

Sygn. akt: KIO 3009/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron i uczestników postępowania w dniu 18 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę FINEZJA P. I. z siedzibą w Dorohusku

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Gmina Dorohusk

przy udziale uczestnika wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe WAFLEX R.C. z siedzibą w Chełmie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę FINEZJA P. I. z siedzibą w Dorohusku, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Dorohusk, 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 FINEZJA P. I. z siedzibą w Dorohusku tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Dorohusk na rzecz wykonawcy FINEZJA P. I. z siedzibą w Dorohusku kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 3009/24

Uzasadnienie

Gmina Dorohusk (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dowóz uczniów do szkół z terenu Gminy Dorohusk w roku szkolnym 2024/2025” (dalej „postępowanie”

lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00393023/01 z dnia 2 lipca 2024 r.

W dniu 16 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe "WAFLEX" R.C. z siedzibą w Chełmie (dalej „WAFLEX”) oraz odrzuceniu oferty wykonawcy FINEZJA P. I. z siedzibą w Dorohusku.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę FINEZJA P. I. z siedzibą w Dorohusku (dalej „odwołujący” lub „FINEZJA”) zostało wniesione odwołanie na czynności zamawiającego polegające na wyborze oferty wykonawcy WAFLEX, jako najkorzystniejszej, oraz odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie niżej wymienionych przepisów:

1. art. 108 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty bez posiadania wiarygodnych przesłanek o porozumieniu z innym wykonawcą, mające na celu zakłócenie konkurencji pomimo, iż złożone zostało zażalenie dnia 14 sierpnia 2024 r. na działanie zamawiającego poprzez złamanie specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) do prowadzonego postępowania - pkt 16, 16.1, 16.2;

2. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w toku badania ofert, ponieważ zamawiający nie zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia treści złożonych oświadczeń o wykluczeniu z postępowania, co jednoznacznie przyczyniło się tym, iż jego oferta została odrzucona, podczas gdy decyzja o ewentualnym wykluczeniu wykonawcy czy też odrzuceniu oferty powinna być podjęta po przeprowadzeniu

szczegółowego postępowania wyjaśniającego.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy WAFLEX; (2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz (3) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, żaden wykonawca nie przystąpił do toczącego się postępowania odwoławczego.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 18 września 2024 r. -odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako niezasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, uzupełnioną na posiedzeniu w dniu 18 września 2024 r., po zapoznaniu się z treścią odwołania, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie. Jego oferta, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, miałaby szansę zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Gdyby bowiem Izba uznała, że zamawiający niezasadnie podjął decyzję

o jej odrzuceniu, to miałby on możliwość uzyskania zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, możliwość uzyskania zamówienia została bowiem odwołującemu odebrana, a co za tym idzie utracił szansę na osiągnięcie zysku, który planował osiągnąć w wyniku jego realizacji.

Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z SWZ jest: Dowóz uczniów do szkół z terenu Gminy Dorohusk w roku szkolnym 2024/2025.

W postępowaniu zostały złożone cztery oferty: (1). P.W. Impex Trans M. B. Strzeszkowice Duże 311, (24-220) Niedrzwica Duża, cena brutto 331 146,00 zł., czas podstawienia pojazdu zastępczego 20 min; (2) FINEZJA P.I. Michałówka 106 (22-175) Dorohusk, cena brutto 191 400,00 zł., czas podstawienia pojazdu zastępczego 20 min; (3) Viki Bus Usługi Transportowe M. P. Michałówka 106, (22-175) Dorohusk (dalej „Viki Bus”), cena brutto 167 200,00 zł., czas podstawienia pojazdu zastępczego 20 min; (4) PPHU WAFLEX C. R. Uher 11b, (22-100) Chełm, cena brutto 240 200,00 zł., czas podstawienia pojazdu zastępczego 20 min.

