Sygn. akt: KIO 2972/24

WYROK

Warszawa, dnia 6 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:

Marek Bienias

Protokolant:

Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę PKS Kielce Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie, w postępowaniu prowadzonym przez Centrum Usług Wspólnych w Krasocinie,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy J. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. S. z siedzibą w Kielcach

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PKS Kielce Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie i

   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PKS Kielce Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……..……..

Sygn. akt: KIO 2972/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Usług Wspólnych w Krasocinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dowóz dzieci niepełnosprawnych z terenu Gminy Krasocin do szkół specjalnych oraz ośrodków rehabilitacyjno – edukacyjno – wychowawczych wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu w okresie od 2.09.2024 do 29.98.2025”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 2024-0710 pod numerem 2024/BZP 00406212/01.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. wykonawca PKS Kielce Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

a) Zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy J. S., ul. Sienkiewicza 10/12A/22, 25- 333 Kielce z postępowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty tegoż Wykonawcy,

b) Wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy J. S., ul. Sienkiewicza 10/12A/22, 25333 Kielce w sytuacji kiedy oferta ta nie jest ofertą najkorzystniejszą z uwagi na konieczność jej odrzucenia.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 108 ust.1 pkt.5 w związku z art. 226 ust.1 pkt.2) a) albowiem Zamawiający miał wiarygodne przesłanki pozwalające stwierdzić iż Wykonawca J. S. zawarł porozumienie z Wykonawcą M. S. mające na celu zakłócenie konkurencji.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o:

(a) nakazanie Zamawiającemu uchylenie czynności polegającej na wyborze oferty J. S., ul. Sienkiewicza 10/12A/22, 25-333 Kielce,

(b) nakazanie zamawiającemu wykluczenie z postępowania J. S., ul. Sienkiewicza 10/12A/22, 25-333 Kielce i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu odrzucenia jego oferty,

(c) nakazanie zamawiającemu przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny

ofert.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę PKS Kielce Sp. z o.o. z siedzibą w Korczynie, Zamawiający w piśmie z dnia 29 sierpnia 2024 r. stwierdził, że żadna ze stron postępowania na którymkolwiek z etapów postępowania nie kwestionowała niezgodności zapisów przedmiotu zamówienia zawartych w SWZ. Zamawiający odrzucił ofertę firmy TRAFFIC M. S. ul. Sienkiewicza 10/12A/22, 25-333 Kielce na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt c) ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 poz. 1605 z późn. zm.). Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów i wyjaśnień. Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą Oferenta - J. S.. Oferta ta mieściła się w budżecie, jaki Zamawiający miał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Natomiast oferta firmy PKS Kielce sp. z o.o. znacząco przewyższała budżet Zamawiającego. Oferty firm J. S. oraz TRAFFIC M. S. zostały prawidłowo podpisane podpisami elektronicznymi przez poszczególnych właścicieli firm.

Izba zważa, że do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca J. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. S. z siedzibą w Kielcach.

Izba stwierdziła, że wykonawca J. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. S. z siedzibą w Kielcach zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący - J. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. S. z siedzibą w Kielcach - przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 108 ust.1 pkt. 5 ustawy PZP, 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 r. 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.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli, została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez Odwołującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez

Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 108 ust.1 pkt 5 w związku z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) albowiem Zamawiający miał wiarygodne przesłanki pozwalające

stwierdzić iż Wykonawca J. S. zawarł porozumienie z Wykonawcą M. S. mające na celu zakłócenie konkurencji, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba zważa, że zgodnie z art. 108 ust.1 pkt. 5 ustawy PZP, 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 r. 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. Z kolei w myśl art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli, została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone oferty przez Odwołującego, Przystępującego - J. S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. S. z siedzibą w Kielcach, a także przez firmę TRAFFIC M. S..

Izba zważa, że na podstawie złożonych ofert, Izba ustaliła, iż Przystępujący, jak i wykonawca TRAFFIC M. S. posiadają ten sam adres prowadzenia działalności gospodarczej, tj. ul. Sienkiewicza 10/12A/22, 25-333 Kielce oraz posiadają to samo nazwisko „S.”. Jednocześnie twierdzenie Odwołującego, iż „oboje wykonawcy są bliską rodziną”, nie zostało przez Odwołującego wykazane. To, że Przystępujący, jak i wykonawca TRAFFIC M. S. mają to samo nazwisko i ten sam adres prowadzenia działalności gospodarczej (jak wskazał Przystępujący w piśmie procesowym „prowadzą osobne indywidualne działalności gospodarcze tylko mają taki samym adres działalności. Firmie Traffic M. S. służy tylko wyłącznie do korespondencji”), w ocenie Izby nie oznacza jeszcze powiązania rodzinnego. Przecież są przedsiębiorcy w obrocie gospodarczym, zwłaszcza prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą, którzy posiadają to samo nazwisko, ale między nimi nie zachodzi żadna więź rodzinna.

Niezależnie od powyższego, Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, iż ani powiązania rodzinne ani wspólne miejsce prowadzenia działalności gospodarczej, nie są okolicznościami wystarczającymi do stwierdzenia, że doszło do zmowy przetargowej, muszą bowiem o tym świadczyć pozostałe okoliczności sprawy.

Potwierdza powyższe wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2023 r. o sygn. akt KIO 3044/23, w którym Izba wskazała, iż: „przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie zabraniają udziału w postępowaniu wykonawcom, których łączy relacja

rodzinna. Powiązania rodzinne oraz wspólne miejsce prowadzenia działalności to niewystarczająca poszlaka dla stwierdzenia, że doszło do zmowy przetargowej, muszą o tym świadczyć pozostałe okoliczności sprawy”.

W ocenie Izby, nie jest taką okolicznością podnoszoną przez Odwołującego, która miałaby świadczyć o zawarciu porozumienia antykonkurencyjnego, tj. zmowy przetargowej między Przystępującym i wykonawcą Traffic M. S., wypełnienie pismem ręcznym formularzy ofertowych ww. wykonawców „przez tą samą osobę”.

Należy bowiem zauważyć, iż Odwołujący nie wykazał, tj. nie udowodnił, iż formularze ofertowe zostały wypełnione przez tą samą osobę. W ocenie Izby nie potwierdza tego dowód wniesiony przez Odwołującego na posiedzeniu w postaci opinii mgr E. S. z zakresu klasycznych badań dokumentów, w której to opinii wskazano, iż w zakresie pismo ręczne/zapisy cyfrowe oraz podpisy „prawdopodobnie nakreśliła jedna osoba, stopień kategoryczności może być podniesiony po przedstawieniu do badań dowodowego pisma ręcznego/zapisów cyfrowych wraz z podpisami występujących w postaci oryginału”, a w przypadku parafy „odstąpiono od badań porównawczych dowodowych paraf ze względu na brak możliwości wyselekcjonowania grupy znaków literowych, ewentualnie pozyskanie wzorów paraf od osoby M. S. pozwoliłoby na ustalenie czy zostały sporządzone przez ww osobę czy też wykreowane sztucznie prze inną osobę”.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, ww. dowód jest niewiarygodny, ponieważ oparty jest na „prawdopodobieństwie”. Z tego też względu, w realiach niniejszej sprawy, Izba nie może jednoznacznie stwierdzić, zwłaszcza na podstawie powyższego dowodu, że formularze ofertowe zostały wypełnione przez tą samą osobę. Poza tym, zdaniem Izby, nie jest tak, iż nawet wypełnienie formularzy ofertowych przez tą samą osobę, miałoby zawsze świadczyć o zmowie przetargowej, lecz tylko takie, które miałoby na celu zakłócenie konkurencji.

Zdaniem Izby, nie jest również okolicznością podnoszoną przez Odwołującego, która miałaby świadczyć o porozumieniu między ww. wykonawcami mającą na celu zakłócenie konkurencji, brak złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę TRAFFIC M. S. na wezwanie Zamawiającego z dnia 1 sierpnia 2024 r. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, ponieważ Odwołujący nie wykazał, iż niezłożenie tych dokumentów miało na celu zawarcie zmowy przetargowej. Niewątpliwie niezłożenie wymaganych dokumentów przez wykonawcę TRAFFIC M. S. skutkowało odrzuceniem oferty tegoż wykonawcy przez Zamawiającego i pozostawienie w niniejszym postępowaniu dwóch ofert, tj. oferty Odwołującego oraz oferty Przystępującego, która była ofertą droższą, porównując ją do oferty

wykonawcy TRAFFIC M. S. (oferta Przystępującego opiewała na kwotę 194 750 zł brutto w stosunku do oferty wykonawcy TRAFFIC M. S. na kwotę 184 750 zł brutto). Jednakże, w ocenie Izby, wcale to jeszcze nie oznacza, że w przedmiotowym postępowaniu doszło do zmowy przetargowej.

Konkludując, w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….