

Sygn. akt: KIO 3667/24

WYROK

Warszawa, dnia 31 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Małgorzata Rakowska
Ewa Sikorska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2024 r. przez wykonawcę „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej VOYAGER” sp. z o.o., ul. Papieża Jana Pawła II 3, 59-800 Lubań,

w postępowaniu prowadzonym przez: Powiat Lubański, ul. Mickiewicza 2, 59-800 Lubań, przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

- wykonawcy Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej sp. z o.o., Baworowo 16F, 59-820 Leśna,
- wykonawcy K.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B.K. F.H.U. BIELAWA, Baworowo 43A, 59-820 Leśna,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu w obu częściach zamówienia: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie ofert wykonawców Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej sp. z o.o. oraz K.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B.K. F.H.U. BIELAWA na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.
- 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 3667/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiat Lubański, ul. Mickiewicza 2, 59-800 Lubań, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług w zakresie publicznego transportu zbiorowego na terenie Powiatu Lubańskiego”, numer referencyjny: IZP.272.4.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.07.2024 r., nr 135/2024 418017-2024.

W dniu 07.10.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy „Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej VOYAGER” sp. z o.o., ul. Papieża Jana Pawła II 3, 59-800 Lubań (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 i art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej sp. z o.o. z siedzibą w Leśnej (dalej „PKS w Leśnej”) oraz K.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FHU Bielawa B.K., ul. Baworowo 43A, 59-820 Leśna (dalej „FHU Bielawa”) w obu częściach zamówienia (tj. w Części 1 i Części 2), pomimo że Zamawiający mógł stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, iż pomiędzy tymi wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności z uwagi na fakt, iż obaj ww. wykonawcy działają na rynku lokalnym jako „Grupa Bieleccy” oraz istnieją pomiędzy nimi na tyle ścisłe powiązania osobowe i majątkowe, które rodzą uzasadnione podejrzenie wspólnego działania w postępowaniu, polegającego w szczególności na złożeniu oddzielnych ofert w

postępowaniu w sytuacji w której podmioty te nie mają uzasadnionego interesu w konkurowaniu między sobą,

2)art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 oraz art. 15c ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), zwanej dalej: „uznk”) w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275), a także art. 101 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa, pomimo iż obie oferty zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zмовie przetargowej,

3)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa, pomimo iż treść ofert obu wykonawców jest niezgodna z dokumentami zamówienia w zakresie, w jakim obaj wykonawcy oferują realizację zamówienia przy pomocy pojazdów zeroemisyjnych niezgodnych z wymaganiami określonymi w SWZ.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„VII. Zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia ofert PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. (...)

4. Skoro złożenie ofert przez podmioty należące do grupy kapitałowej jest zawarciem porozumienia, które ma na celu zakłócenie konkurencji, co wynika wprost z porównania początkowego i końcowego fragmentu art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, to złożenie ofert przez podmioty powiązane w podobny sposób również powinno być tak interpretowane.

5. Innymi słowy, złożenie ofert w tym samym postępowaniu przez podmioty tak ściśle powiązane i współpracujące ze sobą stanowi wystarczająco „wiarygodną przesłankę” do tego, że oferty te zostały złożone w porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji. Przy czym art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP nie wymaga od Zamawiającego udowodnienia zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Zgodnie z treścią tego przepisu wystarczy bowiem oparcie się na wiarygodnych przesłankach, że do zawarcia takiego porozumienia doszło.

6. W Postępowaniu istnieją poważne i wiarygodne przesłanki wskazujące na to, iż wykonawcy PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa zawarli ze sobą porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji.

7. Pani A.B., będąca jedynym wspólnikiem i jedynym członkiem zarządu PKS w Leśnej i Pan K.B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FHU Bielawa K.B. są małżeństwem. Podkreślenia wymaga, iż na rynku lokalnym obaj wykonawcy działają jako „Grupa Bieleccy” co, w powiązaniu z przytoczonymi powyżej okolicznościami, w ocenie Odwołującego wskazuje na istnienie pomiędzy nimi powiązań co najmniej takich, jakie charakteryzują grupę kapitałową.

8. Okoliczności wskazujące na bardzo ścisłą współpracę wskazującą na prowadzenie wspólnej (a nie konkurencyjnej) działalności przez oboje małżonków, a co za tym idzie przez obu wykonawców tj. PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa, a w konsekwencji na zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji są następujące:

a.Pani A.B., zgodnie z oświadczeniem złożonym w KRK, zamieszkuje pod tym samym adresem, pod którym Pan K.B. prowadzi działalność gospodarczą: (...)

b.Oba podmioty prowadzą działalność pod wspólnym szyldem „Grupa Bieleccy”, co podkreślają na swoich stronach internetowych i w ramach tej grupy ściśle ze sobą współpracują, na co wskazują następujące okoliczności:

i.Obaj wykonawcy posiadają infolinię o tym samym numerze.

Dowód: linki do stron:

[.pl/busy-zgorzelec.html](http://busy-zgorzelec.html)

ii.Na stronie należącej do męża (FHU Bielawa) znajduje się adres i numer konta spółki żony (PKS w Leśnej), wraz z informacją, iż na to konto należy wpłacać opłaty za bilety miesięczne,

Dowód: link do strony:

<https://bieleccybus.pl/przewozy-pracownicze-niemcy.html>

iii.W różnych postępowaniach o zamówienie publiczne obaj wykonawcy tj. FHU Bielawa oraz PKS w Leśnej oświadczają, iż są właścicielami tych samych pojazdów, co oznacza, że posiadają wspólny majątek i wspólnie wykorzystują go do realizacji zamówień. Dotyczy to m.in. następujących pojazdów: DLBWC60, DLBXR81, DLBLH6; wykorzystywanych również w Postępowaniu (...)

iv.Na stronach internetowych obu wykonawców widnieje pojazd o tych samych numerach rejestracyjnych: Setra-S515-HD WGM 76466

Dowód: linki do stron:

<https://pkslesna.nasza-flota/>

W postępowaniach prowadzonych w okolicznych gminach PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa (poza jednym wyjątkiem, w którym również doszło do niedozwolonego porozumienia) nigdy nie konkurują ze sobą. Ofertę składa zawsze tylko jeden z wykonawców. Dla przykładu: w przetargach organizowanych przez Gminę Leśna oferty składa wyłącznie FHU Bielawa K.B., mimo iż PKS w Leśnej ma również siedzibę w Leśnej i jest to jego teren działalności; w

Gminie Węgliniec ofertę przetargów przetargach składa wyłącznie PKS w Leśnej i nie konkuruje z FHU Bielawa, w Gminie Sulików ofertę w przetargach składa wyłącznie PKS w Leśnej i nie konkuruje z FHU Bielawa. W pozostałych gminach małżonkowie składają oferty na zmianę, również nie konkurując ze sobą.

vi. W postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lubań, którego przedmiotem był „Przewóz uczniów do szkół na terenie Gminy Lubań w oparciu o komunikację regularną na podstawie ulgowych biletów miesięcznych w roku szkolnym 2024/2025” Pan K.B. podpisał i złożył dwa oświadczenia na druku firmowym PKS w Leśnej pomimo iż w tym postępowaniu ofertę złożył FHU Bielawa, a nie PKS w Leśnej. Powyższe potwierdza ścisłą współpracę obu wykonawców przy składaniu ofert i możliwość korzystania z zasobów obu firm. (...)

c. Ponadto, istnieje szereg okoliczności, które wskazują, iż małżonkowie współpracowali również przy złożeniu ofert w przedmiotowym postępowaniu.

i. FHU Bielawa (działalność męża) jako adres e-mail do kontaktu wskazało w ofercie., który, jak wynika z odpisu z KRS złożonego w toku postępowania przez PKS w Leśnej, należy do PKS w Leśnej (spółki żony). Powyższe oznacza, iż wszystkie informacje przekazywane przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu (w tym wezwania do wyjaśnień) kierowane do FHU Bielawa trafiały również bezpośrednio do wiadomości PKS w Leśnej. (...)

ii. Jak wynika z danych zawartych w plikach stanowiących ofertę, obie oferty zostały sporządzone i wysłane z tego samego komputera.

iii. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez obu wykonawców, pomimo widocznego starania, aby wyglądały inaczej, zawierają bardzo podobne sformułowania i argumenty.

9. Podsumowując, tak ścisłe powiązania istniejące pomiędzy FHU Bielawa oraz PKS w Leśnej wskazują, iż małżonkowie, składając oferty w Postępowaniu, działali w porozumieniu.

10. Jak wynika z orzecznictwa zarówno KIO jak i Sądu Okręgowego w Warszawie do ziszczenia się przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp wystarczające jest oparcie się przez Zamawiającego na wiarygodnych przesłankach zaistnienia porozumienia pomiędzy wykonawcami. (...)

11. Okoliczność pozostawiania przez wykonawców w tej samej grupie kapitałowej nie będzie stanowiło przesłanki wykluczenia, jeżeli wykonawcy wykażą, że przygotowali oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Zarówno FHU Bielawa jak i PKS w Leśnej mając świadomość istniejących pomiędzy nimi powiązań, nie tylko oświadczyli, że nie należą do tej samej grupy kapitałowej, lecz również nie podjęli nawet próby wykazania, iż przygotowali swoje oferty niezależnie od siebie. Przy czym w przypadku podmiotów powiązanych, w przeciwieństwie do Zamawiającego, podmioty te zobowiązane są do „wykazania” że przygotowały oferty niezależnie od siebie. Podkreślenia wymaga, że o ile przepis art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, iż zamawiający może na podstawie wiarygodnych przesłanek stwierdzić zawarcie niedozwolonego porozumienia przez wykonawców i wykluczyć ich z postępowania, to przyznane wykonawcom prawo do skutecznego zanegowania takiego uprawnienia zamawiającego uzależnione jest już od „wykazania” wskazanych w tym przepisie okoliczności. „Wykazanie” - w odróżnieniu od uzyskania „wiarygodnych informacji” jest natomiast niczym innym, niż udowodnieniem dowolnymi środkami dowodowymi zajęcia takich okoliczności (...).

12. Podkreślenia wymaga, iż małżonkowie nie złożyli żadnych wyjaśnień.

13. Analiza ofert złożonych przez PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa wskazuje na to, iż wykonawcy działali z zamiarem ograniczenia konkurencji. Już samo złożenie dwóch ofert w Postępowaniu znacząco zwiększa szansę obu wykonawców, działających w porozumieniu, na uzyskanie zamówienia, zakłócając uczciwą konkurencję. (...)

14. Zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert, Zamawiający ocenił m.in.

K = koszt realizacji usługi,

R = maksymalną wysokość rekompensaty.

15. Przy czym cena jaką zapłaci Zamawiający za realizację zamówienia jest wskazana przez wykonawców w ofertach wyłącznie jako „maksymalna wysokość rekompensaty”. Zamawiający nie będzie płacił za „koszt realizacji usługi”, który służył jedynie jako kryterium oceny ofert.

16. Zamawiający zamawia wykonanie usługi autobusami w ilości:

część 1 - 441 082 wozokilometrów i jest w stanie dopłacić rekompensatę maksymalnie po 3,34 zł za każdy wozokilometr, czyli w sumie kwotę 1 473 213,88 zł,

część 2 - 526 355,85 wozokilometrów i jest w stanie dopłacić rekompensatę maksymalnie po 3,34 zł za każdy wozokilometr, czyli w sumie kwotę 1 758 028,54 zł.

17. PKS w Leśnej zaoferował:

w części 1:

• koszt realizacji usługi - 4,20 zł brutto (3,89 zł netto) czyli $4,20 \times 441\,082 \text{ wzk} = 1\,852\,544,40 \text{ zł}$ - parametr nie stanowiący ceny oferty;

•maksymalną wysokość rekompensaty 1,3 zł za 1 wzkm, łącznie 573 406,60 zł - faktyczna cena oferty.

w części 2:

•koszt wykonania usługi - 4,20 zł x 526 355,85 wzkm = 2 210 694,57 zł - parametr nie stanowiący ceny oferty;

•maksymalną wysokość rekompensaty - 1,3 zł x 526 355,85 wzkm = 684 262,61zł - faktyczna cena oferty;

łączna oczekiwana rekompensata w obu częściach: 1 257 669,21 zł.

18. FHU Bielawa zaoferował w obu częściach:

•koszt wytworzenia usługi na poziomie 4,1 zł brutto (3,80 zł netto), parametr nie stanowiący ceny oferty;

•rekompensaty w kwocie 2,34 zł do 1 wzkm, co daje odpowiednio

część 1

- 2,34z x 441 082,00 wzkm = 1 032 131 ,88 zł - faktyczna cena oferty

część 2

- 2,34 zł x 526 355,85 wzkm = 1 231 672,69 zł - faktyczna cena oferty

łączna oczekiwana rekompensata w obu częściach: 2 263 804,57 zł.

19. Odwołujący zaoferował:

•koszt wytworzenia usługi na poziomie 4,97 brutto (4,60zł netto) parametr nie stanowiący ceny oferty;

•rekompensaty w kwocie:

•2,2 zł (część 1) i 2,8 zł (część 2) do 1 wzkm, co daje odpowiednio

część 1

- 2,2 zł x 441 082,00 wkm = 970 380,40 złotych - faktyczna cena oferty

część 2

- 2,78 zł x 526 355,85 wkm = 1 463 269,26 złotych - faktyczna cena oferty

20. Jak wynika z powyższego zestawienia rekompensata zaoferowana przez Odwołującego i FHU Bielawa jest zbliżona:

a.Dla części 1 zamówienia są to kwoty odpowiednio 2,20 zł (Odwołujący) oraz 2,34 zł (FHU Bielawa) - Odwołujący otrzymał mniej punktów w kryterium kosztu realizacji, dlatego jego oferta uplasowała się na trzeciej pozycji.

b.Dla części 2 zamówienia są to kwoty odpowiednio 2,78 zł (Odwołujący) oraz 2,34 zł (FHU Bielawa)

21. Natomiast PKS w Leśnej zaoferowało rekompensatę w wysokości 1,3 zł w obu częściach, co powoduje, że oferta tego wykonawcy jest o 40.91% i 54,7 % tańsza od oferty Odwołującego oraz o 44,44% tańsza od oferty (FHU Bielawa).

22. Oferta PKS w Leśnej zawiera najniższą cenę (najniższą oczekiwaną rekompensatę) odbiegającą od pozostałych cen w przetargu. Biorąc pod uwagę analizę cen na lokalnym rynku, oferta z tak niską ceną gwarantowała de facto uzyskanie zamówienia. Jednocześnie, gdyby w przetargu zostały złożone tylko dwie oferty, to PKP w Leśnej mogłoby nie podpisać umowy lub doprowadzić do odrzucenia swojej oferty co zapewniłoby uzyskanie zamówienia przez FHU Bielawa w znacznie korzystniejszej cenie. Złożenie dwóch ofert, jednej z ceną bardzo niską, a drugiej z ceną rynkową, zabezpieczało małżeństwo wykonawców działających w porozumieniu przed sytuacją, w której tańsza oferta, tj. oferta PKS w Leśnej zostałaby odrzucona jako oferta z rażąco niską ceną. W takiej sytuacji zamówienie dostałby mąż K.B. działający pod firmą FHU Bielawa i realizowałby zamówienie po dużo korzystniejszej cenie. Różnica pomiędzy ofertami PKS w Leśnej a FHU Bielawa wynosi bowiem sumarycznie 1 006 135,36 zł.

23. Jednocześnie, składanie ofert przez PKS w Leśnej w tak niskiej cenie nakierowane jest na wyeliminowanie Odwołującego z rynku, o czym szerzej w pkt VIII Odwołania.

VIII. Zarzuty dotyczące czynu nieuczciwej konkurencji.

(...) 5. W pkt VII odwołania, Odwołujący szeroko opisał, okoliczności wskazujące na zawarcie pomiędzy małżonkami w Postępowaniu niedozwolonego porozumienia. W tym miejscu Odwołujący ponawia wszystkie okoliczności i dowody wskazane w pkt VII odwołania mające na celu wykazanie ścisłej współpracy pomiędzy PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa a także wystąpienia zmowy przetargowej.

6. Analiza zachowania PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa w postępowaniach na lokalnym rynku na przestrzeni ostatnich miesięcy, w tym oferowanych cen wskazuje, iż porozumienie to ma na celu wykluczenie Odwołującego z rynku.

7. Wskazują na to m.in. następujące okoliczności:

a.W postępowaniach prowadzonych przez gminy, które pozostają poza zasięgiem działania Odwołującego, przy analogicznym koszcie wykonywania usług, ceny oferowane przez PKS w Leśnej lub FHU Bielawa, są znacznie wyższe od cen oferowanych w postępowaniach w których ofertę składa Odwołujący.

b.W postępowaniach prowadzonych przez gminy, które pozostają poza zasięgiem działania Odwołującego PKS w Leśnej lub FHU Bielawa nie składają równocześnie ofert wzajemnie konkurujących, a w przypadkach gdy zamawiający dokonuje podziału zadań na części - dzielą się rynkiem (przykład - przetarg Bogatynia).

8. Niemniej jednak, wszystkie opisane powyżej okoliczności, wskazują jednoznacznie, iż oferty złożone przez PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa w obu częściach zamówienia zostały złożone w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, a

tym samym podlegają odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

IX. Zarzuty dotyczące niezgodności ofert PKP w Leśnej oraz FHU Bielawa z treścią SWZ

1. Ze złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, zarówno przez PKP w Leśnej jak i FHU Bielawa wynika, iż obaj wykonawcy zamierzają realizować zamówienie niezgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego SWZ, a w konsekwencji oferty przez nich złożone powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

2. W treści Załącznika nr 1 do Umowy, w pkt 2. Parametry techniczne autobusów (Tabela nr 1): ppkt 2.2. Klasa emisji hałasu i czystości spalin* Zamawiający wskazał, iż:

„*Zamawiający wymaga, aby udział autobusów wykorzystujących do napędu paliwa alternatywne, w całkowitej liczbie autobusów objętych niniejszym zamówieniem wynosił co najmniej 32%, z zastrzeżeniem że połowa tego udziału ma być osiągnięta przez autobusy zeroemisyjne.”

3. Na stronach od 1 do 6 Zamawiający wskazał jakie pojazdy są dopuszczone do realizacji usługi. Wynika z tego, że są trzy klasy pojazdów A, A1 i C, przy czym tylko klasa C dotyczy busów od 14 miejsc siedzących, pozostałe mają mieć minimum 25 siedzących, a łącznie ze stojącymi minimum 40. (...)

5. To oznacza, że wymóg zastosowania taboru zeroemisyjnego dotyczy wyłącznie autobusów w kategorii M3. Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia 2018/858: kategoria M3: pojazdy silnikowe o masie maksymalnej przekraczającej 5 ton, mające więcej niż osiem miejsc siedzących poza miejscem siedzącym kierowcy niezależnie od tego, czy w tych pojazdach silnikowych mogą znajdować się miejsca dla pasażerów stojących. (...)

6. Tymczasem zgodnie z kosztorysami zawartymi w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, a także dokumentacją załączoną do wyjaśnień RNC obaj wykonawcy oświadczyli, iż pojazdy elektryczne, którymi zamierzają realizować zamówienie, to pojazdy poniżej DMC 5t.

a. PKS w Leśnej - wskazało iż będą to samochody MAN TGE 3.140e - o DMC 3,5t;

b. PHU Bielewa - wskazało Mercedesy Sprinter - o DMC 3,5t;

7. Obydwa rodzaje pojazdów nie spełniają zatem wymagania dostosowania taboru do wymogów ustawy o elektromobilności, co w konsekwencji oznacza niezgodność treści ofert z treścią SWZ.

8. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO i SO wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oraz wskazany w nich sposób realizacji zamówienia, stanowią integralną część złożonej oferty. (...)

9. Wobec powyższego, oferty PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa, którzy oferują wykonanie zamówienia przy pomocy pojazdów zeroemisyjnych niespełniających wymagań postawionych przez Zamawiającego w SWZ, podlegają odrzuceniu jako niezgodne z treścią dokumentów zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.”

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,
- 3) odrzucenia ofert PKS w Leśnej oraz FHU Bielawa w obu częściach zamówienia,
- 4) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili:

- Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej sp. z o.o., Baworowo 16F, 59-820 Leśna (dalej: „Przystępujący PKS Leśna”),
- K.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą B.K. F.H.U. BIELAWA, Baworowo 43A, 59-820 Leśna (dalej: „Przystępujący Bielawa”).

Izba stwierdziła, że przystąpienia obu wykonawców zostały dokonane skutecznie.

W dniu 14.10.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 14.10.2024 r. Odwołujący złożył dowody w sprawie. Ponadto Przystępujący PKS w Leśnej pismem z dnia 18.10.2024 r., zaś Przystępujący Bielawa pismem z dnia 27.10.2024 r. przedstawili swoją argumentację wraz z dowodami. W trakcie posiedzenia Odwołujący i obaj Przystępujący złożyli kolejne dowody.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

ZARZUT 1

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę:

5) 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.

Przytoczony wyżej art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 4 pkt d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (dalej „dyrektywa klasyczna”) o treści: Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji: jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji. Po pierwsze zatem, należy zwrócić uwagę, że zarówno ustawodawca unijny, jak i polski posługują się niedookreślonym sformułowaniem „zakłócenia konkurencji”, co oznacza, że w grę mogą wchodzić różnego rodzaju niesprecyzowane w ww. przepisach działania bądź zaniechania wykonawców, które w danym stanie faktycznym „zakłócają konkurencję”. Po drugie, niedopuszczalność takiego porozumienia ma wynikać z celu jego zawarcia, a nie ze skutku. Tym samym samo zawarcie porozumienia, którego celem jest zakłócenie konkurencji czyni go niedozwolonym, bez względu na to czy ostatecznie wykonawcom uda się osiągnąć oczekiwany skutek. Po trzecie, zawarcie takiego porozumienia zamawiający może stwierdzić na podstawie „wiarygodnych przesłanek”, co oznacza że zamawiający nie musi dysponować w tym zakresie dowodami, ale może oprzeć swoją ocenę na okolicznościach, które w danym stanie faktycznym wskazują na zawarcie niedozwolonego porozumienia. Powyższe jest szczególnie istotne z uwagi na charakter omawianych porozumień, które z natury rzeczy są utrzymywane w poufności, dlatego wymóg uzyskania „twardych” dowodów na ich zawarcie czyniłby przepisy martwymi i w efekcie ułatwiałby wykonawcom zakłócanie konkurencji zamiast powodować ich wykluczenie z postępowania.

W niniejszej sprawie pierwszą z przesłanek wskazujących na zawarcie niedozwolonego porozumienia między Przystępującymi jest fakt, że prywatnie są oni małżeństwem. Izba zna przy tym orzeczenia, zgodnie z którymi same powiązania rodzinne między wykonawcami nie świadczą o zawarciu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji i nie zamierza dorobku tego orzecznictwa kwestionować. Niemniej jednak w niniejszym stanie faktycznym pozostawanie przez Przystępujących w związku małżeńskim nie jest jedyną przesłanką wskazującą na zawarcie przez nich niedozwolonego porozumienia, o czym mowa będzie w dalszej części uzasadnienia.

W tym miejscu należy natomiast odnieść się do argumentacji obojga Przystępujących dotyczącej faktu, że w 2013 r. zawarli oni umowę ustanawiającą w ich małżeństwie rozdzielność majątkową. Zdaniem Izby umowa taka nie przesądza o braku porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Należy zauważyć, że rozdzielność majątkowa skutkuje powstaniem odrębnych majątków męża i żony, co w efekcie chroni jednego małżonka przed odpowiedzialnością za długi drugiego małżonka, stąd też jest często ustanawiana w przypadku osób prowadzących działalność gospodarczą jako rodzaj zabezpieczenia przed ryzykami wynikającymi z tej działalności. Instytucja ta jednak nie wyłącza stosowania art. 23 kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 2809 ze zm.), zgodnie z którym małżonkowie są obowiązani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wierności oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którą przez swój związek założyli. Instytucja ta nie wyłącza także stosowania przepisów o dziedziczeniu. O ile zatem po ustanowieniu rozdzielności majątkowej dochodzi do wyodrębnienia majątków męża i żony, o tyle nie wpływa to na kwestię spadkobrania oraz obowiązek wzajemnej pomocy i współdziałania na rzecz wspólnie założonej rodziny. W konsekwencji rozdzielność majątkowa nie wyklucza całkowicie wzajemnych powiązań finansowych między małżonkami, choćby w zakresie prowadzenia wspólnego gospodarstwa domowego, wspierania się w razie potrzeby (również finansowo) w codziennym życiu, czy dbania o majątki odrębne, które po śmierci jednego z małżonków podlegają dziedziczeniu na zasadach ogólnych. Tym samym nie można zgodzić się z argumentacją Przystępujących, że wskutek ustanowienia rozdzielności majątkowej nie mają oni żadnego wspólnego interesu finansowego i nie mogło dojść między nimi do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła zatem, że pozostawanie obojga Przystępujących w związku małżeńskim stanowi jedną z przesłanek zawarcia niedozwolonego porozumienia uwiarygodnioną dodatkowymi przesłankami, takimi jak:

1) Działalność Przystępujących oznaczana na stronach internetowych jako „Grupa Bieleccy” stwierdzona na podstawie złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci zrzutów ekranu ze stron internetowych obu Przystępujących. Z

dowodów tych wynika, że Przystępujący jako „Grupa Bieleccy” prowadzą wspólną infolinię, mają ten sam numer konta do wpłat za bilety miesięczne i korzystają z tego samego pojazdu (WGM 76466). Wprawdzie z dowodu przedstawionego przez Przystępującego PKS Leśna wynika, że Przystępujący Bielawa sprzedał swoje udziały w spółce Bieleccy sp.j., ale pomijając już nawet brak dołączenia dowodu w postaci umowy spółki na potwierdzenie dopuszczalności dokonania takiej czynności (art. 10 § 1 i 2 kodeksu spółek handlowych), przede wszystkim uwagę zwraca termin, w którym Przystępujący Bielawa dokonał tej sprzedaży. Należy bowiem zauważyć, że umowa sprzedaży udziałów została zawarta 16.08.2024 r., tj. 4 dni przed upływem terminu składania ofert. Tym samym Przystępujący mieli dość czasu na przygotowanie w porozumieniu swoich ofert (publikacja ogłoszenia w dniu 12.07.2024 r.) i jedynie w celu uniknięcia podejrzeń o „działanie w zмовie” mogli postanowić tuż przed otwarciem ofert sprzedać udziały jednego z nich w spółce Bieleccy sp.j. Bez względu jednak na to, jakie były intencje Przystępującego Bielawa w zakresie sprzedaży udziałów, z pewnością nie stanowiło to przeszkody w uzgodnieniu cen i warunków obu ofert zarówno w ramach małżeństwa, jak i w ramach innych form prowadzenia przez Przystępujących działalności gospodarczej (poza PKS w Leśnej sp. z o.o. i F.H.U. Bielawa jest jeszcze Aga-Travel Bielecka Agnieszka i do niedawna Bieleccy sp.j.), jak też nie zmienia faktu istnienia w dalszym ciągu w praktyce „Grupy Bieleccy”, o czym świadczą strony internetowe, czy logo na autobusach. Na marginesie należy zauważyć, że na tak szybkie zbywanie udziałów zwrócił uwagę także UOKiK w przedłożonej jako dowód przez Odwołującego decyzji z dnia 11.10.2017 r., w której nałożono m.in. na Przystępującego Bielawa karę pieniężną za zawarcie niedozwolonego porozumienia w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Zgorzelec („Nadmienić należy, iż swoje udziały Pan K.B. zbył dopiero dzień przed otwarciem ofert w niniejszym postępowaniu”).

- 2) Złożenie przez Przystępującego Bielawa w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lubań wykazów dotyczących niekaralności i kwalifikacji kierowców na papierze firmowym Przystępującego PKS Leśna. Powyższe świadczy nie tylko o współpracy Przystępujących, ale przede wszystkim o bardzo bliskich powiązaniach wszystkich prowadzonych przez nich w różnych formach działalności w zakresie transportu, które zazębiają się i przenikają w codziennym biznesowym funkcjonowaniu w sposób wykraczający poza zwykłą rynkową współpracę.
- 3) Złożenie przez Przystępującego Bielawa w postępowaniach prowadzonych przez Gminę Lubań, Gminę Bogatynia i Gminę Leśna wykazów, w których wskazał on jako własne m.in. pojazdy o numerach rejestracyjnych: DLB XR81, DLB WC60 i DLB LH62, które zostały także wskazane w wykazie złożonym w niniejszym postępowaniu przez Przystępującego PKS Leśna (wszystkie wykazy złożone jako dowody przez Odwołującego). Pojazdy te nie zostały wpisane do złożonej jako dowód przez Przystępującego PKS Leśna ewidencji środków trwałych za 2024 r. (brak w nim pojazdów o numerach VIN wskazanych w ww. dowodach rejestracyjnych), ale należy zauważyć, że ewidencja nosi datę 17.09.2024 r., natomiast ze złożonych przez Odwołującego dowodów w postaci raportów ze strony wynika, że ostatnia zmiana właściciela w przypadku pojazdów o numerach rejestracyjnych DLB LH62 i DLB WC60 miała miejsce odpowiednio w dniu 12.08.2024 r. i 31.08.2024 r. (Odwołujący nie złożył raportu dla pojazdu DLB XR81, za to złożył dwa raporty dla pojazdu DLB WC60). Wykorzystując wszystkie trzy ww. pojazdy Przystępujący PKS Leśna realizuje obecnie usługę transportową dla Zamawiającego i stanowią one jego własność, co potwierdzają złożone przez niego dowody rejestracyjne. Z kolei Przystępujący Bielawa twierdzi, że wskazał je w składanych przez siebie wykazach przez pomyłkę. Dodatkowo zaś obaj Przystępujący zapewniają, że posiadają flotę pojazdów wystarczającą do tego, by samodzielnie spełniać warunki udziału w postępowaniu, na dowód czego złożyli ww. ewidencję środków trwałych za 2024 r. (Przystępujący PKS Leśna) oraz wykaz posiadanych pojazdów (Przystępujący Bielawa). Dodatkowo na posiedzeniu Odwołujący złożył wykazy środków transportu przedłożonych przez Przystępującego Bielawa w postępowaniach prowadzonych przez Gminę Lubań i Gminę Leśna wraz ze zdjęciami pokazującymi te pojazdy w trakcie realizacji usług przez Przystępującego PKS Leśna, przy czym wszystkie pojazdy są opatrzone logo: „Bieleccy”. Podsumowując ten wątek wzajemnych powiązań Izba stwierdziła, że świadczą one ponownie o w istocie wspólnym prowadzeniu działalności gospodarczych przez obu Przystępujących bez względu na to, który(-a) z nich formalnie działa w której formie prawnej. Choćby omyłkowe wpisywanie do wykazów przez Przystępującego Bielawa ww. pojazdów (DLB XR81, DLB WC60 i DLB LH62) jako własnych potwierdza wzajemne przenikanie się działalność obu Przystępujących (choć nie sposób zweryfikować na podstawie złożonych dowodów, do kogo pojazdy te należały przed ostatnią zmianą właściciela). Niemniej jednak to, że Przystępujący z jednej strony twierdzą, że są w stanie samodzielnie spełnić warunki bez korzystania z potencjału drugiego podmiotu (małżonka), a z drugiej strony obaj w różnych postępowaniach wykazują ww. pojazdy jako własne dowodzi, że w ramach prowadzonych przez nich działalności gospodarczych ww. zasoby są w praktyce traktowane jako wspólne i Przystępujący nie zadają sobie trudu, żeby rozdzielić korzystanie z nich zgodnie z formalną przynależnością do PKS w Leśnej albo do F.H.U. Bielawa. Powyższa sytuacja ponownie prowadzi do wniosku, że współpraca między Przystępującymi wykracza poza zwykłą współpracę podmiotów gospodarczych na rynku.
- 4) Podanie przez Przystępującego Bielawa w ofercie adresu do kontaktu, który jest tożsamy z adresem wpisanym w

informacji z KRS Przystępującego PKS Leśna. Przystępujący PKS Leśna twierdzi, że adres ten został wpisany do KRS przez założyciela spółki w dniu 13.08.2013 r., tj. przed zakupieniem udziałów w tej spółce w dniu 30.10.2013 r. przez Panią A.B., która ustanowiła nowy adres. Po pierwsze zatem należy zauważyć, że nawet jeśli to nie na wniosek Pani A.B. został w KRS dokonany wpis z adresem, to sądząc po słowach użytych w tym adresie był to prawdopodobnie ktoś związany z działalnością F.H.U. BIELAWAK.B., czyli z Przystępującym Bielawa (mężem). Po drugie, bez względu na to, od kiedy funkcjonuje nowy adres e-mailowy Przystępującego PKS Leśna (z informacji pełnej KRS spółki Przedsiębiorstwo Komunikacji Samochodowej w Leśnej sp. z o.o. wynika, że do KRS został wpisany dopiero w dniu 18.10.2024 r., ale nie wiadomo, jak długo trwał proces dokonywania wpisu), faktem pozostaje, że korespondencja Zamawiającego z Przystępującym Bielawa kierowana na adres b. docierała także do Przystępującego PKS Leśna. Powyższa sytuacja stanowi kolejne potwierdzenie, że rozdzielenie działalności gospodarczych obojga Przystępujących ma wymiar jedynie formalny, natomiast w praktyce w różnych aspektach prowadzą oni działalność wspólnie w sposób, który nie może być uznany za zwykłą współpracę niezależnie działających przedsiębiorców.

Opisane wyżej okoliczności wraz z faktem pozostawiania przez Przystępujących w związku z małżeńskim stanowią wiarygodne przesłanki zawarcia przez nich porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Powyższego nie zmienia, w ocenie Izby, fakt wystawiania sobie nawzajem przez Przystępujących faktur za pośredniczenie w sprzedaży biletów, za najem pojazdów, czy za usługi warsztatowe. Przystępujący prowadząc formalnie odrębne działalności gospodarcze w różnych formach prawnych muszą przynajmniej częściowo w jakiś sposób dokumentować swoją współpracę, a być może - zgodnie z argumentacją Odwołującego - ma to też na celu optymalizację podatkową. Zatem złożone przez Przystępujących dowody w postaci takich faktur, zwłaszcza w świetle wyżej opisanych okoliczności, nie potwierdzają prowadzenia przez nich zwykłej, normalnej na rynku współpracy między przedsiębiorcami, braku nastawienia Przystępujących na osiągnięcie wspólnego celu finansowego i w konsekwencji nie oznaczają braku podstaw do stwierdzenia zawarcia przez nich niedozwolonego porozumienia. Na marginesie należy zauważyć, że dwie z tych faktur złożone przez Przystępującego PKS Leśna jako dowód 9.2. i 9.4. zostały wystawione dla AGA-TRAVEL A.B., czyli dla podmiotu w ogóle nie uczestniczącego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia i w postępowaniu odwoławczym. Taka pomyłka w materiałach dowodowych ponownie świadczy, zdaniem Izby, o tym że wszystkie działalności gospodarcze Przystępujących w różnych formach prawnych przenikają się wzajemnie, są w praktyce prowadzone wspólnie, bez rozróżnienia który podmiot, w której formie prawnej jest prowadzony przez którego z małżonków, które zasoby do kogo należą i które dokumenty powinny wobec tego potwierdzać określony stan prawny.

Jednocześnie odnosząc się do dalszej argumentacji Przystępujących należy także zauważyć, że rzeczywiście w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp obaj Przystępujący złożyli wyjaśnienia dotyczące kalkulacji cen ich ofert, podczas gdy w przypadku większości niedozwolonych porozumień „modus operandi” polega na niezłożeniu wyjaśnień lub niezpełnieniu wymaganych przez zamawiającego dokumentów przez wykonawcę, który złożył ofertę z niższą ceną. Należy jednak zwrócić uwagę, że takie zachowanie (niezłożenie lub niezpełnienie dokumentów) w określonych okolicznościach uchodzi za klasyczny przejaw zawarcia tzw. „złoty przetargowej”. Zatem wobec faktu pozostawiania Przystępujących w związku z małżeńskim i prowadzenia przez nich tożsamej działalności gospodarczej na tym samym rynku lokalnym, ewentualne niezłożenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez Przystępującego PKS Leśna zwiększałoby podejrzenia dopuszczenia się przez nich niedozwolonego porozumienia. Przystępujący nie mogli pozwolić sobie na takie ryzyko, zwłaszcza wobec faktu, że jak wynika ze złożonego przez Odwołującego i wspomnianego już wyżej dowodu w postaci decyzji UOKiK nr RWR 6/2017 z dnia 11.10.2017 r., na Przystępującego Bielawa (męża) oraz spółkę jawną Bieleccy, której współnikiem jest Pani A.B. (żona i jednocześnie jedyny wspólnik i członek zarządu Przystępującego PKS Leśna) w 2017 r. zostały nałożone kary pieniężne z powodu naruszenia zakazu określonego w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. z powodu zawarcia porozumienia, którego celem lub skutkiem było 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. Należy założyć, że będąc już w przeszłości ukaranymi za niedozwolone porozumienie naruszające konkurencję, Przystępujący starają się zachować większą ostrożność i nie podejmować działań zwiększających ryzyko ponownego stwierdzenia przez właściwe organy istnienia między nimi takiego porozumienia. Dlatego Przystępujący PKS Leśna złożył wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które na dalszym etapie Zamawiający mógł uznać za niewystarczające, co skutkowałoby odrzuceniem oferty (w wariantcie korzystniejszym finansowo dla Przystępujących) albo mógł uznać za wystarczające i wybrać ofertę jako najkorzystniejszą (w wariantcie mniej, ale jednak nadal korzystnym dla Przystępujących). Każdy z przedstawionych wariantów był więc dla Przystępujących korzystny z punktu widzenia ich wspólnego celu finansowego, przy czym wariant z odrzuceniem oferty

Przystępującego PKS Leśna jako zawierającej cenę rażąco niską byłby szczególnie korzystny, gdyż nie tylko skutkowałby uzyskaniem zamówienia, ale w dodatku skutkowałby uzyskaniem tego zamówienia za wyższą cenę.

Niezależnie od kwestii złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny należy także zauważyć, że sam fakt złożenia ofert w jednym postępowaniu przez obu mających w istocie wspólny cel ekonomiczny i działających razem wykonawców, stanowi czynnik zwiększający szanse na uzyskanie zamówienia i osiągnięcia wspólnej korzyści finansowej bez względu na to, którego z nich oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza.

Wszystkie opisane wyżej okoliczności: takie jak: pozostawanie w związku małżeńskim, co (mimo rozdzielności majątkowej) wiąże się z nastawieniem na osiągnięcie wspólnych korzyści, także finansowych, korzystanie z tego samego papieru firmowego i adresu e-mail oraz z tych samych pojazdów wykazywanych przez obu Przystępujących jako własność, stanowią łącznie wiarygodne przesłanki zawarcia przez nich porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a polegającego na ustaleniu złożenia ofert przez obu Przystępujących z cenami dającymi szansę na uzyskanie zamówienia, w tym w przypadku odrzucenia oferty Przystępującego PKS Leśna – z ceną wyższą wskazaną w ofercie Przystępującego Bielawa. W szczególności Izba stwierdziła, że sposób prowadzenia przez Przystępujących działalności gospodarczej wykracza poza zwykłą i znaną na rynku współpracę przedsiębiorców. Przede wszystkim współpracujący ze sobą, ale jednak niezależni od siebie przedsiębiorcy, nie składają oświadczeń na papierze firmowym innego wykonawcy, nie wskazują jako własność tych samych zasobów należących do innego wykonawcy i nie korzystają ze wspólnego adresu e-mail do kontaktów. Przy czym ponownie należy podkreślić, że wszystkie te okoliczności dotyczą małżonków prowadzących działalność w tej samej branży na tym samym rynku lokalnym, co dodatkowo pokazuje celowość ich współpracy nastawionej na zakłócenie konkurencji i stanowi dodatkową przesłankę wskazującą na zawarcie niedozwolonego porozumienia.

Raz jeszcze należy podkreślić, że dla wykluczenia wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wystarczające jest stwierdzenie wiarygodnych przesłanek wskazujących na istnienie między nimi porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Również ze wskazanego przez Odwołującego wyroku TSUE z dnia 15.09.2022r. w sprawie C-416/21 wynika: „*Stwierdzenie, że powiązania między oferentami miały wpływ na treść złożonych przez nich w tym samym postępowaniu ofert, wystarczy bowiem do tego, by podmiot zamawiający nie mógł brać tych ofert pod uwagę, ponieważ – jeżeli pochodzą od powiązanych oferentów – oferty muszą zostać złożone w pełni samodzielnie i niezależnie*” (pkt 61). Wskazane wyżej okoliczności i dowody Izba uznała za wiarygodne przesłanki zawarcia przez Przystępujących niedozwolonego porozumienia i stwierdziła tym samym, że niewykluczenie Przystępującego PKS Leśna i Przystępującego Bielawa z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i nieodrzućenie ich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp stanowiło naruszenie ww. przepisów.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego co do tego, że o zawarciu niedozwolonego porozumienia między Przystępującymi świadczą podobieństwa złożonych przez nich wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz opinia prywatna oparta na analizie metadanych dotycząca sporządzenia na jednym komputerze plików dokumentów składanych przez Przystępujących w niniejszym postępowaniu.

Po pierwsze, Izba dokonała analizy wyjaśnień rażąco niskiej ceny i nie stwierdziła, aby zawierały one „identyczne bądź prawie tożsame sformułowania”. W szczególności podobieństwa wskazane przez Odwołującego w zestawieniu złożonym jako dowód na posiedzeniu dotyczą albo krótkich zdań, które z natury rzeczy mogą być formułowane podobnie przez różnych wykonawców (np. „Pomoc publiczna została rozliczona zgodnie z przepisami”) albo podsumowań danych fragmentów wyjaśnień, co również sprzyja formułowaniu zdań w podobny sposób. Natomiast Odwołujący nie wykazał żadnych podobieństw merytorycznych lub podobieństw w postaci charakterystycznych słów, zwrotów czy omyłek, które mogłyby świadczyć o przygotowaniu tych wyjaśnień wspólnie przez Przystępujących.

Po drugie, z opinii sporządzonej przez Eksperta Informatyki Śledczej (pomijając jej prywatny charakter) nie wynika jednoznacznie, że badane pliki dokumentów zostały przygotowane na jednym komputerze. W dodatku tezy zawarte w ww. opinii zostały podważone w opiniach (również prywatnych) przedłożonych jako dowody przez oboje Przystępujących. W szczególności w opinii złożonej przez Przystępującego PKS Leśna wskazano, że analiza metadanych nie może być traktowana jako jedyny dowód przy ocenie autentyczności dokumentów, a określone podobieństwa w badanych plikach wynikają z tego, że zostały one sporządzone na wzorach przygotowanych przez Zamawiającego, o czym świadczy zwłaszcza występowanie użytkownika „ADMIN”, który jest autorem wzorów w oryginalnych plikach udostępnionych przez Zamawiającego, czy zapis „Lwówek Śląski, dnia” również występujący w tych wzorach. W efekcie jak wskazano w opinii złożonej przez Przystępującego Bielawa: „*Metadane nie pochodzą z komputera, na którym plik został utworzony, a pochodzą ze wzoru dokumentu, który został opublikowany przez zamawiającego*”.

Jednocześnie należy podkreślić, że mimo uznania za niepotwierdzone argumentów Odwołującego opartych na dowodach dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny i badania metadanych poszczególnych plików dokumentów, Izba nie zmienia swojego stanowiska co do zasadności zarzutu nr 1 zawartego w odwołaniu. Pozostałe bowiem okoliczności

opisane przez Odwołującego i oparte na wyżej wskazanych złożonych przez niego dowodach (małżeństwo, używanie tego samego papieru firmowego i adresu e-mailowego, wykazywanie tych samych pojazdów jako własność) stanowią, w ocenie Izby, wiarygodne przesłanki zawarcia przez Przystępujących porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Natomiast dokonana w tym miejscu przez Izbę negatywna ocena dowodów Odwołującego dotyczących wyjaśnień rażąco niskiej ceny i badania metadanych stanowi jedynie realizację obowiązku wynikającego z art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, tj. obowiązku wskazania w uzasadnieniu orzeczenia przyczyn, dla których Izba odmówiła określonym dowodom wiarygodności i mocy dowodowej.

Również w trybie art. 559 ust. 2 ustawy Pzp Izba wskazuje, że odmówiła mocy dowodowej i uznała za nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy (art. 531 ustawy Pzp) złożone przez Przystępującego PKS Leśna:

- dowody 6.1. – 6.3. w postaci umów o pracę, gdyż wątek korzystania z określonych zasobów osobowych w ogóle nie został poruszony przez Odwołującego,
- dowody 10.1. – 10.3. w postaci dokumentów dotyczących postępowania prowadzonego przez Gminę Mirsk, gdyż kwestia ew. zaniżenia ceny przez Odwołującego w tym postępowaniu również nie była przedmiotem odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że w niniejszej sprawie nie zachodzi podstawa wezwania obu Przystępujących do wykazania, że przygotowali oni oferty niezależnie od siebie. Przystępujący nie należą bowiem do grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 594 ze zm.), tj. nie należą do grupy rozumianej jako grupa wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Także Przystępujący PKS Leśna podkreśla brak przynależności do takiej grupy, zarówno w rozumieniu art. 4 pkt 14 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak i ze względu na powiązania rodzinne i biznesowe z Przystępującym Bielawa. Tymczasem zawarty w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zwrot: „chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie” odnosi się właśnie do wykonawców należących do grupy kapitałowej. Na taką wykładnię ww. przepisu wskazuje nie tylko jego treść, ale też porównanie do art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy klasycznej, w którym ustawodawca unijny nie przewidział możliwości wykazywania przez wykonawców, że złożyli oferty niezależnie od siebie. Obowiązek dania wykonawcom takiej szansy wynika natomiast z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dotyczącego ubiegania się o zamówienie publiczne konkretnie tej grupy wykonawców, między którymi występuje stosunek dominacji lub z których jeden wywiera na drugiego znaczny wpływ. M.in. w wyroku z dnia 19.05.2009 r. w sprawie C-538/07 Trybunał stwierdził: *„prawo wspólnotowe sprzeciwia się ustanowieniu przepisu prawa krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza całkowity zakaz równoczesnego i konkurencyjnego udziału w tym samym postępowaniu przetargowym przedsiębiorstw, między którymi istnieje stosunek dominacji lub które są ze sobą powiązane, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich zachowanie w ramach tego postępowania”* (por. pkt 27 – 33 ww. wyroku). Zatem z porównania treści art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy klasycznej (dotyczącego ogółu wykonawców) i orzecznictwa TSUE dotyczącego grup kapitałowych wynika, że jedynie w przypadku zakłócenia konkurencji polegającego na złożeniu odrębnych ofert (lub wniosków) przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej zamawiający zobowiązany jest umożliwić im złożenie wyjaśnień w celu wykazania, że przygotowali oni oferty (lub wnioski) niezależnie od siebie. Skoro natomiast w niniejszej sprawie nie mamy do czynienia z przynależnością Przystępujących do jednej grupy kapitałowej, to nie można zarzucić Zamawiającemu, że nie wezwał ich do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, jak też nie można mu tego nakazać. Z uwagi na powyższe argumentacja Przystępującego PKS Leśna przedstawiona w piśmie z dnia 18.10.2024 r. i Przystępującego Bielawa podniesiona na rozprawie, dotycząca braku wezwania ich do złożenia wyjaśnień w zakresie przygotowania ofert niezależnie od siebie, nie jest zasadna.

Izba nie znalazła także podstaw do skierowania pytania prejudycjalnego do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. 2004 Nr 90, poz. 864 ze zm.) Trybunał jest właściwy do orzekania w trybie prejudycjalnym o wykładni Traktatów oraz o ważności i wykładni aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii, a w przypadku gdy pytanie z tym związane jest podniesione przed sądem jednego z Państw Członkowskich, sąd ten może, jeśli uzna, że decyzja w tej kwestii jest niezbędna do wydania wyroku, zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o rozpatrzenie tego pytania. W niniejszej sprawie Izba uznała, że decyzja Trybunału nie jest niezbędna do rozpatrzenia tej sprawy i wydania przez Izbę wyroku, gdyż wystarczające jest w tym zakresie oparcie się na argumentacji oraz dowodach złożonych przez Strony i Przystępujących. Dlatego Izba oddaliła wniosek Odwołującego o skierowanie pytania prejudycjalnego do TSUE.

ZARZUT 2

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1233 ze zm.), zwanej

dalej: „uznk”, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z 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.

Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 594 ze zm.), zwanej dalej: „uokik”, zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na:

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.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 i 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej:

1. Niezgodne z rynkiem wewnętrznym i zakazane są wszelkie porozumienia między przedsiębiorstwami, wszelkie decyzje związków przedsiębiorstw i wszelkie praktyki uzgodnione, które mogą wpływać na handel między Państwami Członkowskimi i których celem lub skutkiem jest zapobieżenie, ograniczenie lub zakłócenie konkurencji wewnątrz rynku wewnętrznego, a w szczególności te, które polegają na:

- a) ustalaniu w sposób bezpośredni lub pośredni cen zakupu lub sprzedaży albo innych warunków transakcji;
- b) ograniczaniu lub kontrolowaniu produkcji, rynków, rozwoju technicznego lub inwestycji;
- c) podziale rynków lub źródeł zaopatrzenia;
- d) stosowaniu wobec partnerów handlowych nierównych warunków do świadczeń równoważnych i stwarzaniu im przez to niekorzystnych warunków konkurencji;
- e) uzależnianiu zawarcia kontraktów od przyjęcia przez partnerów zobowiązań dodatkowych, które ze względu na swój charakter lub zwyczaj handlowe nie mają związku z przedmiotem tych kontraktów.

2. Porozumienia lub decyzje zakazane na mocy niniejszego artykułu są nieważne z mocy prawa.

Z przytoczonych przepisów wynika, że jednym z przewidzianych przez ustawodawcę rodzajów czynu nieuczciwej konkurencji jest zawarcie porozumienia, którego celem lub skutkiem jest zakłócenie konkurencji (art. 15c uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik w zw. z art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej). Oznacza to, że samo stwierdzenie przez Izbę powyżej, że Przystępujący dopuścili się zawarcia takiego porozumienia skutkuje koniecznością stwierdzenia, że złożyli oni swoje oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk. Wpisuje się to także w ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji zawartą w art. 3 ust. 1 uznk, gdyż zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji jest działaniem sprzecznym z prawem i dobrymi obyczajami, a ponadto skoro ma na celu zakłócenie konkurencji – to zagraża interesowi innego przedsiębiorcy. Porozumienie takie może też zagrażać interesowi klienta, czyli zamawiającego narażonego na wydatkowanie większej kwoty z budżetu w zależności od tego, czy wykonawcom pozostającym w porozumieniu uda się osiągnąć także skutek w postaci wyboru jako najkorzystniejszej droższej oferty. Tym samym już samo stwierdzenie przez Izbę naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oznacza, że za zasadny należy uznać także zawarty w odwołaniu zarzut nr 2 dotyczący zaniechania odrzucenia ofert obu Przystępujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba odniesie się w tym miejscu do dowodu złożonego przez Odwołującego w postaci zestawienia (wraz z załącznikami) postępowań wszczynanych w 2023 r. i 2024 r. na terenie i poza terenem działalności Odwołującego. Odwołujący wskazał w ww. zestawieniu, że w postępowaniach prowadzonych przez innych zamawiających Przystępujący oferowali co do zasady niższe ceny (gdy spodziewali się oferty Odwołującego) i nie konkurowali wtedy ze sobą albo oferowali co do zasady wyższe ceny (gdy postępowania dotyczyły usług świadczonych poza terenem działania Odwołującego). Przystępujący nie zaprzeczyli danym zawartym w ww. zestawieniu, jedynie Przystępujący PKS Leśna powołał się na wyjątek w Gminie Miejskiej Lubań, gdzie obaj Przystępujący złożyli oferty oraz na zniżenie ceny przez Odwołującego w Gminie Mirsk, zaś Przystępujący Bielawa tłumaczył, że decyzja o tym, w którym postępowaniu złoży ofertę podyktowana jest nie spodziewaną konkurencją ze strony Odwołującego, ale wymaganiami danego zamawiającego.

Po pierwsze zatem Izba stwierdziła, że nie wiadomo, w jaki sposób informacje zawarte w ww. zestawieniu przekładają się na sytuację w niniejszym postępowaniu, gdzie mimo złożenia oferty przez Odwołującego swoje oferty złożyli także obaj Przystępujący, a w dodatku sam Odwołujący napisał w odwołaniu, że ceny w postaci rekompensaty są w jego ofercie i w ofercie Przystępującego Bielawa zbliżone. O ile zatem Izba nie kwestionuje danych dotyczących innych postępowań zawartych w ww. zestawieniu, o tyle nie widzi podstaw do stwierdzenia na ich podstawie, że dowodzą one zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji w obecnym postępowaniu będącym przedmiotem odwołania. Po drugie, trudno jest na podstawie ww. zestawienia porównać wszystkie ceny oferowane przez Przystępujących w postępowaniach na terenie i poza terenem działania Odwołującego, ponieważ ceny te są podane w różny sposób: raz

jako wartość ogólna oferty a raz jako cena za wozokilometr. Nawet przy porównaniu kolumny z „miesięcznym przychodem na 1 pojazd + kierowca + opiekun” w tabeli dotyczącej terenu działania Odwołującego, przy Gminie Siekierczyn i Gminie Bogatynia (część III) pojawiają się oferowane przez Przystępującego PKS Leśna kwoty w wysokości 17.933,92 zł i 25.994,00 zł, które są porównywalne z kwotami wpisanymi do tabeli dotyczącej terenu spoza działania Odwołującego, np. 17.537,50 zł i 17.592,00 zł (Przystępujący Bielawa w Gminie Bogatynia i Gminie Leśna), czy 25.100,00 zł (Przystępujący PKS Leśna w Gminie Bogatynia część III). Sposób podania danych w obu tabelach nie pozwala zatem na jednoznaczne potwierdzenie prawidłowości wniosków, jakie wyciąga z nich Odwołujący. Po trzecie, nie są znane choćby podstawowe warunki i wymagania zamawiających w wymienionych w ww. zestawieniu postępowaniach, zatem nie można stwierdzić, czy oferowanie przez Przystępujących określonych cen rzeczywiście ma związek z chęcią wyeliminowania Odwołującego z rynku. Z uwagi na powyższe Izba nie stwierdziła w oparciu o ww. zestawienie, że Przystępujący złożyli swoje oferty w warunkach czynnego nieuczciwej konkurencji.

Izba natomiast ponownie stwierdza, że obowiązek odrzucenia ofert obojga Przystępujących na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wynika z art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 15c uznk w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 7 uokik w zw. z art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i jest konsekwencją uznania, że Przystępujący dopuścili się zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

ZARZUT 3

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W zał. nr 1 do projektu umowy w pkt 2.2. Zamawiający wskazał: *Zamawiający wymaga, aby udział autobusów wykorzystujących do napędu paliwa alternatywne, w całkowitej liczbie autobusów objętych niniejszym zamówieniem wynosił co najmniej 32%, z zastrzeżeniem że połowa tego udziału ma być osiągnięta przez autobusy zeroemisyjne.

W § 5 ust. 3 i 7 projektu umowy (zał. nr 7 do SWZ) Zamawiający wskazał:

3. Organizator wymaga, aby zgodnie z art. 68a ust. 1 pkt 3) lit. a w związku z art. 68b pkt 3) lit. a) ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz.U. z 2023 r. poz. 875 z późn. zm.) udział autobusów zaliczanych do kategorii M3, o której mowa w art. 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia 2018/858, klasy I i klasy A, o których mowa w art. 3 pkt 2 i 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 661/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie wymagań technicznych w zakresie homologacji typu pojazdów silnikowych dotyczących ich bezpieczeństwa ogólnego, ich przyczep oraz przeznaczonych dla nich układów, części i oddzielnych zespołów technicznych (Dz. Urz. UE L 200 z 31.07.2009, str. 1, z późn.), wykorzystujących do napędu paliwa alternatywne, w całkowitej liczbie autobusów używanych do realizacji zamówienia wynosił co najmniej 32%, z zastrzeżeniem że połowa tego udziału ma być osiągnięta przez autobusy zeroemisyjne.

7. Operator powinien osiągnąć wskaźnik, o którym mowa w ust. 3, w terminie 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.

Odwołujący wskazuje, że z ww. postanowień projektu umowy wynika, że wymóg zastosowania taboru zeroemisyjnego dotyczy wyłącznie autobusów kategorii M3 i powołuje się na wskazany również przez Zamawiającego w projekcie umowy art. 4 ust. 1 lit. a rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 2018/858w sprawie homologacji i nadzoru rynku pojazdów silnikowych i ich przyczep oraz układów, komponentów i oddzielnych zespołów technicznych przeznaczonych do tych pojazdów. Zgodnie z ww. przepisem kategoria M3 to pojazdy silnikowe o masie maksymalnej przekraczającej 5 ton, mające więcej niż osiem miejsc siedzących poza miejscem siedzącym kierowcy niezależnie od tego, czy w tych pojazdach silnikowych mogą znajdować się miejsca dla pasażerów stojących.

Przystępujący złożyli wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z załącznikami, z których wynika, że przewidują oni używanie pojazdów m.in. marki mercedes sprinter – Przystępujący Bielawa oraz marki MAN TGE – Przystępujący PKS Leśna. Pojazdy te mają masę 3,5 tony, czyli niższą od masy wskazanej w ww. rozporządzeniu dla pojazdów kategorii M3.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zauważył, że zgodnie z § 5 ust. 7 projektu umowy wykonawca ma osiągnąć wskaźnik dotyczący autobusów kategorii M3 w terminie 9 miesięcy od dnia zawarcia Umowy. Przystępujący PKS Leśna podniósł ten sam argument, a także dodał, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny przewidział „koszty zakupu pojazdów zeroemisyjnych oraz ich eksploatacji (w tym koszt zakupu energii elektrycznej), jak również przedstawił jako dowody oferty na zakup takich pojazdów”.

Odnosząc się do argumentacji Przystępującego PKS Leśna należy zauważyć, że koszty zakupu ww. pojazdów zostały przez niego wskazane w postaci dołączenia do wyjaśnień ofert sprzedaży takich pojazdów i są to oferty pojazdów marki MAN TGE, czyli dokładnie tych, którym Odwołujący zarzuca, że mają masę 3,5 tony, czyli niższą od wskazanej w rozporządzeniu 2018/858. Jednocześnie dowód w postaci oferty handlowej z firmy Mercus, w której wpisano dla pojazdu MAN eTGE „klasa pojazdu M3” nie potwierdza spełnienia wymogu posiadania masy pojazdu powyżej 5 ton, skoro nie ma w nim żadnej wzmianki o masie tego pojazdu i nie wiadomo, czym firma Mercus kierowała

się oceniając klasę pojazdu jako M3. Również przewidziane w wyjaśnieniach koszty eksploatacji pojazdów zeroemisyjnych nie dowodzą, że Przystępujący PKS Leśna zamierza używać pojazdów kategorii M3 o masie powyżej 5 ton. Tak więc argumentacja Przystępującego PKS Leśna w tym zakresie nie potwierdza zgodności jego oferty z warunkami zamówienia.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Zamawiającego (popieranej przez obu Przystępujących) należy zauważyć, że wymóg osiągnięcia odpowiedniego wskaźnika autobusów kategorii M3 w terminie 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy nie oznacza, że wykonawcy nie mają obowiązku uwzględnić tego wymogu w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Wykonawcy powinni bowiem w treści wyjaśnień przewidzieć używanie odpowiednich pojazdów kategorii M3 po upływie ww. 9 miesięcy, w tym w zależności od sytuacji przewidzieć np. koszt ich zakupu i eksploatacji w okresie, w którym będą już ich używać zgodnie ze wskaźnikiem wskazanym w projekcie umowy. Przy czym chodzi o koszty dotyczące takich pojazdów, jakich wymagał Zamawiający, a nie jakichkolwiek pojazdów zeroemisyjnych. Przystępujący wskazali natomiast w załącznikach do wyjaśnień pojazdy marki MAN TGE i Mercedes Sprinter, których masa jest mniejsza niż w rozporządzeniu 2018/858 (powołanym także przez Zamawiającego), co świadczy o niezgodności oferowanego przez nich przedmiotu zamówienia z warunkami zamówienia.

Jako że zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą wyjaśnienia rażąco niskiej ceny stanowią część oferty, Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie oferty Przystępujących są niezgodne z warunkami zamówienia opisanymi w projekcie umowy i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).
Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....

.....