

Sygn. akt: KIO 2512/23

WYROK

z dnia 7 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka

Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak

Andrzej Niwicki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 września 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2023 r. przez Odwołującego A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PUH A. T. (ul. Wadowickiego 6, 10-761 Olsztyn) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zespół Obsługi Szkół Gminy Mrągowo (ul. Wojska Polskiego 5A/39, 11-700 Mrągowo)

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru ofert najkorzystniejszych złożonych przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. Spółka komandytowa (ul. Makowska 108, 06-300 Przasnysz) (złożonych na części 1-5 w postępowaniu, odrzucenie ofert złożonych przez Wykonawców: PKS Siedlce sp. z o.o. (ul. Świętojańska 9, 08-110 Siedlce), Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. Spółka komandytowa (ul. Makowska 108, 06-300 Przasnysz) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z artykułem 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w każdej z części postępowania,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zespół Obsługi Szkół Gminy Mrągowo (ul. Wojska Polskiego 5A/39, 11-700 Mrągowo) i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PUH A. T. (ul. Wadowickiego 6, 10-761 Olsztyn) tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego i kwotę 636 zł 53 gr (słownie: sześćset trzydzieści sześć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) tytułem kosztów dojazdu pełnomocnika Odwołującego,

2.2. zasądza od Zamawiającego Zespół Obsługi Szkół Gminy Mrągowo (ul. Wojska Polskiego 5A/39, 11-700 Mrągowo) na rzecz Odwołującego A. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PUH A. T. (ul. Wadowickiego 6, 10-761

Olsztyn) kwotę 11736 zł 53 gr (słownie: jedenaście tysięcy siedemset trzydzieści sześć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, tj. wpisu od odwołania, kosztów wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika Odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz.1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 2512/23

UZASADNIENIE

Zamawiający Zespół Obsługi Szkół Gminy Mrągowo prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym pn.: „Dowożenie i odwożenie uczniów szkół podstawowych do i z placówek oświatowych z terenu Gminy Mrągowo w okresie od 01-09-2023 r. do 30-06-2024 r.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 3 sierpnia 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Odwołujący A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PUH A. T. wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę PKS Siedlce Sp. z o.o. jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie jej przez wykonawcę będącego w porozumieniu z Wykonawcą Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Przewozy

Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa jako złożonej w warunkach nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie jej przez wykonawcę będącego w porozumieniu z Wykonawcą PKS Siedlce sp. z o.o., wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa, podczas gdy oferta powinna zostać odrzucona jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji poprzez złożenie jej przez wykonawcę będącego w porozumieniu z Wykonawcą PKS Siedlce sp. z o.o.

Zarzuty dotyczą każdej z pięciu części postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz 108 ust. 1 pkt 5 i 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 3 ust. 1 art. 15 ust. 1 pkt 5, art. 15 ust. 2 pkt 1 i 2, art. 15c ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233 - dalej jako „uznk”) oraz art. 6 ust. 1 pkt 1, 3, 6 i 7 i art. 9 ust. 2 pkt 1 i 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm. - dalej jako „uokik”) poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców - PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa, co do których zachodzą wiarygodne przesłanki, iż zawarli między sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz złożyli oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawcę PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający poinformował o wyborze oferty złożonej przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa. Jednocześnie oferta z korzystniejszą ceną złożona przez Wykonawcę PKS Siedlce sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Odwołującego obydwie ww. oferty winny zostać odrzucone jako złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a Zamawiający posiadał wiarygodne przesłanki, iż Wykonawcy PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

Odwołujący wskazał, że brak uzupełnienia dokumentów podmiotowych przez wybranego wykonawcę w postępowaniach prowadzonych w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje konieczność odrzucenia jego oferty. W konsekwencji wykonawcy wykorzystują ten mechanizm, w celu ustawiania postępowań przetargowych, w szczególności w sytuacji, gdy przedsiębiorcy zawierający porozumienie zajmują kolejne po sobie miejsca w rankingu ofert. Działania wykonawców zmierzające do „ustawiania” postępowań przetargowych wprost naruszają przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz o ochronie konkurencji i konsumentów:

- art. 15c uznk: Czynem nieuczciwej konkurencji jest naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 6 i art. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), a także art. 101 i art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej;
- art. 6 uokik: Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

- 1) ustalaniu, bezpośrednio lub pośrednio, cen i innych warunków zakupu lub sprzedaży towarów;
- 2) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji lub zbytu oraz postępu technicznego lub inwestycji;
- 3) podziale rynków zbytu lub zakupu;
- 4) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych

warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;

- 5) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego

świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;

- 6) ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych

porozumieniem;

- 7) uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych

przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

- art. 9 uokik: Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na:

- 1) bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;
- 2) ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;
- 3) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- 4) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
- 5) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
- 6) narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;
- 7) podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

Odwołujący dokonał analizy postępowań, w których składają oferty Wykonawcy PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa dochodząc do wniosku, iż rezygnacja jednego z ww. Wykonawców ze złożenia dokumentów podmiotowych lub doprowadzenie w inny sposób do konieczności wyboru droższej z tych dwóch ofert jest stałą praktyką rynkową.

Odwołujący przykładowo wskazał następujące postępowania prowadzone w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych, w których dochodziło do braku uzupełnienia dokumentów podmiotowych przez wykonawcę, który złożył ofertę z niższą ceną:

- „Dowóz uczniów do szkół na terenie Gminy Krasne od dnia 1 września 2022 do dnia 23 czerwca 2023 na podstawie biletów miesięcznych”. Najkorzystniejszą ofertę złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. Oferta została odrzucona - Wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych w terminie wyznaczonym przez zamawiającego (art. 226 ust. 1 pkt lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych). W konsekwencji jako

najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C. K. C. (obecnie Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa).

- „Dowóz uczniów do szkół na terenie gminy Czernice Borowe od dnia 1 września 2021 do dnia 24 czerwca 2022 na podstawie biletów miesięcznych”. Oferta złożona przez Wykonawcę PKS Siedlce sp. z o.o. zawierała najkorzystniejszą cenę. Oferta została odrzucona - Wykonawca nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych w terminie wyznaczonym przez zamawiającego (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych). W konsekwencji jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C. K. C. (obecnie: Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa).

- „Dowóz uczniów do szkół na terenie gminy Czernice Borowe od dnia 1 września 2022 do dnia 23 czerwca 2023 na podstawie biletów miesięcznych”. Ofertę z najkorzystniejszą ceną złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. W konsekwencji doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej zawierającej wyższą cenę, którą złożył Wykonawca Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. Spółka komandytowa.

- „Dowóz uczniów do szkół i przedszkoli na terenie gminy Chorzele na podstawie zakupu biletów miesięcznych”. Ofertę z najkorzystniejszą ceną złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. Oferta złożona przez Wykonawcę PKS Siedlce sp. z o.o. została odrzucona w konsekwencji została wybrana oferta zawierająca wyższą cenę złożona przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. Spółka komandytowa.

- „Dowożenie uczniów zamieszkałych na terenie gminy Przasnysz do szkół w roku szkolnym 2022/2023”. Ofertę z najniższą ceną złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. Wykonawca odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych nie złożył ich w terminie. W konsekwencji doszło do wyboru oferty zawierającej wyższą cenę złożonej przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. Spółka komandytowa.

Jednocześnie, w przypadku, gdy między ofertami składanymi przez Wykonawców PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa (czy też przed przekształceniem Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C. K. C.) pojawiła się oferta innego wykonawcy, podmiotowe środki dowodowe były zawsze uzupełniane, np. w postępowaniu:

- „Dowóz uczniów do szkół na terenie Gminy Krasne od dnia 1 września 2022 do dnia 23 czerwca 2023 na podstawie biletów miesięcznych”. Ofertę z najniższą ceną złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. Ponieważ Wykonawca Przewozy Krajowe i Zagraniczne

Osób C. Spółka komandytowa znajdował się dopiero na trzeciej pozycji w rankingu ofert, zatem w razie braku uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie doszłoby do wyboru drugiego z uczestników porozumienia, Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. uzupełnił podmiotowe środki dowodowe.

- „Dowożenie uczniów do szkół z terenu gminy Krzynowłoga Mała w 2023 r.”. Ofertę z najkorzystniejszą ceną złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. Ponieważ oferta złożona przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C. K. C. została sklasyfikowana dopiero na trzeciej pozycji, Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. uzupełnił podmiotowe środki dowodowe, co pozwoliło na wybór ofert.

Odwołujący wskazał, że mechanizm rozstawiania ofert ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. celowo nie uzupełnił podmiotowych środków dowodowych. W konsekwencji doprowadziło to do sytuacji, w której Zamawiający wybrał ofertę droższą, która została złożona przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. Spółka komandytowa. Brak uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w terminie wyznaczonym przez zamawiającego - mając na uwadze identyczne zachowanie w ww. postępowaniach - stanowi wiarygodną przesłankę istnienia porozumienia mającego na celu utrudnianie konkurencji między tymi wykonawcami.

Powyższe okoliczności w ocenie Odwołującego jednoznacznie potwierdzają zawarcie niedozwolonego porozumienia i składanie ofert w warunkach nieuczciwej konkurencji. Nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia regularne odstępowanie od złożenia podmiotowych środków dowodowych przez wykonawców z niższą ceną, ale tylko w sytuacji, gdy dwóch wskazanych uczestników postępowań przetargowych tj. PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa C. Spółka komandytowa zajmują dwie kolejne pozycje w rankingu ofert. Tę regułę potwierdza zachowanie Wykonawców, gdy pomiędzy ich ofertami pojawi się inna oferta - wówczas podmiotowe środki dowodowe czy też wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są uzupełniane.

Zdaniem Odwołującego regularność tych działań przesądza o braku przypadkowości. Przeczy zasadom logiki, aby profesjonalny podmiot działający na rynku zamówień publicznych, przypadkowo w kolejnych kilkunastu czy też kilkudziesięciu postępowaniach, nie był w stanie w terminie uzupełnić podmiotowych środków dowodowych. Przeczy również zasadom logiki, aby podmioty biorące udział w postępowaniach przetargowych wyceniały oferty przypadkowo, a następnie przyznawały się do tego, że rażąco nisko wyceniły ofertę. Dlatego też w przedmiotowym postępowaniu, w kontekście możliwości istnienia porozumienia między wykonawcami mającego na celu zakłócanie konkurencji, tak ważnym

jest zbadanie całokształtu okoliczności faktycznych, w tym również zachowań ww. wykonawców w innych postępowaniach przetargowych na przestrzeni ostatnich lat. Tylko kompleksowe badanie sposobu składania ofert oraz ich wycofywania może dać pełny obraz skali porozumienia jakie zostało zawarte.

W ocenie Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż działanie polegające na rozstawianiu ofert narusza przepisy uznk oraz uokik, a w konsekwencji prowadzi do naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Rozstawianie ofert jest jednoznacznie traktowane przez Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jako przejaw zmowy przetargowej. Jeżeli rozstawianie ofert jest traktowane jako naruszenie przepisów prawa przez Prezesa UOKiK, to tym bardziej powinno być tak traktowane przez zamawiającego. Mając na uwadze fakt iż Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Wykonawca Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa regularnie nie uzupełniają dokumentów podmiotowych w postępowaniach, w których zajmują kolejne po sobie miejsca w rankingu, nie można wywieść faktu, iż ich działania mają charakter przypadkowy i są niepowiązane ze sobą. Przeczą temu zasady doświadczenia życiowego oraz zasady logiki.

Odwołujący zwrócił uwagę na kolejną przesłankę wskazującą na istnienie porozumienia mającego na celu utrudnianie konkurencji – tj. fakt osobowych i rodzinnych powiązań między tymi wykonawcami. Wyjaśnił, że firma Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa to firma powstała z przekształcenia z firmy Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C. K. C.. Krzysztof C. i C. Beata są wspólnikami spółki C. spółka komandytowa. Prezesem Zarządu i jedynym wspólnikiem spółki PKS Siedlce sp. z o.o. jest Pan A. S., który jest byłym pracownikiem firmy Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c., a prywatnie mężem córki Państwa C. - Pani P. C.-S.. Prezes spółki PKS Siedlce sp. z o.o. wielokrotnie wypowiadał się w mediach jako osoba reprezentująca Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C. K. C..

Odwołujący wskazał również, że pisma składane w postępowaniach przez Wykonawców C. Spółka Komandytowa oraz PKS Siedlce sp. z o.o. są identyczne w swojej treści.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał wskazania pojazdów oraz roku ich produkcji jako jedno z kryteriów oceny ofert. Analiza ofert złożonych przez Wykonawców PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa wskazuje na identyczną treść obu ofert (identyczne modele oraz lata produkcji).

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na m.in. pisma złożone do zamawiającego - Zespołu Obsługi Placówek Oświatowych w Pieckach. Pisma są w znaczącej treści identyczne co do tytułu, czcionki, wstępu oraz tytułu i treści tabeli. Oczywistym jest, iż tak duże podobieństwo

pism składanych do zamawiających jest przesłanką potwierdzającą zawarcie porozumienia między wykonawcami.

W ocenie Odwołującego przedstawiony mechanizm działania na rynku zamówień publicznych w pełni wyczerpuje przesłanki do odrzucenia ofert złożonych przez Wykonawców PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 oraz 108 ust. 1 pkt 5, art. 16 pkt 1 i 2 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5, art. 15 ust. 2 pkt 1 i 2, art. 15c uznk oraz art. 6 ust. 1 pkt 1, 3, 6 i 7 i art. 9 ust. 2 pkt 1 i 5 uokik. Analiza orzecznictwa i doktryny zakresie zmowy przetargowej oraz niedozwolonych porozumień, które mają miejsce w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, prowadzi do wniosku, iż przedstawione zachowanie Wykonawców składających oferty jest wręcz książkowym przykładem niedozwolonego porozumienia.

Sposób rozstawiania ofert w postępowaniach przetargowych na przestrzeni ostatnich lat, powiązania rodzinne między Prezesem Zarządu PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa oraz identyczna treść pism składanych do zamawiających stanowią w ocenie Odwołującego dowody na istnienie niedozwolonego porozumienia mającego na celu ograniczanie konkurencji. W konsekwencji w opinii Odwołującego złożone oferty należy uznać za złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

W trakcie rozprawy Odwołujący wskazał, że analogiczne postępowanie odwoławcze toczyło się przed Krajową Izbą Odwoławczą w sprawie o sygnaturze akt KIO 2402/23. W postępowaniu tym zamawiającym była Gmina Świętajno. Zamawiający wówczas uwzględnił odwołanie, powtórzył czynność oceny ofert, w tym dokonał czynności odrzucenia ofert obu wykonawców - PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa. Żaden z wykonawców nie wniósł odwołania od tej czynności zamawiającego. Podstawę odrzucenia ofert przez zamawiającego stanowił art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący złożył jako dowód na powyższe okoliczności: Informację o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o ponownym przeprowadzeniu czynności oceny ofert z 28 sierpnia 2023 r. wraz z informacją o odrzuceniu ofert.

Odwołujący wskazał jednocześnie na regulację art. 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych i wyjaśnił, że na chwilę złożenia odwołania nie miał możliwości podniesienia zarzutu i argumentacji w tym zakresie z uwagi na fakt, że nie upłynęły terminy na

zaskarżenie. Powyższe w jego ocenie stanowi dodatkową przesłankę, której powołanie jest możliwe dopiero na obecnym etapie.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

W odpowiedzi Zamawiający wskazał, że zarówno na etapie badania ofert, jak i wyboru najkorzystniejszej oferty, nie dopatrył się żadnych dowodów wskazujących na istnienie zmowy cenowej lub innych naruszeń przepisów Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczą innych postępowania, które nie są bezpośrednio związane z przedmiotowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym Zamawiający po dokonaniu analizy przedstawionych w odwołaniu zarzutów nie znalazł podstaw do jego uwzględnienia. Zamawiający wyjaśnił, że wynik postępowania został ustalony w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, a wybór najkorzystniejszej oferty był wynikiem obiektywnej analizy i oceny dokumentów przedstawionych przez Wykonawców w toku postępowania.

Zamawiający poinformował jednocześnie, że pełnomocnik Zamawiającego z uwagi na nieuniknioną kolizję terminów procesowych oraz inne obowiązki służbowe, nie będzie mógł stawić się na rozprawę przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wyjaśnił że decyzja ta nie wynika z braku zainteresowania uczestnictwem w procesie odwoławczym, lecz spowodowana jest niedającą się usunąć kolizją obowiązków służbowych, które muszą zostać zrealizowane w terminie.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Niniejsze postępowanie zostało podzielone na 5 części. W każdej z części ofertę złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa.

Zgodnie z Informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty we wszystkich pięciu częściach zamówienia wybrano oferty złożone przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa. Zamawiający odrzucił pięć ofert częściowych złożonych przez Wykonawcę PKS Siedlce sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Prawo zamówień publicznych. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Wykonawca nie złożył w terminie wskazanym przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Złożone przez Odwołującego dowody potwierdzają stanowisko Odwołującego – w postępowaniach, w których składają oferty Wykonawcy PKS Siedlce sp. z o.o., Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa powtarzalny

jest schemat, zgodnie z którym, jeden ze wskazanych podmiotów rezygnuje ze złożenia dokumentów podmiotowych czy wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w celu doprowadzenia do wyboru oferty drugiego ze wskazanych podmiotów (zawierającej wyższą cenę).

Powyższe potwierdzają przykładowe dokumenty złożone przez Odwołującego (zawarte w dokumentacji postępowania, przesłanej przez Zamawiającego):

- Jak wynika z Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 sierpnia 2022 r., w postępowaniu, którego przedmiotem był „Dowóz uczniów do szkół na terenie gminy Czernice Borowe od dnia 1 września 2022 r. do dnia 23 czerwca 2023 r. na podstawie biletów miesięcznych”, jako najkorzystniejszą wybrano ofertę Wykonawcy Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa. Oferta złożona przez Wykonawcę PKS Siedlce sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jak wynika z treści Informacji, Wykonawca ten nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych.
- Jak wynika z Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 23 sierpnia 2021 r., w postępowaniu pn. „Dowóz uczniów do szkół na terenie gminy Czernice Borowe od dnia 1 września 2021 r. do dnia 24 czerwca 2022 r. na podstawie biletów miesięcznych”, za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C., K. C. (obecnie Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa). Z Informacji tej wynika również, że ofertę z najkorzystniejszą ceną złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o., jednak oferta tego Wykonawcy została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Prawo zamówień publicznych - Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych.
- Jak wynika z Ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 25 sierpnia 2022 r., w postępowaniu pn. „Dowóz uczniów do szkół i przedszkola na terenie gminy Chorzele na podstawie zakupu biletów miesięcznych”, Zamawiający (Gmina Chorzele) dokonał wyboru oferty Wykonawcy Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa. Z Ogłoszenia wynika również, że ofertę z najkorzystniejszą ceną złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Jak wskazał Odwołujący, w przypadku, gdy inny wykonawca składał ofertę, której wartość mieściła się pomiędzy wartością ofert składanych przez Wykonawców PKS Siedlce sp. z o.o.

oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa (czy też przed przekształceniem: Przewozy krajowe i zagraniczne osób s.c. B. C., K. C.), podmiotowe środki dowodowe były uzupełniane, np. w postępowaniu pn. „Dowóz uczniów do szkół z terenu gminy Krzynowłoga Mała w 2023 r.”. Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 16 grudnia 2022 roku, w postępowaniu tym ofertę z najkorzystniejszą ceną złożył Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. Ponieważ oferta złożona przez Wykonawcę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C., K. C. została sklasyfikowana dopiero na trzeciej pozycji, Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o. uzupełnił podmiotowe środki dowodowe, co pozwoliło na wybór oferty Wykonawcy PKS Siedlce sp. z o.o.

Treść złożonych w niniejszym postępowaniu ofert obu Wykonawców PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa zawiera oświadczenie o pojazdach, jakimi podmioty te będą dysponowały. Zestawienie zawiera takie same pojazdy w przypadku ofert tych wykonawców – w zakresie każdej z części postępowania. Dotyczy to marki i modelu pojazdów oraz roku produkcji.

Z załączonego dokumentu rejestrowego KRS spółki pod firmą PKS Siedlce sp. z o.o. (KRS nr: 0000652174) wynika, że A. S. jest jedynym wspólnikiem tej spółki i pełni w niej funkcję prezesa zarządu.

Natomiast z dokumentu rejestrowego KRS spółki pod firmą Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa (KRS nr: 0000970476) wynika, że spółka powstała z przekształcenia z podmiotu Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C., K. C..

Odwołujący złożył jako dowód wydruk ze strony internetowej: Przasnysz.pl. W treści artykułu zatytułowanego „O przewozy lokalne zabiega lokalny przewoźnik” znalazła się następująca informacja: „Jest szansa, że od września tego roku wróci normalność w lokalnych przewozach. O stosowne pozwolenia na autobusowy transport publiczny w powiecie przasnyskim zabiega spółka państwa C.: Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C., K. C.. A. S., który reprezentuje firmę państwa C., tłumaczy, że firma ta wystąpiła już o wydanie zezwoleń na regularny przewóz osób do Starostwa Przasnyskiego i Urzędu Marszałkowskiego. Został też określony termin do rozpoczęcia kursowania nowych linii, na wrzesień 2018 roku.”

Powyższy dowód potwierdza, że pełniący funkcję prezesa zarządu spółki pod firmą PKS Siedlce spółka z ograniczoną odpowiedzialnością A. S. wypowiadał się w mediach jako osoba reprezentująca firmę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C., K. C., która została przekształcona w spółkę Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka

komandytowa (która złożyła ofertę w niniejszym postępowaniu). Powyższe oznaczają, że oba te podmioty oraz osoby w podmiotach tych uczestniczące, z pewnością nie są sobie obce.

Żaden z Wykonawców, których dotyczą zarzuty odwołania – PKS Siedlce sp. z o.o., Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa, nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego i nie zaprzeczył powyższym okolicznościom, w tym także okoliczności istnienia bliższych powiązań, na które wskazywał Odwołujący, tj. okoliczności, że Pan A. S., który jest byłym pracownikiem firmy Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób s.c. B. C., K. C., jest mężem

córki Państwa C. - Pani P. C.-S..

Izba zważyła co następuje:

Skład orzekający podziela stanowisko, że przedstawione zachowanie składających oferty Wykonawców PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa jest książkowym przykładem niedozwolonego porozumienia, opisywanym w doktrynie i orzecznictwie. Nie ulega wątpliwości, że takim niedozwolonym postępowaniem jest zмова przetargowa, która może być realizowana poprzez tzw. rozstawianie i wycofywanie ofert. W takiej sytuacji ceny proponowane przez wykonawców są odpowiednio zróżnicowane. Jeżeli po otwarciu ofert i upublicznieniu informacji o wysokości cen ofert złożonych w postępowaniu okaże się, że oferty członków porozumienia znajdują się na dwóch pierwszych miejscach, wykonawca z pierwszą ofertą nie składa, bądź nie uzupełnia podmiotowych środków dowodowych, kwestionuje poprawienie innej omyłki itd., w wyniku czego jego oferta zostaje odrzucona, a szansę uzyskuje drugi wykonawca z ofertą zawierającą wyższą cenę, a zatem mniej korzystną dla Zamawiającego.

Opisane powyżej przypadki potwierdzają takie właśnie działanie Wykonawców PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa. Taka sytuacja miała także miejsce w niniejszym postępowaniu.

Takie działanie jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami oraz narusza interes innych wykonawców oraz zamawiającego, a zatem stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z artykułem 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Tym samym zachodziła podstawa do odrzucenia ofert obu Wykonawców na podstawie tego artykułu w każdej z pięciu części postępowania.

Zakaz zawierania zмów przetargowych określony jest w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów, zakazującym dokonywania pomiędzy wykonawcami ustaleń, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegających w szczególności na uzgadnianiu warunków składanych ofert, zakresu prac lub ceny.

Zgodnie z artykułem 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba, że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Nie ulega wątpliwości, że opisane powyżej (wykazane przez Odwołującego) działania obu Wykonawców potwierdzają fakt, że pozostają w porozumieniu, które zakłóca konkurencję w postępowaniu. Nie znajduje bowiem żadnego racjonalnego uzasadnienia regularne odstępowanie od złożenia podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę z niższą ceną, ale tylko w sytuacji, gdy dwóch wskazanych uczestników postępowania przetargowych tj. PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa C. Spółka komandytowa zajmują dwie kolejne pozycje w rankingu ofert. Zachodziła zatem podstawa do odrzucenia ofert obu Wykonawców na podstawie tego artykułu w każdej z pięciu części postępowania.

W doktrynie uznaje się, że do wykazania zawarcia porozumienia nie jest wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem, np. w postaci pisemnego porozumienia określającego taki bezprawny cel. Wystarczające jest, gdy całokształt okoliczności sprawy pozwala na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zмowy przetargowej.

Zamawiający nie był zwolniony z obowiązku analizy stanu faktycznego sprawy, w szczególności dokumentów przekazanych przez Odwołującego, dotyczących innych postępowania. Fakt zawarcia zмowy przetargowej może być logicznym wnioskiem wyprowadzonym na podstawie całokształtu okoliczności sprawy, w tym także na podstawie dotychczasowych działań wykonawców.

W wielu dotychczasowych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powtarza się taki sam schemat postępowania obu Wykonawców (wskazany powyżej - w postaci rozstawiania ofert i doprowadzania do odrzucenia jednej z nich). Również w niniejszym postępowaniu Wykonawca PKS Siedlce sp. z o.o., który złożył ofertę z ceną najkorzystniejszą (tj. najniższą), nie uzupełnił na wezwanie Zamawiającego dokumentów podmiotowych. W konsekwencji wybrana została oferta Wykonawcy Przewozy Krajowe i

Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa, która to oferta zawierała cenę wyższą (mniej korzystną dla Zamawiającego). Taka sama sytuacja dotyczyła pięciu części niniejszego postępowania. Notoryjność działań obu tych Wykonawców wykazana przez Odwołującego oraz powtórzenie takiego samego działania w niniejszym postępowaniu powinny być doprowadzić Zamawiającego do wniosku, że doszło do zмowy przetargowej obu Wykonawców.

Powiązania rodzinne, uprzednia współpraca w ramach jednej firmy, korzystanie z własnych zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, jednakowo przygotowane pod względem formy i treści oświadczenie zawarte w ofercie obu Wykonawców, dotyczące posiadanych zasobów (dysponowania pojazdami) oraz powtarzający się schemat postępowania w zakresie rozstawiania ofert i wycofywania jednej z nich, są okolicznościami potwierdzającymi zawarcie nielegalnego porozumienia zakłócającego konkurencję.

Zamawiający mógł zatem stwierdzić na podstawie złożonych przez Odwołującego dowodów i zachowania tych Wykonawców w niniejszym postępowaniu, że Wykonawcy PKS Siedlce sp. z o.o. oraz Przewozy Krajowe i Zagraniczne Osób C. spółka komandytowa, zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Zamawiający nie odniósł się merytorycznie do przedstawionych przez Odwołującego dowodów. Nie stawiał się na rozprawie i nie podjął próby wykazania, że jego ocena ofert była prawidłowa i że nie zachodziły podstawy do odrzucenia ofert obu Wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert obu Wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 w związku z artykułem 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w każdej z części postępowania. Powyższe oznacza, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego wskazanych artykułów jest zasadny.

Izba dokonując rozpoznania w niniejszej sprawie nie odnosi się do powoływanych przez Odwołującego w trakcie rozprawy okoliczności dotyczących postępowania odwoławczego w sprawie o sygnaturze akt KIO 2402/23 w kontekście konsekwencji dla Wykonawców, wynikających z regulacji artykułu 111 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Okoliczności te zostały podniesione przez Odwołującego dopiero w trakcie rozprawy, nie zostały ujęte w odwołaniu. Zgodnie z art. 555 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Należy jedynie zauważyć, że schemat postępowania Wykonawców (o którym mowa powyżej) powtórzył się również w postępowaniu prowadzonych przez Zamawiającego Gminę

Świątajno, którego przedmiotem był „Dowóz uczniów do placówek oświatowych na terenie Gminy Świątajno poprzez zakup biletów miesięcznych w roku szkolnym 2023/2024.”.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 2) , zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania, koszty z tytułu zastępstwa procesowego oraz koszty z tytułu dojazdu pełnomocnika Odwołującego.

Izba nie zasądziła od Zamawiającego kosztów postępowania z tytułu noclegu pełnomocnika Odwołującego. Pełnomocnik nie wykazał poniesienia kosztów w tym zakresie. Ponadto koszty z tytułu noclegu pełnomocnika Odwołującego kompensują się w kwocie 3 600 zł, o czym stanowi § 5 pkt 2b) wskazanego Rozporządzenia.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie: