuję się współpracą oferentów a nie ich konkurencją. Rozstawianie i wycofywanie ofert to wariant mechanizmu oferty kurtuazyjnej połączony z ograniczaniem. Może być skutecznie wykorzystywany przez grupy przedsiębiorców, nawet, jeśli zmowa nie obejmuje wszystkich potencjalnych uczestników przetargu, czyli nawet wtedy, gdy poza uczestnikami zmowy na rynku działają „outsiderzy" których nie udaje się lub nie opłaca zaangażować w zmowę. W pierwszym

etapie następuje uzgodnienie treści ofert, w szczególności cen. Poszczególne oferty są „rozstawiane' oferowane przez przedsiębiorców ceny są odpowiednio różnicowane tzn. przez poszczególnych uczestników zmowy składane są oferty znacznie różniące się ceną. Następnie jeśli po otwarciu i upublicznieniu ofert lub po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej

oferty okazuje się, że oferty członków potencjalnej zmowy zajmują dwa pierwsze miejsca,

oferta najkorzystniejsza jest „wycofywana". Analogicznie, jeśli oferty członków zajmują trzy pierwsze miejsca, wycofywane są dwie najkorzystniejsze oferty. Do takiej właśnie sytuacji w ocenie Zamawiającego doszło w przedmiotowej sprawie.

Zamawiający za kuriozalne uznał wyjaśnienia, że Spółdzielnia Socjalna Samorządowy

Zakład Transportowy w Siedliskach nie jest „firmą". Wskazał, że był to błąd językowy Zamawiającego, ale oczywiste jest, że prezesem zarządu tejże spółdzielni jest żona odwołującego Pana M. P. . Przy zmowach przetargowych polegających na rozstawianiu i wycofywaniu ofert celem jest zawarcie umowy za jak najwyższą cenę. Zdaniem Zamawiającego z takim przypadkiem mamy do czynienia. Nie tylko jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami (które zakładają jednak uczciwość stron stosunków gospodarczych), ale naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, której art. 6 ust. 1 zakazuje zawierania porozumień, „których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym", a jako jeden z typów takich niedozwolonych porozumień wymienione jest w punkcie 7 tego przepisu „uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny". Zamawiający zauważył także, iż zmowa może stanowić przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu - zgodnie z art. 305 kodeksu karnego.

Następnie Zamawiający zauważył, iż w praktyce orzeczniczej zarówno UOKiK, jak i KIO można w ostatnim czasie znaleźć wiele przypadków piętnowania tego typu zmów przetargowych. Mechanizm działania w przypadku takiej zmowy zwykle jest z zewnątrz jasno widoczny, często widoczna jest też powtarzalność takich sytuacji lub istnienie powiązań (formalnych czy nieformalnych) między przedsiębiorcami. Tego typu działania, jak wskazał Prezes UOKiK w jednej ze swych decyzji, „świadczą o realizacji uzgodnień i nie mogą być uzasadniane inaczej niż zawarciem zmowy przetargowej" (Decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2014 r. nr DOK-9/2014.). Faktycznie, trudno niekiedy inaczej racjonalnie wytłumaczyć postępowanie wykonawców - „w normalnych warunkach rynkowych wątpliwe jest, że przedsiębiorca mający wiedzę, że jego oferta została oceniona najlepiej (. . .) zdecydowałby się na rezygnację z realizacji zamówienia" (Decyzja Prezesa UOKiK z 27 czerwca 2014 r. nr DOK-1/2014). Zamawiający wskazał, iż analogiczną zasadę przyjmuje także KIO. Z uwagi na brak uprawnień śledczych, nie może w praktyce niemal nigdy wskazać bezpośrednich dowodów zmowy, tym większą jednak wagę mają wszelkie poszlaki, które mogą na nią wskazywać. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem KIO takie poszlaki mogą być wystarczające do uznania złożenia oferty za czyn nieuczciwej konkurencji, o ile wystąpią one „w odpowiednich wadze i ilości" — powstaje wówczas domniemanie faktyczne wystąpienia zmowy stanowiące podstawię do odrzucenia oferty. (Zamawiający wskazał na wyrok KIO z 20 marca 2013 r., sygn. akt KIO 517/13, w ślad za wyrokiem Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., sygn. akt 111 SK 6/06). Zamawiający, powołując się na poglądy doktryny, podniósł także, iż jedną z form zmowy przetargowej jest rezygnacja z udziału w postępowaniu - powyższa forma zmowy polega na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, ale również i na jej wycofaniu z postępowania, w celu wyłonienia oferty uprzednio ustalonego przez zmawiających się wykonawcy.

Odnosząc się do braku wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający wskazał, iż w przypadku istnienia podejrzenia zmowy przetargowej wśród oferentów nie jest zasadne wzywanie ich do składania jakichkolwiek wyjaśnień. Całość podejrzenia zmowy przetargowej opiera się o domniemania. Zamawiający nie mógł spodziewać się, że po wezwaniu do złożenia wyjaśnień oferenci oświadczą działanie w zmowie. Tym bardziej, że Zamawiający zaprosił wszystkich trzech oferentów na spotkanie w Urzędzie Gminy Turobin w dniu 14 lipca 2020 roku, na którym pojawił się tylko Pan M. P. . Na wskazanym spotkaniu Zamawiający uprzedził, że dostrzega potencjalne działanie oferentów w zmowie. Zamawiający wskazał, iż odrzucił ofertę z uwagi na zachowania oferentów, których działanie w postaci wycofania się z przetargu zmierzało w sposób oczywisty do wyłonienia najwyższej oferty z trzech wskazanych. Gmina Turobin biorąc pod uwagę te okoliczności zdecydowała się unieważnić postępowanie. Bez znaczenia dla przedmiotowej decyzji był fakt, czy oferta Pana M. P. mieściła się w kwocie zamówienia czy nie.

Zamawiający podniósł również, iż na pierwszych stronach ofert pana M. P. oraz Spółdzielni znajdują się analogiczne błędy rachunkowe, zaś charakter pisma, w ocenie

Gminy, wskazuje na tą samą osobę wypełniającą ofertę. Zauważył także, że w piśmie Pana M. S. z dnia 20 lipca 2020 roku, którym wycofuje on swoją ofertę w przetargu zawarte jest nielogiczne uzasadnienie odnoszące się do przyczyny wycofania oferty, jakoby Pan M. S. jako doświadczony przedsiębiorca „nie uwzględnił kosztów zatrudnienia opiekunów" i stąd wskazał zbyt niską cenę. Taka argumentacja zdaniem Zamawiającego wskazuje, iż nie jest to prawdziwą przyczyną wycofania oferty, a jedynie próbą znalezienia jakiegokolwiek wytłumaczenia, co potwierdza również hipotezę Zamawiającego o prawdopodobnej zmowie przetargowej trzech oferentów. Zamawiający dodał, iż z informacji uzyskanych przez Gminę Turobin wynika również, że takie działania oferentów praktykowane były również w innych jednostkach samorządu terytorialnego na Lubelszczyźnie.

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

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż w terminie wynikającym z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta została odrzucona, a która mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w postepowaniu, wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Odwołującego, oferty Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach", oferty wykonawcy Usługi Transportowe M. S., pisma Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach" zawierającego oświadczenie o rezygnacji ze złożonej w postępowaniu oferty, informacji z dnia 20 lipca 2020 r. o wyborze oferty Usługi transportowe M. S. jako najkorzystniejszej, pismo wykonawcy Usługi transportowe M. S. zawierające informację o wycofaniu jego oferty, zawiadomień o odrzuceniu oferty Odwołującego, oferty Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach" oraz wykonawcy Usługi Transportowe M. S., informacji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 28 września 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest dowóz i odwóz uczniów do Szkoły Podstawowej w Turobinie, Przedszkola Samorządowego w Turobinie, Szkoły Podstawowej w Czernięcinie oraz Szkoły Podstawowej w Gródkach w roku szkolnym 2020/2021, w ilości ok. 189 uczniów. Zgodnie z pkt 4.3 SIWZ pod pojęciem dowożenia rozumie się dowożenie uczniów wraz z opieką, z puntu zbiorczego w miejscu zamieszkania do danej placówki oświatowej i odwożenie uczniów z danej placówki oświatowej, wraz z opieką, do punktu zbiorczego w miejscu zamieszkania uczniów. W pkt 4.4 SIWZ wskazano, iż wykonawca zapewnia opiekę nad uczniami w czasie dowozu/odwozu do placówek oświatowych. Zgodnie z pkt 4.7 SIWZ opiekunek uczniów nie może być kierowca autobusu, w autobusie musi znajdować się kierowca i opiekun. Zamawiający wymaga, aby opiekunami były osoby pełnoletnie. Opiekun autobusu szkolnego ponosi odpowiedzialność za uczniów dowożonych i odwożonych od chwili wejścia uczniów do autobusu do chwili przekazania ich szkole oraz od chwili odebrania ich ze szkoły do chwili opuszczenia przez uczniów autobusu na przystanku w swojej miejscowości (...).

Termin składania ofert upływał 8 lipca 2020 r. W postępowaniu wpłynęło sześć ofert, w tym oferta Odwołującego z ceną 144 740,00 zł brutto, oferta Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach" (dalej jako „Spółdzielnia") z ceną 135 002,70 zł brutto oraz oferta wykonawcy Usługi Transportowe M. S. z ceną 126 252,00 zł brutto. Pozostałe trzy oferty zawierały wyższe ceny. W drugim kryterium oceny ofert - czas podstawienia autobusu zastępczego, wykonawcy zaoferowali ten sam okres czasu, znaczenie decydujące dla rankingu ofert miało zatem kryterium ceny.

Izba ustaliła, iż Odwołujący prowadzi działalność gospodarczą pod adresem Siedliska nr 40, 23-460 Józefów. Odwołujący posiada zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego udzielone w dniu 19 listopada 2013 r. Ustalono także, iż siedziba Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach" mieści się w miejscowości Siedliska nr 40, 23-460 Józefów. Okolicznością bezsporną pomiędzy Stronami był fakt, że Prezesem Zarządu Spółdzielni, umocowanym do samodzielnej reprezentacji tego podmiotu, jest Pani K. P., żona Pana M. P. (Odwołującego). Spółdzielnia posiada zezwolenie na wykonywanie zawodu przewoźnika drogowego udzielone w dniu 20 listopada 2018 r.

Izba ustaliła ponadto, iż oferta Odwołującego została złożona 8 lipca 2020 r. o godz. 9:55, zaś oferta Spółdzielni 8 lipca 2020 r. o godz. 9:57. Opis na kopercie zawierającej ofertę Odwołującego oraz na kopercie zawierającej ofertę Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach" zostało dokonany tym samym charakterem pisma, zbieżnym z pismem, którym wypełniono ofertę Odwołującego. Podobnie tym samym charakterem pisma wypełniono pierwszą stronę formularza ofertowego Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach". Pozostała część tej oferty została wypełniona innym charakterem pisma.

W dniu 10 lipca 2020 r. do Zamawiającego wpłynęło pismo Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach" z dnia 9 lipca 2020 r., zawierające oświadczenie o rezygnacji ze złożonej w postępowaniu oferty, podpisane przez panią K. P. . Pismo to nie zawierało uzasadnienia.

Zamawiający w dniu 20 lipca 2020 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za która uznał ofertę wykonawcy M. S. (Usługi transportowe M. S.). W tym samym dniu do Zamawiającego wpłynęło pismo wykonawcy M. S. zawierające informację o wycofaniu jego oferty złożonej w postępowaniu. Wykonawca wskazał, iż przy obliczaniu ceny nie uwzględnił kosztów zatrudnienia opiekunów i podał zbyt niską cenę, za którą nie jest możliwe wykonanie zadania.

Zamawiający w dniu 23 lipca 2020 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Uzasadniając powyższe Zamawiający wskazał, że w toku postępowania w przedmiotowej sprawie pojawiły się wątpliwości po stronie Gminy Turobin dotyczące trzech najniższych ofert. Dwie najniższe oferty przetargowe zostały wycofane z przetargu tj. oferta złożona przez Usługi transportowe M. S. z siedzibą przy ul. Konopnickiej 4, 22-440 Krasnobród na kwotę 126.252,00 zł, jak również druga w kolejności najkorzystniejsza oferta autorstwa Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach" z siedzibą w m. Siedliska 40, 23-460 Józefów na kwotę 135.002,70 zł również została wycofana po otwarciu ofert przetargowych. Spowodowało to, że zwycięzcą przetargu miałaby zostać firma TachoSystem M. P. z siedzibą (identyczną jak powyżej) Siedliska 40, 23-460 Józefów z ofertą w kwocie 144.740,00 zł. Z informacji posiadanych przez Gminę Turobin wynika ponadto, iż właścicielami dwóch wspomnianych powyżej firm z siedzibą w Siedliska 40 są małżonkowie.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Zamawiającego, zaistniała konieczność poinformowania o tym fakcie odpowiednich organów. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt prawa zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji. A zgodnie z klauzulą generalną zawartą w art. 3 ust 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeśli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub zamawiającego. Wskazany powyżej artykuł stanowi, że czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Za znamienny i adekwatny do rozpatrywanego przypadku można uznać wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 28.06.2007 r. (V ACa 371/07, LEX nr 519282), zgodnie z którym: „Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z tymi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowanewspółzawodnictwo." Takim działaniem (nieuczciwej konkurencji) może być również porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tym samym zawarcie przez wykonawców porozumienia, o którym mowa w powyższym przepisie może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji, a w konsekwencji stanowić podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 prawa zamówień

publicznych. Wskazać należy, że każde porozumienie godzące w uczciwość konkurencji rynkowej umożliwia odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust 1 pkt 3 prawa zamówień publicznych.

Zamawiający w dniu 23 lipca 2020 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, iż oferta z najniższą ceną przekracza kwotę, jaką Zamawiając zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba oddaliła odwołanie w całości.

Izba oceniła dokonaną przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jako prawidłową, wobec czego zarzut naruszenia ww. przepisu nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający w przedmiotowym przypadku wiązał czyn nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm., dalej jako „u.z.n.k.") oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1076, dalej jako „u.o.k.k."). Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jak wskazano w ust. 2 tego przepisu czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. Przepis ten wskazuje na otwarty katalog sytuacji, w których działanie danego podmiotu może zostać uznane za czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu tej ustawy może być zatem uznane także działanie niewymienione wśród przypadków stypizowanych w art. 5 -17d u.z.n.k., jeżeli tylko odpowiada wymaganiom wskazanym w ogólnym określeniu czynu nieuczciwej konkurencji w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 1998 r., I CKN 904/97), tj. jest ono sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami oraz zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zarówno w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, jak i w doktrynie wskazuje się, że analizując istnienie podstawy odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, należy brać pod uwagę nie tylko przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ale i przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (por. m.in. wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16). Za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp niewątpliwie może być uznane zawarcie porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. Zgodnie z tym przepisem 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. 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).

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

Ponadto wskazać należy, że dla wykazania zawarcia niedozwolonego porozumienia, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. (zmowy przetargowej) nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel, pozyskanie takiego dowodu przeważnie jest bowiem niemożliwe. Niedozwolone porozumienie nie musi mieć określonej formy, może być ustne, a nawet dorozumiane. W ocenie zmów przetargowych - jako zakazanych z mocy ustawy - obowiązują obniżone standardy dowodowe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się przeważnie na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów. Dlatego też wystarczające jest, aby całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zmowy przetargowej (por. m.in. wyrok KIO z dnia 13 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1279/18). 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 przetargowa 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).

W ocenie Izby wskazywane przez UOKIK symptomy zmowy przetargowej miały miejsce w przedmiotowym przypadku, a dowody pośrednie wskazujące na zawarcie takiego porozumienia znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia i są nimi oferty wykonawców oraz pisma wykonawców w przedmiocie wycofania ofert. Na uwadze mieć należy, iż pomiędzy Odwołującym a Spółdzielnią zachodzi powiązanie osobowe - Odwołujący p. M. F. i osoba będąca Prezesem Zarządu Spółdzielni (a zatem osoba decyzyjna, umocowana do wyłącznej reprezentacji tego podmiotu) p. K. P., pozostają w związku małżeńskim. Ponadto oba ww. podmioty mają siedziby pod tym samym adresem. Już sam ten fakt, choć nie dowodzi, to jednak uprawdopodabnia, że ww. wykonawcy mogli porozumieć się w zakresie warunków cenowych w składanych ofertach. Powiązania personalne przedsiębiorców, wynikające z faktu pozostawania w związku małżeńskim, jak również organizacyjne (wspólne siedziby, biura) w konkretnych okolicznościach stanu faktycznego prowadzić mogą do naruszenia dobrych obyczajów (por. m.in. uchwała Izby z dnia 15 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO/KD 40/16). Zestawiając powyższe okoliczności z wydarzeniami, jakie miały miejsce w postępowaniu, tj. z faktem złożenia przez p. K. P. w imieniu Spółdzielni oświadczenia o rezygnacji z udziału w postępowaniu, wnioskiem logicznym i wysoce prawdopodobnym staje się, że ww. przedsiębiorcy dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz zachowania w toku przetargu, a tym samym zawarli porozumienie ograniczające konkurencję. Złożenie przez p. K. P. oświadczenie o rezygnacji

z udziału w postępowaniu miało miejsce w niedługim czasie po otwarciu ofert, kiedy to wiadome było już jakie oferty zostały złożone w postępowaniu i jak będą one wstępnie umiejscowione w rankingu ofert z uwzględnieniem ustalonych w postępowaniu kryteriów oceny. Rezygnacja z udziału w postępowaniu nie została w żaden sposób wyjaśniona, a złożenie przedmiotowego oświadczenia nie miało logicznie uzasadnionego, racjonalnego wytłumaczenia i w ocenie Izby nie było adekwatne do istniejących warunków rynkowych. Spółdzielnia złożyła ofertę, która zajmowała w rankingu ofert drugie miejsce i która mogła realnie zostać wybrana jako najkorzystniejsza, w przypadku gdyby w toku badania i oceny oferty wykonawcy Usługi Transportowe M. S. Zamawiający dostrzegł podstawy do wykluczenia tego wykonawcy bądź odrzucenia jego oferty. Wynik postępowania wówczas był otwarty. W normalnych warunkach rynkowych mało prawdopodobne jest, aby wykonawca mający szansę na uzyskanie zamówienia, decydował się na rezygnację z takiej możliwości, a jeszcze mniej prawdopodobne jest takie działanie w obliczu aktualnie panującej na rynku sytuacji, kiedy to rynek usług przewozów osobowych został dotknięty skutkami panującej epidemii koronawirusa COVID-19.

Działanie to w ocenie Izby zmierzało do doprowadzenia do sytuacji, w którym to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, co z kolei miałoby taki skutek, że Zamawiający musiałby wybrać ofertę mniej korzystną ekonomicznie niż w przypadku, gdyby konkurencja pomiędzy wykonawcami nie została zniekształcona. W ocenie Izby znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, że Odwołujący oraz Spółdzielnia Socjalna „Samorządowy zakład transportowy w Siedliskach" zachowywali się w toku postępowania prowadzonego przez Gminę Turobin jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną. Na podstawie stwierdzonych faktów Izba przyjęła domniemanie faktyczne o zawarciu przez Odwołującego i Spółdzielnię niedozwolonego porozumienia, domniemanie to stanowi bowiem jedyny logiczny wniosek wynikający z okoliczności, które zostały ustalone w toku postępowania. W ocenie Izby Zamawiający dokonał prawidłowej oceny działań wykonawców, a jego decyzja o odrzuceniu oferty w tej sytuacji na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odpowiadała przepisom prawa.

Prawidłowość działań Zamawiającego znajduje dodatkowe uzasadnienie w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, która w swym całokształcie stanowi materiał dowodowy w postępowaniu odwoławczym. Jakkolwiek Zamawiający w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego powołał się jedynie na fakt istnienia więzi rodzinnych, wspólnych adresów działalności Odwołującego i Spółdzielni oraz rezygnacji z postępowania złożonej w imieniu Spółdzielni przez żonę Odwołującego, co w ocenie Izby stanowiło wystarczające uzasadnienie faktyczne dla podjętej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, to nie sposób pominąć dalszych okoliczności wynikających z dokumentacji postępowania, które dodatkowo uprawdopodabniają fakt zawarcia zmowy przetargowej, a które Zamawiający sygnalizował w odpowiedzi na odwołanie. Zauważyć trzeba chociażby, że koperty, w których złożono oferty Odwołującego i Spółdzielni, zostały opisane w ten sam graficzny sposób, tym samym charakterem pisma i zostały złożone w odstępie dwóch minut. Co znamienne, tym samym charakterem pisma, którym zaadresowano koperty (jak można wywodzić z dokumentacji postępowania charakterem pisma Odwołującego - p. M. P.), wypełniono obie pierwsze strony formularzy ofertowych złożonych przez ww. podmioty. Dopiero dalsze strony oferty Spółdzielni wypełniono innym pismem (pismem kobiecym, p. K. P.). Okoliczność ta jednoznacznie wskazuje, że ta sama osoba nie tylko zaadresowała koperty, ale wypełniła formularz ofertowy Odwołującego oraz część formularza ofertowego Spółdzielni, w której podane zostały ceny całkowite za realizację zamówienia. A zatem osoba ta miała wiedzę o tym, jaka jest cena obu ofert i jak oferty ww. podmiotów będą wzajemnie rozstawione w postępowaniu w kryterium cenowym.

Mając na względzie wszystko powyższe, w ocenie składu orzekającego, analiza okoliczności faktycznych pozwala na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że Odwołujący oraz jego żona, będąca osobą umocowaną do reprezentacji Spółdzielni Socjalnej „Samorządowy Zakład Transportowy w Siedliskach" zawarli porozumienie dotyczące postępowania przetargowego prowadzonego przez Gminę Turobin, którego celem było doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający byłby zmuszony do dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty droższej, tj. oferty złożonej przez Odwołującego. O powyższym świadczy fakt, że Odwołujący i Prezes Zarządu Spółdzielni są małżeństwem, oba podmioty prowadzą działalność w zbieżnym zakresie (transport, przewóz), mają siedzibę pod tym samym adresem, a w toku postępowania doszło do podjęcia czynności bezpośrednio wpływających na ranking ofert (wycofania oferty). Tożsame odręczne pismo na kopertach i w formularzach ofertowych dodatkowo potwierdzają, że oferty tych wykonawców były (przynajmniej częściowo) przygotowane przez tą samą osobę. Logicznym i racjonalnym wnioskiem w takiej sytuacji jest, że ww. wykonawcy dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz ich zachowania w toku przetargu, a tym samym zawarli porozumienie ograniczające konkurencję. Tego rodzaju działania przedsiębiorców nie sposób uznać za adekwatne do istniejących warunków rynkowych, nie są one wytłumaczalne w sposób racjonalny bez założenia pewnej koordynacji działań.

W ocenie Izby za trudne do wytłumaczenia w sposób racjonalny można uznać także działanie wykonawcy M. S., który dowiadując się o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej, podejmuje decyzję o wycofaniu oferty. Słusznie podnosił Zamawiający, że za mało przekonujące uznać należy wskazane przez ww. wykonawcę uzasadnienie dla podjętego działania, tj. rzekomy brak wyceny kosztów związanych z zapewnieniem opiekunów. Trudno uznać, aby profesjonalny wykonawca, składając ofertę w postępowania na „Dowóz i odwóz dzieci i młodzieży do placówek oświatowych na terenie Gminy Turobin wraz z zapewnieniem opieki w roku szkolnym 2020/2021" nie zauważył, że zamówienie obejmuje także konieczność zapewnienia opieki, w sytuacji gdy okoliczność ta wynikała jednoznacznie z postanowień SIWZ, a nawet z samego tytułu zamówienia. Co więcej - obowiązek zapewnienia opieki podczas przewozu dzieci jest wymaganiem charakterystycznym i powszechnym w postępowaniach o takim przedmiocie, a wykonawca trudniący się tego rodzaju działalnością niewątpliwie ma tego świadomość. Rezygnacja z uzyskania zamówienia przez p. S. jawi się także jako nieracjonalna z perspektywy aktualnie panujących warunków rynkowych, kiedy to w obliczu istnienia stanu epidemii sytuacja wielu przedsiębiorstw, w tym także tych trudniących się przewozem osób, pogorszyła się. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający mógł podejrzewać, że działanie ww. wykonawcy stanowiło efekt zawartego z Odwołującym porozumienia zmierzającego do doprowadzenia do sytuacji, w której Zamawiający dokona wyboru oferty droższej, tj. oferty Odwołującego). W normalnych warunkach rynkowych mało prawdopodobne jest, aby wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, decydował się na rezygnację z zawarcia umowy, a jeszcze mniej prawdopodobne jest takie działanie w obliczu aktualnie panującej na rynku sytuacji, kiedy to rynek usług przewozów osobowych został dotknięty skutkami panującej epidemii koronawirusa.

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 u.o.k.k. 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 u.z.n.k. i stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że przyjęte domniemanie faktyczne o istnieniu zmowy przetargowej może zostać obalone, jeśli wykonawca dowiedzie, 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 KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16). Natomiast w ocenie Izby Odwołujący domniemania tego nie obalił, a wręcz nawet nie próbował tego uczynić. Odwołujący w sposób merytoryczny nie odniósł się do okoliczności, które stanowiły podstawę odrzucenia jego oferty. Odwołujący nie próbował nawet tłumaczyć, dlaczego zaistniałe, szeroko opisywane w literaturze, symptomy niedozwolonego porozumienia, takie jak istnienie więzi rodzinnych pomiędzy podmiotami, wspólnych adresów oraz okoliczność rezygnacji z udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy złożyli oferty korzystniejszej cenowo, nie mogą być za takowe uznane, wskazując jedynie, że nie można z tego wyciągnąć tak daleko idących wniosków. Odwołujący skupił się wyłącznie na aspektach formalnych decyzji Zamawiającego wskazując na lakoniczne uzasadnienie przedstawione w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty czy podnosząc, że odrzucić ofertę można tylko wtedy, gdy podstawa odrzucenia jest jednoznaczna, a ewentualne wątpliwości należy wyjaśniać. Jakkolwiek w przedmiotowym przypadku dostrzec można lakoniczność uzasadnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, to nie przesądza to o nieprawidłowości jego decyzji. Sama czynność odrzucenia oferty Odwołującego była w ocenie Izby działaniem prawidłowym i dokonanym w oparciu o dowody znajdujące się w dokumentacji postępowania, a przedstawione uzasadnienie było zdaniem składu orzekającego wystraczające i umożliwiało Odwołującemu podjęcie obrony swojej oferty w postępowaniu odwoławczym. Nadto Odwołujący nie postawił w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który to przepis odnosi się do kwestii informowania wykonawców o podstawach działań podejmowanych przez Zamawiającego.

Co istotne, Odwołujący - mając świadomość, jakie przyczyny stały się powodem odrzucenia jego oferty - nie przedstawił żadnego merytorycznego wyjaśnienia, dlaczego okoliczności, na które wskazywał Zamawiający (więzi rodzinne, wspólne adresy, wycofywanie ofert), nie mogą przesądzać o zawarciu porozumienia pomiędzy wykonawcami. Przedstawiona w odwołaniu argumentacja, że Spółdzielnia nie jest firmą, której można być właścicielem jest bezprzedmiotowa, bezspornym bowiem jest, że Odwołujący pozostaje w związku małżeńskim z osobą piastującą decyzyjną funkcję w Spółdzielni. Odwołujący nie podniósł jakichkolwiek argumentów, które mogłyby podważyć wynikające już z samego faktu więzów rodzinnych i wspólnej siedziby oraz następczego wycofania ofert prawdopodobieństwo uzgodnienia warunków ofert składanych w tym samym przetargu. Na rozprawie przed Izbą pełnomocnik Odwołującego również referował głównie do aspektów formalnych działania Zamawiającego, a nie meritum sporu, poprzestając na lakonicznym stwierdzeniu, że powodów wycofania ofert może być wiele.

Nie ma także znaczenia podnoszona w odwołaniu okoliczność, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie zawarł umowy z żadnym wykonawcą, lecz je unieważnił. Porozumienie o charakterze zmowy przetargowej jest zakazane per se i nie musi odnieść zamierzonego skutku, aby uznać je za niedozwolone. Nawet zatem w sytuacji, gdy nie dochodzi do wyłonienia żadnego zwycięzcy przetargu i do jego unieważnienia, tak jak w niniejszym postępowaniu, to okoliczność ta nie stoi na przeszkodzie stwierdzeniu istnienia zakazanego porozumienia. Jak wskazał Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18 „Porozumienie przetargowe jest zakazane per se (samo z siebie), nawet w sytuacji gdy nie dochodzi do wyłonienia żadnego zwycięzcy przetargu, czy też zwycięzcą przetargu jest inny przedsiębiorca niż uczestniczący w zmowie (.) Zatem wystarczające jest, aby przedsiębiorcy przystępujący do przetargu podjęli takie działania, dotyczące składanych w przetargu ofert, których celem mogło być naruszenie konkurencji. Oczywiste jest w świetle powyższego, że skoro nie musi wystąpić skutek antykonkurencyjnych działań podjętych przez przedsiębiorców biorących udział w przetargu, to również nie musi dojść do skutku sam przetarg.” W oparciu o powyższe, Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego jakoby „kuriozalne było opieranie ewentualnej zmowy na możliwości cofnięcia oferty po ich otwarciu”. Abstrahując od kwestii tego czy czynność wycofania oferty po upływie terminu składania ofert może mieć skutek prawny, to przy analizie istnienia podstaw do stwierdzenia zawarcia niedozwolonego porozumienia, ocenie podlega już sam fakt podjęcia próby „rezygnacji” z uzyskania zamówienia, a nie rzeczywisty skutek takiego działania. Wspomniana rezygnacja może przyjąć rozmaite formy, jak chociażby zamierzone doprowadzenie do wykluczenia wykonawcy z postępowania czy odrzucenia jego oferty poprzez brak złożenia na wezwanie wymaganych dokumentów, oświadczeń czy wyjaśnień czy też odmowę zawarcia umowy przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, aby umożliwić wybór kolejnej, droższej oferty. Wszystkie te działania charakteryzuje cel zakłócenia prawidłowego funkcjonowania konkurencji w danym postępowaniu i jej zniekształcenia, czego efektem jest zagrożenie czy też naruszenie interesów innych wykonawców lub - jak w przedmiotowej sprawie - samego Zamawiającego.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp za niezasadny.

Podobnie za niezasadny Izba uznała zarzut zaniechania wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, w sytuacji powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości, co do okoliczności mogących wpływać na zachowanie zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu (zarzut nr 2 odwołania). W ocenie Izby ustalenia faktyczne poczynione przez Zamawiającego nie potrzebowały wyjaśnień. Zauważyć należy, że instytucja wzywania do wyjaśnień nie ma charakteru absolutnego - znajduje ona zastosowanie wtedy, kiedy w świetle oferty czy złożonych oświadczeń i dokumentów powstaną uzasadnione wątpliwości, niejasności czy sprzeczności, które takich wyjaśnień wymagają. W przedmiotowym przypadku nie było podstaw, aby uznać, że po stronie Zamawiającego powstały wątpliwości uzasadniające takie wezwanie. Okoliczności stanowiące symptomy zmowy przetargowej (więzi rodzinne, tożsame adresy działalności, wycofanie ofert) wynikały bezpośrednio ze znajdujących się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia dokumentów i de facto nie były one przez Odwołującego na żadnym etapie postępowania kwestionowane. Samo dokonanie przez Zamawiającego oceny prawnej ustalonych w postępowaniu na podstawie tych dokumentów okoliczności stanu faktycznego, wyjaśnień nie wymagało. Odwołujący nie wskazał także, co konkretnie miałoby być przedmiotem takich wyjaśnień.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odnoszący się do unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu i mieszczącą się w kwocie, którą Zamawiający planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (zarzut nr 3). Zarzut ten został oparty na tożsamych podstawach faktycznych co wcześniej podniesione zarzuty i wiązał się

z kwestionowaniem odrzucenia oferty Odwołującego. Ponieważ Izba uznała czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp za prawidłową, przedmiotowy zarzut należało uznać za bezzasadny.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący: .....