W dniu 10 lipca 2024 r. zamawiający wezwał wykonawcę Viki Bus do złożenia niżej wymienionych podmiotowych środków dowodowych w terminie do dnia 18 lipca 2024 r. do godz. 10.00.: (a) Koncesja, zezwolenie, licencja lub dokument potwierdzający, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania (zezwolenia i licencji na wykonywanie krajowego transportu drogowego w zakresie przewozu osób); (b) dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną min. 100.000,00 zł. Wykonawca

w wyznaczonym terminie nie złożył ww. dokumentów. Żądane dokumenty zostały przesłane zamawiającemu po terminie, w niewłaściwej formie tj. nie zostały przesłane w formie elektronicznej/ postaci elektronicznej. Zamawiający w dniu 29 lipca 2024 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Viki Bus do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawca ten, w wyznaczonym terminie żądanych dokumentów nie złożył. W związku z powyższym zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c ustawy Pzp, o czym poinformował w piśmie z 16 sierpnia 2024 r.

W dniu 9 sierpnia 2024 r. zamawiający, w oparciu o przepis art. 274 ustawy Pzp wezwał kolejnego w rankingu ofert

wykonawcę FINEZJA do złożenia podmiotowych środków

dowodowych, tożsamy z wymienionymi powyżej oraz wezwał na podstawie art. 252 ust. 2 ustawy Pzp do wyrażenia zgody na wybór oferty po terminie związania ofertą. W tym samym dniu wykonawca FINEZJA przesłał żądane dokumenty, wyrażając zgodę na zawarcie umowy.

Zamawiający w piśmie z 16 sierpnia 2024 r. poinformował odwołującego, że dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez WAFLEX. Jednocześnie wskazał, że wyklucza go z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a co za tym idzie odrzuca jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym wskazał, że stwierdził, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innym wykonawcą tj. firmą Viki Bus porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji poprzez złożenie odrębnych ofert. Na powyższy fakt wskazuje m.in. dwukrotne niezłożenie dokumentów przez firmę Viki Bus, powodujące odrzucenie tej oferty, przez co kolejna w rankingu oferta wykonawcy FINEZJA staje się najkorzystniejszą; obaj wykonawcy posiadają jednakowy adres prowadzenia działalności; złożone przez obie firmy formularze ofertowe są wizualnie bardzo podobne oraz posiadania przez Panią M. P. Pełnomocnictwa do dokonywania czynności w imieniu i na rzecz firmy FINEZJA, poświadczonych przez Notariusza w Chelmie J. P. (reperytorium A nr 3950/2019).

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając 19 sierpnia 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron prezentowane na rozprawie i w pismach procesowych, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało w całości na uwzględnienie.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, zgodnie z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (pkt 2) została złożona przez wykonawcę: (lit a) podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Z kolei zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że 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 wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Wskazać również należy, że pojęcie „wiarygodnych przesłanek”, o których mowa w przepisie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, pojawia się także w Dyrektywie Parlamentu Europejskiej i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę Przyjmuje się, że stwierdzenie zaistnienia „wiarygodnych przesłanek” równoznaczne jest z uprawdopodobnieniem w wysokim stopniu, że doszło do naruszenia zakazu porozumień antykonkurencyjnych. Nie jest zatem wymagane dysponowanie dowodem bezpośrednim, aby można było wykluczyć wykonawcę na tej podstawie. Wystarczającym jest by całokształt okoliczności sprawy pozwalał na racjonalne i logiczne wyprowadzenie wniosku, że doszło do zawarcia umowy przetargowej.

Przy czym skład orzekający w niniejszej sprawie przychylił się do stanowiska prezentowanego w orzecznictwie i doktrynie, że wniosek taki nie może być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć na skutek analizy zaistniałych w sprawie okoliczności (tak w wyroku KIO z 20 listopada 2018 r., sygn. akt KIO 2095/18; wyroku KIO z 25 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2938/22). Zgromadzone w danej sprawie dowody poszlakowe muszą stanowić pewien zbiór faktów, z których łącznie można wyprowadzić jeden tylko wniosek tj. świadczyć o istnieniu umowy przetargowej. W sytuacji zatem kiedy w okolicznościach danej sprawy istnieją inne możliwości uzasadnienia zaistniałych faktów - zastosowanie przepisu art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - jest niedopuszczalne. Zmowa przetargowa jest jednym z najostrzejszych przejawów nieuczciwej konkurencji i o ile nie

sposób wymagać, aby sam wykonawca dostarczył zamawiającemu dowodów bezpośrednich na fakt zaistnienia umowy, to jednak dowody poszlakowe muszą być na tyle silne, by dawały podstawę do sformułowania jednego, nie budzącego żadnych wątpliwości wniosku.

W tym kontekście zwrócić też należy uwagę, że konstrukcja omawianego przepisu wskazuje, że nie ma on charakteru bezwzględnie obowiązującego w tym znaczeniu, że nawet w przypadku, gdy wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy

z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów a złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie podlegają wykluczeniu jeśli wykazą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Co za tym idzie, przed ewentualnym wykluczeniem wykonawców, zamawiający powinien dać szansę uczestnikom postępowania na takie działanie. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zasadnie odwołujący formułuje zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez uniemożliwienie mu złożenia wyjaśnień w zakresie występujących po stronie zamawiającego wątpliwości. Poprzez brak skierowania do wykonawcy FINEZJA takiego wezwania zamawiający pozbawił go tym samym szansy na odniesienie się do kwestii, które zamawiający uznał jako wiarygodne przesłanki, mające świadczyć o zмовie pomiędzy przedsiębiorcami. Powyższe zamawiający powinien był wyjaśnić, zanim podjął decyzję

o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający upatruje wiarygodnych przesłanek na istnienie zмовы przetargowej w tym, że: (1) firma Viki Bus Usługi Transportowe M. P., z którą odwołujący ma pozostawać w zмовie, dwukrotnie nie złożyła dokumentów podmiotowych, co w rezultacie spowodowało odrzucenie oferty tego wykonawcy, zaś kolejna w rankingu oferta odwołującego stała się najkorzystniejszą; (2) obaj wykonawcy posiadają jednakowy adres prowadzenia działalności; (3) złożone przez obie firmy formularze ofertowe są wizualnie bardzo podobne oraz (4) Pani M. P. posiada Pełnomocnictwo do dokonywania czynności w imieniu i na rzecz firmy Finezja P. I., poświadczone przez Notariusza w Chelmie J. P. (repetitorium A nr 3950/2019). Zdaniem Izby powyższe okoliczności nie stanowią wystarczającej podstawy, aby uznać, że jedynym możliwym do wyprowadzenia wnioskiem w niniejszej sprawie jest, że doszło do zakazanego porozumienia między wykonawcami, a zatem brak jest podstaw do tego by stwierdzić, że odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

Wszystkie powyższe okoliczności, o czym świadczy przebieg postępowania odwoławczego i argumentacja przywoływana przez odwołującego, można w sposób logiczny

i wiarygodny wyjaśnić, której to szansy zamawiający odwołującemu w toku prowadzonego postępowania odmówił.

Skład orzekający wziął pod uwagę wyjaśnienia złożone przez odwołującego na rozprawie, który odniósł się do wszystkich, podnoszonych przez zamawiającego w piśmie 16 sierpnia 2024 r. kwestii uznając w pierwszej kolejności, że sam fakt, że Viki Bus na wezwanie zamawiającego nie złożyła wymaganych dokumentów podmiotowych nie jest dowodem na istnienie porozumienia między wykonawcami. Decyzja powyższa mogła być bowiem efektem czystej kalkulacji, podyktowanej względami biznesowymi. Trafnie wskazał odwołujący, że wykonawcy z różnych powodów rezygnują z udziału w postępowaniu pomimo, że wcześniej złożyli swoje oferty. Niejednokrotnie dzieje się tak np. z tego powodu, że już wcześniej podpisali umowę z innym zamawiającym, a nie dysponują wystarczającym potencjałem, aby zawrzeć kolejną. W tym kontekście należy zwrócić także uwagę, że w postępowaniu, którego dotyczy niniejsze postępowanie odwoławcze, zamawiający nie żądał wniesienia wadium. Z tego względu brak złożenia, a następnie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie wiązał się dla wykonawcy z żadnymi konsekwencjami. Dlatego też wykonawca Viki Bus mógł swobodnie, w zasadzie na każdym etapie postępowania, zmienić strategię biznesową i zdecydować się zaangażować posiadane przez siebie zasoby sprzętowe i kadrowe na potrzeby realizacji innego, uzyskanego przez niego zamówienia.

Nie zasługuje też na aprobatę argumentacja zamawiającego, jakoby o celowym działaniu wykonawcy Viki Bus świadczy fakt, że skoro wykonawca ten złożył poprawnie ofertę w postępowaniu i podpisał ją w sposób prawidłowy, następnie popełnia „szkolny” błąd polegający na tym, że przedkłada dokumenty podmiotowe w niewłaściwej formie. Zwrócić należy uwagę, że mamy do czynienia z mikroprzedsiębiorcą (co wynika z oświadczenia złożonego w pkt 7 Formularza oferty), który niejednokrotnie zajmuje się wszystkimi sprawami związanymi z prowadzoną przez siebie działalnością, tym samym może niejednokrotnie popełniać błędy, które zamawiającemu wydają się „szkolnymi” i popełnianymi celowo, a w rzeczywistości wynikają czy to z niezajomości przepisów, braku wiedzy czy po prostu niedostatecznej ilości czasu na załatwienie wszystkich spraw, które mogą skumulować się w danym momencie.

Odnosząc się natomiast do podnoszonych przez zamawiającego kwestii dotyczących tego, że obaj wykonawcy mają ten sam adres prowadzenia działalności, w ocenie Izby nie sposób na tej podstawie stwierdzić faktu istnienia niedozwolonego porozumienia. Odwołujący wyjaśnił na rozprawie, że istniały powiązania powiązania osobiste, w chwili obecnej nie mają jednak miejsca. Powyższe spowodowało, że zarejestrowali oni swoją działalność gospodarczą pod tym samym adresem. Izba wskazuje,

że nawet gdyby takowe powiązania osobiste pomiędzy wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu

o udzielenie zamówienia istniały, to z samego faktu istnienia powiązań rodzinnych czy towarzyskich nie należy wywodzić zawarcia niedozwolonego porozumienia między nimi. Na rynku lokalnym pomiędzy dwoma przedsiębiorcami działającymi w tej samej branży występują siłą rzeczy pewne powiązania i trzeba taką okoliczność traktować w kategoriach zwykłej, możliwej do zaistnienia sytuacji. Nierzadko zdarza się, że wykonawcy tacy konkurują w licznych postępowaniach, w niektórych z nich z kolei występują wspólnie w formie konsorcjów, czasami użyczają sobie zasobów, czy też uczestniczą w realizacji poszczególnych zamówień na zasadach podwykonawstwa. Przy czym w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający nie stwierdził, aby takowe powiązania miały miejsce, toteż powyższy wywód ma wyłącznie na celu wskazanie, że tym bardziej nie wskazuje na istnienie powiązań pomiędzy podmiotami gospodarczymi fakt, że zarejestrowały one swoją działalność pod tym samym adresem.

Izba wzięła pod uwagę dowody przedłożone przez odwołującego, załączone do odwołania w postaci „Protokołu zapytania ofertowego” z dnia 27 listopada 2023 r. prowadzonego w Gminie Stary Brus, z którego wynika, że na zapytanie

skierowane do odwołującego i Viki Bus oba podmioty udzieliły odpowiedzi, a pomimo tego, że wykonawca FINEZJA zaproponował wyższą cenę za świadczenie usług transportowych, wykonawca Viki Bus nie wycofał się z postępowania, zaś jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Z kolei z treści „Informacji z otwarcia ofert” z 14 sierpnia 2023 r. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w tożsamym przedmiocie w roku ubiegłym, podobnie jak w roku bieżącym zarówno odwołujący, jak i Viki Bus złożyli swoje oferty, a pomimo tego zamawiający nie wykluczył z postępowania żadnego z nich. Powyższe świadczy, że na rynku lokalnym wykonawcy ci składają swoje oferty, konkurują ze sobą, a następnie realizują zamówienia publiczne.

Kolejna okoliczność, na którą wskazywał zamawiający, a która to miała świadczyć o tym, że takowe niedozwolone porozumienie pomiędzy wykonawcami zostało zawarte, było rzekome podobieństwo formularzy ofertowych. Przy tym na rozprawie zamawiający uściślił, że stwierdzając owo podobieństwo miał na myśli pogrubienie czcionki w tych samych miejscach i charakterystyczny, jego zdaniem, znak „X” umiejscowiony poniżej kratki w pkt 6 formularza ofertowego. Izba uznała, że z podobieństw tych, jakkolwiek pewne występują, nie sposób wywieść tak daleko idących wniosków, jak to czyni zamawiający. Izba przyjęła wyjaśnienia odwołującego składane na rozprawie, który zwrócił uwagę, że wszyscy wykonawcy posługiwali się tymi samymi wzorami, przekazanymi przez zamawiającego jako

załącznik do SWZ (Formularz oferty stanowił załącznik nr 1 do SWZ). Stąd też zarówno układ załącznika, jego zawartość, niejednokrotnie czcionka są do siebie podobne. Fakt, że dwóch wykonawców uznało, że należy pogrubionej czcionki użyć przy wpisywaniu ceny ofertowej, nie jest ani samo w sobie, ani też biorąc pod uwagę pozostałe okoliczności, które miały miejsce w niniejszej sprawie, przesądzające o zawarciu niedozwolonego porozumienia.

Ostatnim z argumentów, podnoszonych przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego jest fakt posiadania przez Panią M. P. Pełnomocnictwa do dokonywania czynności w imieniu i na rzecz firmy Finezja P. I. poświadczonych przez Notariusza w Chelmie J. P. (repetitorium A nr 3950/2019). Jest to okoliczność niesporna w sprawie, gdyż przyznaje to sam odwołujący wyjaśniając jednak, że to zostało Pani M. P. udzielone w dniu 22 maja 2019 r., kiedy nie prowadziła ona swojej działalności gospodarczej. Dodatkowo na rozprawie odwołujący wyjaśnił, że aktualnie osoba ta nie jest już jego pełnomocnikiem, nie działa w jego imieniu a swoją ofertę złożył i podpisał samodzielnie. Izba uznała te wyjaśnienia za wiarygodne i doszła do przekonania, że i ta okoliczność nie może prowadzić do tak daleko idącego wniosku, jakoby ww. wykonawcy dokonali uzgodnień warunków składanych ofert i zawarli porozumienie ograniczające konkurencję.

Ponownie należy podkreślić, że aby stwierdzić, iż w danych okolicznościach doszło do zмовy pomiędzy przedsiębiorcami musimy mieć do czynienia z taką sytuacją w której, w kontekście zaistniałych w sprawie okoliczności, wniosek o zaistnieniu zмовy przetargowej, jest jedynym logicznym do wyprowadzenia wnioskiem. Tymczasem w sprawie będącej przedmiotem odwołania, zdaniem składu orzekającego, takie okoliczności nie miały miejsca. Wszystkie, podnoszone przez zamawiającego okoliczności, da się w sposób logiczny

i wiarygodny wytłumaczyć, na co jednak zamawiający nie dał odwołującemu szansy.

Podsumowując, zdaniem Izby, w rozpatrywanej sprawie nie zaistniały wiarygodne przesłanki, na podstawie których zamawiający mógłby stwierdzić istnienie zмовy przetargowej, a zatem nie było podstaw do podjęcia przez niego czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Trafione są także zarzuty, że zamawiający w toku postępowania nie podjął nawet próby wyjaśnienia powyżej opisywanych okoliczności, do czego w tym przypadku był zobowiązany. W konsekwencji należy stwierdzić, że przepisy wskazywane przez odwołującego zostały przez zamawiającego naruszone, a odwołanie zasługiwało w całości na uwzględnienie.

Izba zwraca też uwagę, podobnie jak uczyniła to Izba w wyroku z dnia 25 listopada 2022 r., sygn. akt KIO 2938/22, że wykazanie w danej sprawie, iż ziszczyły się przesłanki

wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 5 jest zadaniem trudnym. Zakres postępowania odwoławczego i środki jakimi dysponuje w jego ramach Izba nie są tak szerokie, jak choćby możliwości organów, które są właściwe w sprawach ochrony konkurencji. Dlatego też, pomimo uwzględnienia odwołania w sprawie, Izba nie wyklucza, że ustalenia organów, które dysponują szerszymi kompetencjami w zakresie badania zмов przetargowych, mogłyby być inne. Powyższe nie zmienia faktu, że w ramach postępowania odwoławczego poczynione przez zamawiającego ustalenia, jego argumentacja zawarta w piśmie kierowanym do odwołującego, informującym go o odrzuceniu oferty i wyciągane wnioski są niewystarczające, aby uznać, że dokonana przez niego czynność była prawidłowa.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w związku z § 5 pkt 2 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. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca: