

Sygn. akt: KIO 2740/23, KIO 2756/23

WYROK
z dnia 10 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- 1) w dniu 18 września 2023 r. przez wykonawcę **A. S., prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą z siedzibą w Dobrym Mieście** (sygn. akt KIO 2740/23),
- 2) w dniu 18 września 2023 r. przez wykonawcę **Usługi Transportowe K. K. sp. z o.o. w Olsztynie** (sygn. akt KIO 2756/23)

w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Budry z siedzibą w Budrach**

orzeka:

1. **oddala odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2740/23,**
2. **oddala odwołanie wniesione w sprawie o sygn. akt KIO 2756/23,**
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2740/23 obciąża wykonawcę **A. S., prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą z siedzibą w Dobrym Mieście** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **A. S., prowadzącą jednoosobową działalność gospodarczą z siedzibą w Dobrym Mieście** tytułem wpisu od odwołania,
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 2756/23 obciąża wykonawcę **Usługi Transportowe K. K. sp. z o.o. w Olsztynie** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę **Usługi Transportowe K. K. sp. z o.o. w Olsztynie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2740/23, KIO 2756/23

Uzasadnienie

Gmina Budry z siedzibą w Budrach, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest „dowożenie uczniów do szkół w gminie Budry od 01.09.2023 r. do 30.06.2024 r. na podstawie zakupu biletów miesięcznych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 5 lipca 2023 r., nr 2023/BZP 00290806.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 18 września 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli swoje odwołania:

- 1) wykonawca A. S., prowadząca jednoosobową działalność gospodarczą z siedzibą w Dobrym Mieście (sygn. akt KIO 2740/23), zwana dalej także „odwołującym I”,
 - 2) wykonawca Usługi Transportowe K. K. sp. z o.o. w Olsztynie (sygn. akt KIO 2756/23), zwany dalej „odwołującym II”.
- Odwołujący I zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), art. 226 ust. 1 pkt 7, w związku z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233) oraz art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2023 poz. 1689) poprzez odrzucenie jego oferty pomimo, iż nie złożył on oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w szczególności nie zawarł z jakimkolwiek wykonawcą porozumienia,
- 2) art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez niezasadne unieważnienie postępowania pomimo, iż Zamawiający powinien był dokonać wyboru jego oferty.

Odwołujący I wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

2) dokonania ponownej oceny i badania ofert, z uwzględnieniem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania **odwołujący I** wskazał, że zamawiający odrzucił jego ofertę i wykonawcy Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. (dalej UTKK Sp. z o.o.) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), art. 226 ust. 1 pkt 7, w związku z art. 108 ust 1 pkt. 5 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233) oraz art.6 ust.1 pkt 7 ustawy z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2023 poz. 1689). Odwołujący I wskazał, że nie zgadza się z czynnością zamawiającego i zaprzecza jakoby był w grupie kapitałowej z innym wykonawcą, jak również aby zawarł z tym wykonawcą jakiegokolwiek porozumienie.

Odwołujący I podniósł, że Zamawiający zastosował przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp sugerując jakoby on i UTKK Sp. z o.o. pozostawały w grupie kapitałowej, a ponadto zastosował art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp twierdząc, że wykonawcy zawarli porozumienie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego I uzasadnienie Zamawiającego pozostaje obok faktycznych przesłanek wynikających z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem nie referuje w uzasadnieniu zarzutu do rozumienia grupy kapitałowej wedle obowiązującej ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275 z późn. zm.) lecz wskazuje jedynie, że sam fakt posiadania powiązań rodzinnych i osobowych.

Odwołujący I argumentował, że zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Tym samym grupę kapitałową tworzą przedsiębiorca dominujący i przedsiębiorcy zależni. Zdaniem odwołującego I dla stwierdzenia istnienia grupy kapitałowej zasadniczym pozostaje fakt sprawowania kontroli nad przedsiębiorcą zależnym, co wymaga również wykazania, że mamy do czynienia z posiadaniem pozycji dominującej i zależnej przedsiębiorców. Jeśli warunki te są spełnione możliwe jest zakwalifikowanie wykonawców jako pozostających w tej samej grupie kapitałowej.

Odwołujący I argumentował także, że z punktu widzenia prowadzonej analizy ważne jest również ustalenie czym jest przejęcie kontroli. Art. 4 pkt 4 ustawy uokik zawiera definicję tego pojęcia. Stosownie do tego przepisu przez przejęcie kontroli należy rozumieć uzyskanie przez przedsiębiorcę wszelkich form bezpośrednich lub pośrednich uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Odwołujący I wskazywał, że w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów występuje 6 przypadków, w których dochodzi do przejęcia kontroli, a mianowicie:

- dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- członkowie zarządu lub rady nadzorczej przedsiębiorcy stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Zdaniem odwołującego I wyłącznie dwie ostatnie przesłanki mogą być potencjalnie adekwatne do sytuacji przedsiębiorców prowadzących jednoosobową działalność gospodarczą z jaką mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu jednak żadna z tych okoliczności nie występuje w przypadku relacji wykonawców A. S. i UTKK Sp. z o.o..

Według odwołującego I Zamawiający w ogóle nie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty jakie okoliczności wskazują na pozostawanie wykonawców w grupie kapitałowej, w szczególności nie twierdził jakoby jeden przedsiębiorca miał prawo choćby do części mienia drugiego wykonawcy, w ogóle nie wskazał również który z przedsiębiorców miałby być podmiotem zależnym. Zdaniem odwołującego I Zamawiający również nie wykazał, czy choćby nie uprawdopodobnił, aby jeden z wykonawców miał z drugim zawartą jakąkolwiek umowę przewidującą zarządzanie jego przedsiębiorstwem czy aby przekazywał zysk. Zamawiający powołał jedynie fakt, iż A. S. jest pełnomocnikiem jednak nie UTKK Sp. z o.o., składającej ofertę ale pełnomocnikiem dla jednoosobowej działalności pana S., co nie ma związku ze sprawą i oceną istnienia grupy kapitałowej.

Odwołujący I oświadczał, że żadna z ww. okoliczności nie zaistniała w jego relacji z UTKK Sp. z o.o. Wskazywał, że wykonawcy prowadzą odrębną działalność, pod innym adresem i nie ustalają wspólnie warunków na jakich będą składać oferty i w jakich postępowaniach będą brać udział. Wykonawcy kierują się własną swobodą i wolnością decyzji w

tym zakresie gdyż żaden z nich nie jest związany opinią drugiego i nie ma decydującego wpływu na prowadzoną działalność czy zarządzanie majątkiem. Paradoksalnie, wykonawcy aby mieć pewność, że nie spotkają się z zarzutem wzięcia udziału w jednym postępowaniu musieliby dokonywać porozumienia polegającego na ustaleniu, który wykonawca ma wziąć udział w którym postępowaniu co z kolei mogłoby być poczytane za niedozwolone dzielenie rynku.

Zdaniem odwołującego I nie istnieje więc przepis, który by ograniczał swobodę działalności gospodarczej na tej podstawie, że dwaj przedsiębiorcy są powiązani więzami rodzinnymi. Umocowanie do prowadzenia działalności na zasadzie swobody wynika z Konstytucji RP i odebranie przedsiębiorcom powiązanym rodzinie tej możliwości stałoby w sprzeczności z ustawą zasadniczą.

Zdaniem odwołującego I, dla stwierdzenia istnienia grupy kapitałowej konieczne byłoby wykazanie przez Zamawiającego istnienia takiego powiązania między przedsiębiorcami A. S. i UTKK Sp. z o.o., które pozwalałoby stwierdzić ten rodzaj zależności, w którym można przypisać rolę przedsiębiorcy dominującego oraz zależnego. Według odwołującego I Zamawiający w swojej argumentacji w ogóle nie odniósł się zaś to tej definicji i nie wykazał jakoby podmioty te posiadały jakikolwiek stosunek zależności. Ustalenie, iż wykonawcy są w grupie kapitałowej powinno być pierwszą z czynności jakie podejmuje Zamawiający jeśli rozważa zastosowanie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem odwołującego I nie można przyjąć domniemania o istnieniu porozumienia między wykonawcami jeśli nie są w grupie kapitałowej. Więzy rodzinne – samodzielnie – nie przesądzają o przynależności do takiej grupy.

W ocenie odwołującego I nie wchodzi on w skład grupy kapitałowej z UTKK Sp. z o.o., gdyż prowadzi osobną działalność choć w tej samej branży, do czego na mocy art. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 221) ma prawo i nie jest kontrolowany przez żaden podmiot ani bezpośrednio ani pośrednio w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów czy też nie ma choćby prawa do całego albo części mienia innego wykonawcy, o czym traktuje art. 4 pkt 4 lit. e i f ww. ustawy. Istotne jest, że tego typu powiązania nie zachodzą, gdyż przedsiębiorcy są wobec siebie całkowicie niezależni. Odwołujący I wskazał, że również na etapie składania oferty samodzielnie podjął decyzję dotyczącą tego, że będzie ubiegał się o udzielenie zamówienia publicznego, a okoliczności przeciwne nie zostały choćby uprawdopodobnione przez Zamawiającego, który w uzasadnieniu w ogóle nie podjął argumentacji na ten temat wskazując na wątpliwe poszlaki.

Odnosząc się zaś do samej tezy o istnieniu porozumienia, odwołujący I wskazał, że również w tym zakresie Zamawiający nie wykazał jego istnienia.

Zdaniem odwołującego I brak reakcji na wezwanie lub nie przedłużenie terminu składania ofert jest częstym zjawiskiem wśród wykonawców i w tej konkretnej sytuacji mógł być powodowany wieloma czynnikami, zupełnie niezależnymi od Odwołującego. W szczególności należy zwrócić uwagę na fakt, że w branży transportowej wszystkie Gminy publikują postępowania jednocześnie, a co za tym idzie bardzo częste jest, iż po wyłonieniu wykonawcy w kolejnym postępowaniu nie ma on już zasobów, alby zrealizować umowę z takim zamawiającym, gdyż do czasu jego wyboru podpisał już kilka innych umów. Z tego powodu, żaden rozsądny przedsiębiorca nie weźmie na siebie zobowiązania, którego nie będzie w stanie wykonać.

Odnosząc się zaś, do poszlak, na których Zamawiający oparł rozstrzygnięcie należy odwołujący I wskazywał, jak niżej.

1.

Lokalizacja wykonawców i podobny rodzaj działalności

- oba podmioty tj. *Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. oraz Firma A. S. prowadzą działalność gospodarczą w bliskiej lokalizacji Olsztyn – Dobrze Miasto.*

bezsprzeczne jest też fakt, że ww. podmioty prowadzą tożsamą rodzajowo działalność

gospodarczą - przewóz osób, wielokrotnie startują w tych samych przetargach o dowożenie uczniów,

Zdaniem odwołującego I oczywiste jest, że powołana przez Zamawiającego okoliczność bliskiej lokalizacji zawsze będzie wspólnym mianownikiem wykonawców realizujących usługi podobne, do tych stanowiących przedmiot zamówienia a więc transportu na terenie danej, konkretnej gminy. Nie byłoby opłacalne, aby Gminę Budry obsługiwał wykonawca z województwa podkarpackiego czy nawet mazowieckiego. Skoro przewozy mają być regularnie świadczone w określonej lokalizacji to naturalne jest, że o takie zamówienie konkurują wykonawcy w najbliższej okolicy.

Z kolei podobny profil jego działalności i spółki UTKK to również wspólny mianownik wielu wykonawców, również tych na rynku lokalnym. Poza wszystkim Odwołujący I ponownie podkreślał, że niezgodne z Konstytucją byłoby ograniczanie prawa przedsiębiorcy do prowadzenia działalności podobnej do działalności członków rodziny, a zakaz taki nie wynika z żadnego aktu, w szczególności z ustawy o zakazie nieuczciwej konkurencji.

2.

Współpraca pomiędzy wykonawcami

- podmioty wspierają siebie na rynku udostępniając swoje zasoby pomiędzy firmami,

Zdaniem odwołującego I użyczanie zasobów przez wykonawców stanowi prawo wykonawcy, z którego dowolnie

może korzystać. Zwyczajowo użyczanie zasobów następuje od podmiotów, które się znają, współpracują ze sobą stale i mają do siebie zaufanie. Zachowanie takie, które znajduje podstawę w obowiązujących przepisach ustawy Pzp nie może więc być źródłem negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który z tej instytucji skorzystał. Skoro sytuacja podmiotu trzeciego i jego zasobów były dobrze znane Odwołującemu to nie było przeszkód, aby skorzystać z doświadczenia tego podmiotu.

3.

Powiązania rodzinne i osobowe

- podmioty są powiązane rodzinnie

Zdaniem odwołującego I powiązania rodzinne zostały szeroko omówione wyżej, zaś podsumowując można stwierdzić, że pokrewieństwo samo w sobie nie stanowi wystarczającej podstawy, aby uznać, że wykonawcy zawarli porozumienie czy są w grupie kapitałowej.

- *podmioty są powiązane osobowo - Pan M. S. jest członkiem zarządu firmy Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. Pan M. S. jest właścicielem firmy Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o., następnie jako właściciel firmy Transport Osobowy S. M. S. oddaje do dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby wykonania niniejszego postępowania firmie A. S.,*

Zdaniem odwołującego I fakt pełnienia funkcji członka zarządu i współnika a jednocześnie użyczenie zasobów przez Pana S. osobiście został przez Zamawiającego oceniony negatywnie, choć jest to zupełnie bezpodstawne. Pokrewieństwo osoby występującej w tych rolach w spółce konkurencyjnej z Panią A. S. nie jest okolicznością, która potwierdza zawarcie porozumienia. Zdaniem odwołującego I osoby te działają w podobnej branży jednak Zamawiający nie wykazał, że sporządzały wspólnie ofertę a tym samym nie uprawdopodobnił istnienia owego porozumienia.

4. pełnomocnictwo dla Pani A. S.

- *Pani A. S. jest pełnomocnikiem w firmie Transport Osobowy S. M. S. i jakkolwiek nie jest zabronione działanie na jednym rynku podmiotów powiązanych osobowo czy gospodarczo, to powyższe okoliczności wskazują na istnienie prawdopodobieństwa wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych, które przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności może uzasadniać podejrzenie naruszenia konkurencji*

Zdaniem odwołującego I konieczność wpisania Pani A. S. jako pełnomocnika do jednoosobowej działalności gospodarczej Pana M. S. zaistniała jednorazowo na potrzeby konkretnej sytuacji – wynikała ona wyłącznie z tego, że w pewnym okresie czasu stało się konieczne, aby ktoś inny, poza właścicielem posiadał możliwość dostępu do systemu CEIDG w celu dokonywania zmian w systemie. Pełnomocnictwo to zostało już odwołane i nie upoważniało do zarządu działalnością M. S., czy zaciągania jakichkolwiek zobowiązań. Miało ono walor jedynie techniczny – do obsługi portalu CEIDG.

5. Udział Odwołującego w innych postępowaniach

- *zamawiający przeanalizował również przetargi z ubiegłych lat i zachowania przedsiębiorców w tych przetargach pod pryzmatem rozstawiania ofert i braku możliwości rozstrzygnięcia przetargu (...)*

Odnosząc się do wskazywanych przez Zamawiającego innych postępowań przetargowych odwołujący I zwracał uwagę, że istniało w przeszłości również wiele postępowań prowadzonych przez obecnego Zamawiającego, w których wybierany był wykonawca znajdujący się na pierwszym miejscu w rankingu oceny ofert, co przeczy tezie o zorganizowanym procederze odstępowania od zamówień na rzecz droższej oferty. Odwołujący I argumentował, że w przypadku zмовы przetargowej zliberalizowane jest podejście do dowodzenia – dopuszcza się bowiem samo uprawdopodobnienie istnienia przesłanek ustawowych, jednak bardziej tolerancyjne dowodzenie zмовы przetargowej, nie może opierać się na tzw. poszlakach, co zastosował Zamawiający w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący I podniósł, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta, która "została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji". Stosownie zaś do art. 3 ust. 1 u.z.n.k., "czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta". Zdaniem odwołującego I Zamawiający nie wykazał poprzez wiarygodne przesłanki, iż jego działanie zagrażało lub naruszało interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zamawiający w nawiązaniu do treści art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wykazał również by jego działanie polegało na uzgadnianiu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Zdaniem odwołującego I Zamawiający w konsekwencji nie wykazał przesłanek, o których mowa tak w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jak również w art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

KIO 2756/23

Odwołujący II zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233) oraz art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2023 poz. 1689) przez odrzucenie oferty jego i przypisanie mu, że zawarł z

innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, w sytuacji gdy działania podejmowane przez niego mieściły się w granicach stosowania art. 123 ustawy Pzp oraz ponadto nie miały na celu zakłócenia konkurencji lub popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwolujący II wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania;
- 2) powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty w zakresie postawionego zarzutu oraz wyeliminowanie z podstawy prawnej i faktycznej odrzucenia jego oferty art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233) oraz art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2023 poz. 1689).

W uzasadnieniu odwołania **odwołujący II** wskazał, że Zamawiający w dniu 21 lipca 2023 r. wezwał wykonawcę go, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat (zgodnie z Załącznik nr 4 do SWZ). W odpowiedzi na to wezwanie złożył on wykaz wykonanych usług, w którym wskazał usługę dowozu dzieci do szkół i gimnazjum w gminie Budry w okresie 1.09.2018 r. – 30.06.2019 r.

Zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2023 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, iż podany przez wykonawcę wykaz usług zawierający jedną pozycję, która obejmowała okres wykonywania usługi od 01.09.2018 r. do 30.06.2019 r., wykracza poza okres wskazany w SWZ i tym samym nie spełnia postawionych wymagań w SWZ Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a.

Odwolujący II argumentował, że w uzupełnieniu w dniu 2 sierpnia 2023 r. wskazał ponownie ten sam wykaz usług, tym samym nie potwierdził złożonymi dokumentami, iż spełnienia ww. warunek udziału w postępowaniu.

Ponadto Zamawiający powziął wątpliwość, czy dwóch Wykonawców, którzy złożyli odrębne oferty w niniejszym postępowaniu, tj. on oraz FIRMA A. S. nie należą do tej samej grupy kapitałowej lub czy nie zawarli porozumienia mającego na celu zakłócenia konkurencji. Ponadto Zamawiający w dniu 9.08.2023 r. wystąpił do wszystkich wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą. W wyznaczonym terminie nie złożył on stosownego oświadczenia.

Odwolujący II podniósł, że odrzucenie jego oferty w zakresie wskazanym w ww. zarzucie było podjęte całkowicie bezzasadnie i bezpodstawnie. Argumentował, że Zamawiający na stronach od 4 do 6 informacji o odrzuceniu oferty cytuje szereg wyroków, które oceniają przesłanki zмовы cenowej zarówno przez KIO, sądy powszechne i sądy administracyjne, jednak podejmuje argumentację w całkowitym oderwaniu od wyjaśnień składanych przez niego w ww. postępowaniu.

W pierwszej kolejności odwołujący II wskazał, że zgodnie z treścią 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.

Zdaniem odwołującego II aby stwierdzić naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich opisanych w nim przesłanek.

Odnosząc się ściśle do uzasadnienia podstaw odrzucenia zawartych w informacji o odrzuceniu ofert i unieważnieniu postępowania z dnia 11.09.2023 r. odwołujący II:

- 1) przeczył twierdzeniom Zamawiającego jakoby w przedmiotowym postępowaniu zaistniały symptomy zмовы przetargowej;
- 2) przeczył twierdzeniom Zamawiającego jakoby pomiędzy podmiotami, tj. nim oraz A. S. istniało prawdopodobieństwo wymiany istotnych informacji gospodarczych, które przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności może uzasadniać podejrzenie naruszenia konkurencji;
- 3) przeczył twierdzeniom Zamawiającego jakoby ww. podmioty uczestniczyły w procedurze rozstawiania ofert i utrudniania możliwości rozstrzygnięcia postępowania, w tym przedmiotowego postępowania;
- 4) przeczył twierdzeniom Zamawiającego jakoby zrealizował on w Gminie Lipka zamówienie dowozu uczniów do szkół, gdzie średnia ilość zakupywanych biletów miesięcznych przez gminę Lipka w okresie od 01.09.2022 do 30.06.2023 wynosiła ok 300 szt. a wartość zakupionych biletów w tym okresie wynosiła 345 689,66 zł brutto – prawdą jest, że umowa jest w trakcie realizacji i jej termin realizacji upływa 31.12.2023 r.
- 5) potwierdził ustalenia Zamawiającego jakoby zrealizował on w Gminie Jonkowo, dowóz uczniów do szkół w latach 2020/2021 jako operator transportu publicznego. Średnia ilość zakupywanych biletów miesięcznych przez gminę

Jonkowo wynosiła ok 219 szt. a orientacyjna wartość zakupionych biletów wynosiła ok. 90 tys. zł;

- 6) przeczył twierdzeniom Zamawiającego jakoby on samodzielnie na dzień składania ofert posiadał doświadczenie wymagane przez Zamawiającego w warunkach udziału w postępowaniu;
- 7) przeczył twierdzeniom Zamawiającego jakoby analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwalała na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że on oraz Firma A. S. zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający, na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógłby wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę (po rezygnacji firmy Transport Osobowy J. W.) i zmuszony był do dokonania wyboru oferty najdroższej, tj. Firmy A. S.;
- 8) przeczył twierdzeniom Zamawiającego jakoby analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwalała na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że on oraz Firma A. S. zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu.

Odwolujący II podniósł, że nie jest sporne, że on złożył na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia ten sam wykaz usług – podpisany w dniu 24.07.2023 r. przez W. W. (prokurenta) oraz podpisany w dniu 2.08.2023 r. przez K. K. (członka zarządu).

Odwolujący II dodał, że ofertę złożył i podpisał W. W. – prokurent Spółki. Argumentował, że Prokurent Spółki posiada umocowanie do samodzielnego prowadzenia wszelkich czynności związanych z ubieganiem się przez Spółkę o udzielenie zamówień publicznych oraz nie ma obowiązku konsultacji z zarządem czynności związanych z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wszelkie jego decyzje są samoistne.

Odwolujący II argumentował, że nie jest sporne, że on został wezwany do wyjaśnienia oświadczenia o przynależności braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w niniejszym postępowaniu pismem z dnia 4.08.2023 r. Wskazał, że na ww. pismo złożył odpowiedź pismem z dnia 4.08.2023 r., w którym oświadczył, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu i nie zawarli ze sobą porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Odwolujący II podkreślał, że referencje K. K., które wykazał on przy potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, choć ostatecznie nie zostały one uznane, nie były to referencje podmiotu trzeciego w rozumieniu ustawy Pzp. K. K. sprzedał zorganizowaną część przedsiębiorstwa na rzecz niego (umowa z dnia 25 lipca 2022 r.), co dawało Spółce uprawnienie do posługiwania się ww. referencjami jak swoimi. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego (uchwała SN w sprawie III CZP 45/08) zbycie przedsiębiorstwa oznacza szereg sukcesji singularnych.

Ponadto Odwołujący II argumentował, że ofercie nie wskazał, że będzie korzystał z podwykonawcy, w tym potencjału podmiotu trzeciego. Argumentował, że w świetle art. 123 ustawy Pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego II oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może – w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 PZP – powołać się na zasoby podmiotu trzeciego.

Ponadto odwołujący II argumentował, że uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów.

Odwolujący II argumentował, że Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu o treści: W Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ „Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę dowozu/ dostawę biletów dla minimum 100 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 100 000,00 zł.”.

Zdaniem odwołującego II twierdzenia Zamawiającego zawarte w informacji o odrzuceniu jego oferty jakoby zrealizował w Gminie Lipka zamówienie dowozu uczniów do szkół, gdzie średnia ilość zakupywanych biletów miesięcznych przez gminę Lipka w okresie od 01.09.2022 do 30.06.2023 wynosiła ok 300 szt. a wartość zakupionych biletów w tym okresie wynosiła 345 689,66 zł brutto mija się z prawdą, bowiem przedmiotowa umowa jest w trakcie realizacji, a termin upływa 31.12. 2023 r. (§ 2 ust. 2 umowy).

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący II argumentował, że nie mógł wykazać przedmiotowej umowy w ramach wymaganych referencji w przedmiotowym postępowaniu. Ponadto odwołujący II potwierdzał ustalenia Zamawiającego jakoby Usługi Transportowe K. K. (jednoosobowa działalność gospodarcza) zrealizował w Gminie Jonkowo, dowóz uczniów do szkół w latach 2020/2021 jako operator transportu publicznego. Potwierdzał również, że średnia ilość zakupywanych biletów miesięcznych przez gminę Jonkowo wynosiła ok 219 szt. a orientacyjna wartość zakupionych

biletów wynosiła ok. 90 tys. zł.

Odwołujący II argumentował, że biorąc pod uwagę warunek udziału w postępowaniu, który dotyczył: „...wykonał co najmniej 1 usługę dowozu/ dostawę biletów dla minimum 100 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 100 000,00 zł.” – referencje Gminy Jonkowo również nie mogły zostać przedstawione do potwierdzenia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego II, Zamawiający odrzucił jego ofertę i przypisał mu, że zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji oraz jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Podkreślał, że powyższa czynność była nadmierną sankcją podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający ocenił, że brak uzupełnienia wykazu usług na potwierdzenie postawionego warunku udziału w postępowaniu oraz brak przedłużenia terminu związania ofertą to działanie nacechowane utrudnianiem uczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący II uważał, że odrzucenie jego oferty i przypisanie mu winy umyślnej z tytułu z umowy przetargowej nie można ocenić inaczej niż jako próbę odwetu i represji na nim. Według odwołującego II Zamawiający całkowicie pomija przepisy art. 123 ustawy Pzp oraz formułuje domniemanie z umowy cenowej nieopartej dowodami faktycznie odnoszącymi się do przedmiotowej sprawy.

Zdaniem odwołującego II podstawy do uznania działania Wykonawców jako z umowy lub utrudnianie uczciwej konkurencji nie dają powiązania rodzinne. Zdaniem odwołującego II podstawami tymi nie są niewiarygodne przesłanki. Przesłanki te muszą dotyczyć danego postępowania a nie postępowań uprzednio prowadzonych u Zamawiającego lub postępowań u innych Zamawiających.

Odwołujący II podkreślał, że żadne z wymienionych zachowań, które miały miejsce w przedmiotowym postępowaniu, nie jest zachowaniem nadzwyczajnym, niewystępującym w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a ich wystąpienie (pojedynczo czy kumulatywnie) w żadnym wypadku nie może świadczyć o tym, że wykonawcy dopuścili się z umowy przetargowej.

Odwołujący II argumentował, że od samego początku nie spełniał warunków udziału w postępowaniu – w wyniku podjętych decyzji o posłużeniu się swoim potencjałem, czego w toku postępowania nie mógł zmienić. Zdaniem odwołującego II jego zachowanie nie jest przy tym odosobnione. Wielu wykonawców nie może potwierdzić spełnienia warunku udziału w postępowaniu na skutek błędnych decyzji lub błędnej ich interpretacji. Podnosił, że gdyby jego zachowanie było z góry zaplanowaną strategią, to raczej od początku wskazałby prawidłowe zasoby, którymi potwierdziłby warunki udziału w postępowaniu (np. podmiotu trzeciego). Czy zatem ryzykowałby odrzuceniem jego oferty?

Na marginesie Odwołujący II zwracał uwagę, że najlepszym przykładem na to, że w praktyce zdarza się, że wykonawcy nie odpowiadają na wezwanie do przedłużenia oferty w sytuacji, gdy dochodzą do przekonania, że ich oferta podlega odrzuceniu. Tym bardziej dziwi więc fakt, że za wiarygodne przesłanki rzekomej z umowy przetargowej Zamawiający uznał okoliczność braku uzupełnienia wykazu usług na potwierdzenie postawionego warunku udziału w postępowaniu oraz braku przedłużenia terminu związania ofertą.

Odwołujący II stał również na stanowisku, że postrzeganie jako wiarygodnej przesłanki z umowy przetargowej okoliczności braku zadeklarowania korzystania z potencjału podwykonawców czy podmiotów trzecich jest nadużyciem ze strony Zamawiającego. Taka interpretacja nie znajduje uzasadnienia ani na gruncie przepisów ustawy Pzp ani realiów życiowych.

Odwołujący II podnosił, że jego prokurent składający samodzielnie ofertę doszedł błędnie do przekonania, że realizacja zamówienia z udziałem podwykonawców nie jest dla niego korzystna i chciał potwierdzić warunki samodzielnie i samodzielnie realizować zamówienie. Zatem niespełnienie warunków udziału w postępowaniu powinno co najwyżej skutkować sankcją odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, a nie z tytułu z umowy przetargowej poprzez zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołanie, w których wniósł o oddalenie odwołań. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do odwołującego I oraz odwołującego II, oświadczenia i dokumenty składane przez odwołującego I oraz odwołującego II w odpowiedzi na ww. wezwania, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania i odrzuceniu ofert odwołującego I oraz odwołującego II, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

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 wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.*

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) została złożona przez wykonawcę:
 - a) podlegającego wykluczeniu z postępowania
- 7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 255 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu.*

Art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1233) stanowi, że *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1689, 1705) stanowi, że *Zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest dowożenie uczniów do szkół w gminie Budry od 01.09.2023 r. do 30.06.2024 r. na podstawie zakupu biletów miesięcznych.

Ustalono, że zgodnie z Rozdziałem VIII SWZ:

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

a) Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę dowozu/ dostawę biletów dla minimum 100 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 100 000,00 zł – wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy; (załącznik nr 4 SWZ).

Ustalono także, że zgodnie z Rozdziałem X SWZ:

3. Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

4. Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują:

2) wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy -

załącznik nr 4 SWZ.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1)odwołującego I z ceną brutto 341.600,00 zł,
- 2)odwołującego II z ceną brutto 384.800,00 zł,
- 3)wykonawcy Transport Osobowy J. W. z ceną brutto 280.449,00 zł,

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono, że Odwołujący II - Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. Olsztyn - zarejestrowana jest pod nr KRS ni 0000979095 posiada dwuosobowy zarząd, w skład którego wchodzi Pan K. K. i Pan M. S.. Sposób reprezentacji podmiotu został ustalony w Dziale 2 Rubryka 1 KRS. Do składania oświadczeń w imieniu spółki jest wymagane współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Wspólnikiem firmy jest Pan M. S. i posiada większość udziałów firmy (70 %).

(por. informacja z KRS odwołującego II – w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono także, że oferta odwołującego II została podpisana przez prokurenta samoistnego W. W.. Odwołujący II załączył do oferty oświadczenie, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w ust. 2 rozdz. VIII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU SWZ nie polega na zasobach podmiotów trzecich.

(por. oferta odwołującego II – w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono, że odwołujący I – A. S. – do złożonej przez siebie oferty załączył zobowiązanie z dnia 13 lipca 2023 r. podmiotu - M. S., TRANSPORT OSOBOWY S. do udzielenia odwołującemu I swojego zasobu wiedzy i doświadczenia na określenie wykonywania zamówienia. Jak wynika z ww. zobowiązania, ww. podmioty będzie łączyła umowa o współpracy.

(por. oferta odwołującego I – w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono kolejno, że zamawiający pismem z dnia 21 lipca 2023 r. działając na podstawie 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego II do złożenia poniższych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia:

(...)

2) wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy wg. wzoru załącznik nr 4 SWZ; (...)

4) Oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej stanowiące wg. wzoru załącznik nr 8 SWZ

(por. ww. wezwanie – w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący II złożył m.in. wykaz usług, w którym wymienił usługę *Dowóz dzieci do szkół podstawowych i gimnazjum z terenu gminy Budry w okresie 1.09.2018 r.- 30.06.2019 r. Na podstawie biletów miesięcznych, wykonaną w okresie 01.09.2018R. 30.06.2019R.*

Odwołujący II złożył także oświadczenie, że *nie należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t. j. Dz.U. z 2021 r., poz. 275) z wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w niniejszym postępowaniu.*

(por. ww. dokumenty, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 28 lipca 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał odwołującego II do uzupełnienia aktualnych na dzień ich złożenia niżej wymienionych dokumentów: – *wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów– oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się*

lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - wg. wzoru załącznik nr 4 SWZ.

Zamawiający w ww. wezwaniu wskazał, że *Złożone dokumenty powinny potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu określony w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ (Wykonawca wykonał co najmniej 1 usługę dowozu dostawę biletów dla minimum 100 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 100 000,00 zł).*

Zamawiający w dniu 21.07.2023 r. zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które obejmowały m.in. wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył wykaz usług zawierający jedną pozycję, która obejmowała okres wykonania usługi od 01.09.2018 r. do 30.06.2019 r., a więc w okresie wykraczającym poza okres wskazany w SWZ. Ponadto nie zostały załączone dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. (por. ww. wezwanie z 28 lipca 2023 r. – w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący II złożył 2 sierpnia 2023 r. wykaz usług, w którym ponownie wymienił usługę *Dowóz dzieci do szkół podstawowych i gimnazjum z terenu gminy Budry w okresie 1.09.2018 r.-30.06.2019 r. Na podstawie biletów miesięcznych, wykonaną w okresie 01.09.2018r. 30.06.2019r.* Wykaz usług został podpisany przez członka zarządu odwołującego II – K. K..

(por. ww. wykaz, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 4 sierpnia 2023 r. zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 4, w związku z art. 108 ust 1 pkt. 5 ustawy Pzp wezwał odwołującego II do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu, tj. Oświadczenia o przynależności braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w niniejszym postępowaniu złożonego w dniu 24.07.2023 r.

W ww. wezwaniu zamawiający wskazał:

Zamawiający w dniu 21.07.2023 r. zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które obejmowały m.in. Oświadczenia o przynależności braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

Wykonawca w dniu 24.07.2023 r. w odpowiedzi na wezwanie złożył oświadczenie, oświadczając, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami.

Zamawiający stwierdził, co następuje:

Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. Aleja Mar. Józefa Piłsudskiego 75B, 10-449 Olsztyn zarejestrowana pod nr KRS nr 0000979095 posiada dwuosobowy zarząd, w skład którego wchodzi Pan K. K. i Pan M. S.. Sposób reprezentacji podmiotu został ustalony w Dziale 2 Rubryka 1 KRS. Do składania oświadczeń w imieniu spółki jest wymagane współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Wspólnikiem firmy jest Pan M. S. i posiada większość udziałów firmy (70 %).

W złożonej ofercie Pani A. S., Firma – Transport Osobowy S. M. S. zobowiązuje się do oddani do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienie Pani A. S. i posiada umowę o współpracy w tym zakresie. Transport Osobowy S. M. S. zarejestrowany w CEIDG w poz. pełnomocnicy ma wskazanego pełnomocnika przedsiębiorcy A. S..

Jednocześnie spółka Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. nie wykazuje wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w dowozie uczniów do szkół, gdzie jednocześnie wspólnik tej spółki, członek zarządu będąc właścicielem firmy Transport Osobowy S. M. S. udostępnia takie doświadczenie i wiedzę innemu wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu.

(por. ww. wezwanie z 4 sierpnia 2023 r. – w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący II złożył wyjaśnienia z dnia 4 sierpnia 2023 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje:

spółka Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. (dalej również Spółka) działa zgodnie z przepisami Kodeksu spółek handlowych, który nie zabrania aby wspólnik tej spółki sprawował funkcję członka zarządu.

Natomiast podmiot, który złożył ofertę również w niniejszym postępowaniu – A. S. – to odrębny od Spółki podmiot gospodarczy. Jednocześnie z ostrożności zaprzeczam twierdzeniom, aby podmiot ten konsultował swoje decyzje gospodarcze z zarządem spółki Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o.

Podkreślić również należy, iż M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transport Osobowy M. S. – jako podwykonawca A. S. – nie ma statusu samodzielnego wykonawcy, który kwalifikowałby go do uznania, że oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej dotyczy go podmiotowo.

Mając na uwadze powyższe pragniemy wskazać, że ww. podmioty, tj. A. S. oraz Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. nie należą do tej samej grupy kapitałowej i nie zawarły ze sobą porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

Same relacje rodzinne nie są wystarczające do stwierdzenia, iż jeden z przedsiębiorców ma pozycję dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym. Aby taka kontrola miała miejsce, konieczne jest wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w sferze biznesowej. Przy dwóch równych podmiotach nie można ustalić wyłącznie na podstawie relacji rodzinnych, iż istnieje zależność wynikająca, np. z większościowego udziału głosu, czy też udziału w mieniu wspólnym lub innej formy pozwalającej na wywieranie wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. Decyzja o złożeniu oferty w tym samym postępowaniu nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym, tym bardziej, iż złożenie dwóch ofert na te same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2021 r. KIO 1083/21.

Z samego faktu istnienia powiązań rodzinnych czy towarzyskich nie należy wywodzić zawarcia niedozwolonego porozumienia między dwoma podmiotami uczestniczącymi w danym postępowaniu. Znajomość pomiędzy dwoma przedsiębiorcami działającymi w tej samej branży na rynku lokalnym nie jest niczym nadzwyczajnym 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 występują wspólnie w formie konsorcjów, czasami używają sobie zasobów czy też uczestniczą w realizacji poszczególnych zamówień na zasadach podwykonawstwa. Oczywiście istnienie relacji, o których mowa wyżej, może stanowić punkt wyjścia dla stwierdzenia zaistnienia wiarygodnych przesłanek, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, jednakże muszą o tym świadczyć pozostałe okoliczności sprawy. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2022 r. KIO 2938/22.

Należy podkreślić, że referencje K. K., które spółka Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. wykazała przy potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, choć ostatecznie nie zostały one uznane, nie były to referencje podmiotu trzeciego w rozumieniu ustawy Pzp.

K. K. sprzedał zorganizowaną część przedsiębiorstwa na rzecz Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. (umowa z dnia 25 lipca 2022 r.), co dawało Spółce uprawnienie do posługiwania się ww. referencjami jak swoimi. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego (uchwała SN w sprawie III CZP 45/08) zbycie przedsiębiorstwa oznacza szereg sukcesji singularnych.

Ponadto Spółka nie wskazała w ofercie, że będzie korzystała z podwykonawcy, w tym potencjału podmiotu trzeciego.

W świetle art. 123 ustawy Pzp uprawnienie wykonawców biorących udział w postępowaniu do posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego jest ograniczone w czasie, tj. przysługuje jedynie do upływu terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Oznacza to, że wykonawca, który składając ofertę albo wniosek, potwierdzał w danym zakresie warunki udziału w postępowaniu albo kryteria selekcji za pomocą własnego potencjału, nie może – w odpowiedzi na wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, o którym mowa w art. 128 ust. 1 PZP – powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Ponadto, uprawnienie do powołania się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby po upływie tego terminu ograniczone jest do zakresu, w którym wykonawca na etapie składania wniosków albo ofert korzystał z udostępnianych zasobów.

Spółka innych własnych referencji na potwierdzenie postawionego warunku udziału w postępowaniu nie posiadała, dlatego też na wezwanie Zamawiającego złożyła tożsame dokumenty.

Zakres polegania przez wykonawcę na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby musi zostać określony do upływu terminu składania ofert i nie może zostać następnie w toku postępowania o udzielenie zamówienia, na wezwanie wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, rozszerzony. Wykonawca może zamiast skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego polegać na potencjale własnym, jednak nie odwrotnie. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2022 r. KIO 510/22.

Zważywszy na powyższe orzecznictwo oraz wyjaśnienia Spółki – Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. złożyła prawidłowe oświadczenie o braku zależności oraz przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Spółka ponadto nie mogła korzystać z potencjału podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z dyrektywą zawartą w normie art. 123 ustawy Pzp.
(por. wyjaśnienia odwołującego II z 4 sierpnia 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym)

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 4 sierpnia 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 2, w związku z art. 108 ust 1 pkt. 5 ustawy Pzp wezwał odwołującego I do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej stanowiącej - wg. wzoru załącznik nr 8 SWZ oraz wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1.

W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający w dniu 21.07.2023 r. zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które obejmowały m.in. Oświadczenia o przynależności / braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Wykonawca w dniu 24.07.2023 r. w odpowiedzi na wezwanie złożył oświadczenie, oświadczając, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami.

Zamawiający stwierdził, co następuje:

Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. Aleja Mar. Józefa Piłsudskiego 75B, 10-449 Olsztyn zarejestrowana pod nr KRS nr 0000979095 posiada dwuosobowy zarząd, w skład którego wchodzi Pan K. K. i Pan M. S. Sposób reprezentacji podmiotu został ustalony w Dziale 2 Rubryka 1 KRS. Do składania oświadczeń w imieniu spółki jest wymagane współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Wspólnikiem firmy jest Pan M. S. i posiada większość udziałów firmy (70 %).

W złożonej ofercie Pani A. S., Firma – Transport Osobowy S. M. S. zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia Pani A. S. i posiada umowę o współpracy w tym zakresie. Transport Osobowy S. M. S. zarejestrowany w CEIDG w poz. pełnomocnicy ma wskazanego pełnomocnika przedsiębiorcy A. S..

Jednocześnie spółka Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. nie wykazuje wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w dowozie uczniów do szkół, gdzie jednocześnie wspólnik tej spółki, członek zarządu będąc właścicielem firmy Transport Osobowy S. M. S. udostępnia takie doświadczenie i wiedzę innemu wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu.

Zgodnie z art. 108 ust 1 pkt. 5 PZP 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.

W związku z powyższym zamawiający żąda wyjaśnień w zakresie przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t. j. Dz.U. z 2021 r., poz. 275) z wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w niniejszym postępowaniu.

(por. ww. wezwanie z 4 sierpnia 2023 r. – w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący I złożył wyjaśnienia z dnia 10 sierpnia 2023 r. W wyjaśnieniach tych odwołujący I wskazał, co następuje:

1. Firma A. S. – to odrębny od Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. podmiot gospodarczy, które nie należą do tej samej grupy kapitałowej oraz nie zawarli ze sobą porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.
2. Prowadzę swoją działalność gospodarczą od roku 2017 r. oraz posiadam wszelkie wymagane prawem zezwolenia i koncesje na realizację przedmiotu zamówienia.
3. Nie jestem podmiotem kontrolowanym przez innego przedsiębiorcę, ponieważ prowadzę działalność jednoosobową, a tym bardziej przez Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o.
4. Mając na uwadze, że w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2021 r. poz. 275) przez grupę kapitałową rozumie wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę oświadczam, że nie mam udziałów w spółce Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o., nie zasiadam również w jej władzach, co wynika z jawnego KRS tej spółki.
5. W mojej działalności również nie ustanowiłam prokurentów ani zarządców sukcesyjnych, co wynika z jawnego rejestru CEIDG.
6. Ponadto z ostrożności wskazuję, że na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych samo istnienie powiązań pomiędzy wykonawcami nie oznacza automatycznego ich wykluczenia z postępowania.
7. Pragnę dodać, że dysponuję samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej mojej firmy, a zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach.

8. Dane podane w mojej ofercie w ww. postępowaniu były poufne, których nie przekazywałam nikomu.

9. Przepisy ustawy Pzp nie zabraniają udziału w postępowaniu wykonawcom i podwykonawcom, których łączy relacja rodzinna.

Mając na uwadze powyższe wskazuję, że nie należę do grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli oferty w ww. postępowaniu.

(por. wyjaśnienia odwołującego I z 10 sierpnia 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym)

Ustalono kolejno, że zamawiający pismem z dnia 11 sierpnia 2023 r. działając na podstawie 274 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego I do złożenia poniższych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia: (...)

2) wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy wg. wzoru załącznik nr 4 SWZ; (...)

(por. ww. wezwanie – w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący I złożył m.in. wykaz usług, w którym wymienił usługi:

1) dowóz uczniów 142 os/m-c na rzecz Gmina Budry o wartości 229 999,98 zł, wykonaną w okresie od 01.01.2023 r. do 30.06.2023 r.

2) dowóz uczniów 142 os/m-c na rzecz Gmina Budry o wartości 295 940,00 zł, wykonaną w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. (z wyłączeniem wakacji)

Wykaz usług w imieniu odwołującego I podpisał pan M. S.

(por. ww. wykaz, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że pismem z dnia 9 sierpnia 2023 r. zamawiający działając na podstawie art. 307 ust. 2 ustawy Pzp zwrócił się do odwołującego II z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie o 30 dni terminu związania z ofertą Wskazał, że aktualnie termin związania ofertą upływa w dniu 12.08.2023r.

(por. ww. wniosek – w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono także, że w wyznaczonym terminie odwołujący II nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą.

Następnie ustalono, że pismem z 11 września 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego I oraz odwołującego II o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 Pzp, o odrzuceniu oferty złożonej przez Transport Osobowy J. W. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy PZP, oraz o odrzuceniu oferty odwołującego I i odwołującego II. W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego I i II zamawiający wskazał, co następuje:

Zamawiający na podstawie art. 111 pkt 4 w związku z art. z art. 108 ust 1 pkt. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) wyklucza na okres 3 lat wykonawcę FIRMA A. S., ul. Warszawska 5b lok. 11, 11-040 Dobrze Miasto.

Zamawiający na podstawie art. 111 pkt 4 w związku z art. z art. 108 ust 1 pkt. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) wyklucza na okres 3 lat wykonawcę Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o., Aleja Mar. Józefa Piłsudskiego 75B, 10-449 Olsztyn.

Zamawiający w dniu 21 lipca 2023 r. wezwał wykonawcę Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o., którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat (zgodnie z Załącznik nr 4 do SWZ).

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. złożył wykaz usług wykonanych, w którym wskazał usługę dowozu dzieci do szkół i gimnazjum w gminie Budry w okresie 1.09.2018 - 30.06.2019. Zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2023 r. wezwał wykonawcę Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, iż podany przez wykonawcę wykaz usług zawierający jedną pozycję, która obejmowała okres wykonywania usługi od 01.09.2018 do 30.06.2019 wykracza poza okres wskazany w SWZ i tym samym nie spełnia postawionych wymagań w SWZ Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a).

Zamawiający w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ jako warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności

technicznej lub zawodowej wskazał m.in. na: „Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę dowozu/ dostawę biletów dla minimum 100 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 100 000,00 zł.,

Ocena spełniania tego warunku następuje na podstawie wykazu usług wykonanych (Załącznik nr 4 SWZ), a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

W uzupełnieniu w dniu 2 sierpnia 2023 r., wykonawca Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. wskazuje ponownie ten sam wykaz usług tj. wykonanych w okresie wykraczającym poza okres wskazany w SWZ. Tym samym wykonawca Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. nie potwierdził złożonymi dokumentami, iż spełnienia warunków udziału w postępowaniu określony w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ (Wykonawca wykonał, co najmniej 1 usługę dowozu dostawę biletów dla minimum 100 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 100 000,00 zł).

W tym miejscu w trakcie badania ofert Zamawiający powziął wątpliwość czy dwóch Wykonawców, którzy złożyli odrębne oferty w niniejszym postępowaniu tj. Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. oraz FIRMA A. S. nie należą do tej samej grupy kapitałowej lub czy nie zawarli porozumienia mającego na celu zakłócenia konkurencji w myśl art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP tj. „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”.

Firma Pana K. K. znana była Zamawiającemu, jako od lat działająca na rynku dowożenia i transportu osób czy to uczniów do szkół. Faktycznie również w gminie Budry świadczyła tę usługę w okresie 01.09.2018-30.06.2019 jeszcze jako zarejestrowana w CEDIG w miejscowości Kobyłka. Dlatego dosyć dziwnym wydawało się Zamawiającemu, iż wykonawca Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. nie przedstawił wymaganego doświadczenia, a wg. Zamawiającego takie doświadczenie posiadał. Brak przedstawienia doświadczenia z wymaganego przez zamawiającego okresu skutkowało niespełnianiem przez ofertę wykonawcy przesłanek udziału w postępowaniu, co w konsekwencji prowadziło do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiający powziął więc wątpliwości w jakim celu ten wykonawca zachowuje się w tym postępowaniu w ten sposób i czy nie doszło czasami do porozumienia pomiędzy wykonawcami tym bardziej, iż wspólnik spółki udostępnił swoje doświadczenie drugiemu wykonawcy.

Zamawiający na podstawie istniejących rejestrów i możliwych do uzyskania dowodów stwierdził, co następuje:

- Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. , Aleja Mar. Józefa Piłsudskiego 75B, 10-449 Olsztyn zarejestrowana jest pod nr KRS nr 0000979095 posiada dwuosobowy zarząd, w skład którego wchodzi Pan K. K. i Pan M. S. Sposób reprezentacji, podmiotu został ustalony w Dziale 2 Rubryka 1 KRS. Do składania oświadczeń w imieniu spółki jest wymagane współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu łącznie z prokurentem. Wspólnikiem firmy jest Pan M. S. i posiada większość udziałów firmy (70 %).

- W złożonej ofercie Pani A. S., Firma – Transport Osobowy S. M. S. zarejestrowana w CEDIG na Pana M. S. zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia Pani A. S. i posiada umowę o współpracy w tym zakresie.

- Transport Osobowy S. M. S. zarejestrowany w CEIDG w poz. pełnomocnicy ma wskazanego pełnomocnika przedsiębiorcy - Panią A. S.

Pani A. S. występuje w tym przetargu w charakterze wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. W świetle przedstawionych faktów nie jest możliwym aby te wszystkie zdarzenia odbywały się bez wiedzy , zgody i akceptacji wykonawcy A. S.

Zarówno działania M. S., udostępniającego doświadczenie , konkurencji jak i działania K. K. –tj. brak wykazania doświadczenia, brak wyrażenia zgody na przedłużenie związania z ofertą są działaniami na szkodę spółki ,eliminują ją z przetargu w celu wyboru oferty najdroższej.

- Jednocześnie spółka Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. nie wykazuje mimo posiadania , wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia w dowozie uczniów do szkół, gdzie jednocześnie wspólnik tej spółki, członek zarządu będąc właścicielem firmy Transport Osobowy S. M. S. udostępnia swoje doświadczenie i wiedzę konkurencyjnemu

podmiotowi biorącemu udział w postępowaniu.

W związku z powyższym Zamawiający dnia 4.08.2023 r. wezwał obu wykonawców tj.:

- Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu tj. Oświadczenia o przynależności braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w niniejszym postępowaniu złożonego w dniu 24.07.2023 r.

oraz

- Firmę A. S. do złożenia oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej stanowiące - wg. wzoru załącznik nr 8 SWZ oraz wyjaśnień dotyczących treści oświadczeń, o których mowa w art. 125 ust. 1. Ustawy PZP.

Obydwaj wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia oświadczając, iż nie należą do grupy kapitałowej z wykonawcami, którzy złożyli oferty w ww. postępowaniu oraz oferty złożyli samodzielnie. Ponadto Pan K. K. w swoim wyjaśnieniu informuje o powiązaniach rodzinnych między firmami.

Zamawiający w dniu 9.08.2023 r. wystąpił do wszystkich wykonawców z wnioskiem o przedłużenie terminu związania ofertą. W wyznaczonym terminie zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą oświadczeniem złożonym w dniu 10.08.2023 r. wyraziła tylko firma A. S.. Pozostali wykonawcy tj. Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. oraz Transport Osobowy J. W. nie złożyli stosownych oświadczeń, w związku z powyższym zamawiający odrzucił obie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP, który stanowi: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Mając na względzie przesłanki z umowy cenowej wskazane w wyroku KIO z dnia 1.10.2021 r. sygn. Akt : KIO 2378/21 oraz dalsze ustalenia poczynione przez Zamawiającego doszedł on do wniosku, iż z takim przypadkiem mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu Zamawiający zważył co następuje:

„Zgodnie z art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż 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. Ponadto zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233) - czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W wyroku KIO z dnia 1.10.2021 r. sygn. Akt : KIO 2378/21 tym podkreślono, iż pojęcie „porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji”, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, należy wyklądać przez pryzmat przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 275, dalej jako „u.o.k.k.”). Zgodnie z art. 4 pkt 5 u.o.k.k. przez porozumienie rozumie się:

- a) umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
- b) uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
- c) uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych.

Z kolei zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k. zakazane są m.in. porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (pkt 7). „

Zgodnie z przytoczonym wyrokiem KIO: „Porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji wpisuje się w porozumienie, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 7 u.o.k.k., przy czym w relacji do przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustawa Pzp ogranicza zakres porozumień mających na celu zakłócenie konkurencji do tzw. porozumień horyzontalnych, czyli uzgodnień dokonywanych przez wykonawców, a nie przez wykonawcę i zamawiającego.

Zawarcie porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji nie tylko jest sprzeczne z prawem, ale także z dobrymi obyczajami. Ponadto prowadzi ono do zniekształcenia konkurencji w danym postępowaniu, naruszając - w zależności od okoliczności stanu faktycznego - interesy wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia lub samego zamawiającego. Jak wskazał Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 30 grudnia 2019 r., sygn. akt XVII AmA 4/18, umowy przetargowe mogą przybierać wiele form, jednak zawsze mają na celu

osłabienie konkurencji między potencjalnymi wykonawcami, co ostatecznie może prowadzić do zawyżenia ceny lub pogorszenia jakości. Zmowy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja przy wyłanianiu zwycięzcy przetargu funkcjonowała prawidłowo.

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

Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 3 lutego 2020 r., sygn. akt VII Aga 1121/18, fakt zмов powinien być oceniany po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, albowiem w przypadku zмов przetargowej jej udowodnienie w oparciu o istnienie umowy regulującej zachowania przedsiębiorców przystępujących do przetargu będzie praktycznie niemożliwe. Dlatego też, w sytuacji braku dowodów bezpośrednich, fakt zawarcia zakazanego porozumienia może być udowodniony w sposób pośredni, jeśli podobieństwo postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego zachowania. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, przejawem takiego porozumienia mogą być przykładowo:

- 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy;
 - 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności;
 - 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.);
 - 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek nieuzupełnienia dokumentów, wadium itp.);
 - 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny,
 - 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych;
 - 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór (por. m.in. wyrok KIO z dnia 11 maja 2016 r., sygn. akt KIO 648/16, W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych, K. Kohutek, w: K. Kohutek i M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 286; D. Miąsik, Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym, Kraków 2004; E. Modzelewska-Wąchał, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2002).
- UOKiK w licznych publikacjach wskazuje na możliwe do zaobserwowania symptomy zмов przetargowej takie jak m.in. ten sam adres, więzy rodzinne czy nieoczekiwana rezygnacja z uczestnictwa w przetargu firmy, która złożyła korzystniejszą ofertę. UOKiK za zмов przetargową uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawiania ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną. Jako przykłady UOKiK wskazuje sytuacje, kiedy ceny wykonawców, którzy zawarli porozumienie, były kolejno niższe, a zwycięzca rezygnował z zawarcia umowy, aby umożliwić wybór oferty droższej, będącej propozycją przedsiębiorcy, z którym pozostawał w zмовie. (por. Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów „Zmowy przetargowe”, wydanie drugie zaktualizowane, Warszawa 2013).„

W ocenie Zamawiającego tego rodzaju symptomy zмов przetargowej miały miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie usługi dowozu „Dowożenie uczniów do szkół w gminie Budry od 01.09.2023 r. do 30.06.2024 r. na podstawie zakupu biletów miesięcznych”, a wiarygodne przesłanki wskazujące na zawarcie takiego porozumienia znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

- oba podmioty tj. Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. oraz Firma A. S. prowadzą działalność gospodarczą w bliskiej lokalizacji Olsztyn – Dobrze Miasto.
- bezspornym jest też fakt, że ww. podmioty prowadzą tożsamą rodzajowo działalność gospodarczą - przewóz osób, wielokrotnie startują w tych samych przetargach o dowożenie uczniów,

- podmioty wspierają siebie na rynku udostępniając swoje zasoby pomiędzy firmami,
- podmioty są powiązane rodzinnie,
- podmioty są powiązane osobowo - Pan M. S. jest członkiem zarządu firmy Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. Pan M. S. jest właścicielem firmy Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o., następnie jako właściciel firmy Transport Osobowy S. M. S. oddaje do dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby wykonania niniejszego postępowania firmie A. S.,
- Pani A. S. jest pełnomocnikiem w firmie Transport Osobowy S. M. S. i jakkolwiek nie jest zabronione działanie na jednym rynku podmiotów powiązanych osobowo czy gospodarczo, to powyższe okoliczności wskazują na istnienie prawdopodobieństwa wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych, które przy wystąpieniu dodatkowych okoliczności może uzasadniać podejrzenie naruszenia konkurencji,
- zamawiający przeanalizował również przetargi z ubiegłych lat i zachowania przedsiębiorców w tych przetargach pod przesłanką rozstawiania ofert i braku możliwości rozstrzygnięcia przetargu:
 - a) Przetarg dowożenie uczniów od 1.09.2021-30.06.2022 – złożone identyczne oferty przez firmy Usługi Transportowe K. K. i Transport Osobowy S. M. S., wezwani do złożenia ofert dodatkowych ponownie składają oferty identyczne, przetarg z tego powodu unieważniono.
 - b) Przetarg dowożenie uczniów od 1.01.2022-31.12.2022 - złożone identyczne oferty przez firmy Usługi Transportowe K. K. i Firma A. S. - przetarg unieważniono z powodu rażąco niskiej ceny.
 - c) Przetarg dowożenie uczniów od 1.01.2022-31.12.2022 - złożone identyczne oferty przez firmy Usługi Transportowe K. K. i Firma A. S. - przetarg unieważniono z powodu rażąco niskiej ceny.
 - d) Przetarg dowożenie uczniów od 1.01.2023-30.06.2023 – złożono identyczne oferty przez firmy Usługi Transportowe K. K. i Firma A. S. wezwani do złożenia ofert dodatkowych ponownie składają oferty identyczne, przetarg z tego powodu unieważniono.
- podobne zachowanie wykonawców Zamawiający zauważył w gminie Banie Mazurskie, postępowania nr GKIŚ.ZP.271.6.2023. W części 2 postępowania – Dowóz uczniów niepełnosprawnych do ZPEW w Gołdapi złożyli oferty od najtańszej: AMS LOGISTICS sp. z o.o., Światki (z KRS wynika iż jest to firma A. S., M. S. i B. S.), Firma A. S., Doł Miasto, Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o., Transport Osobowy S. M. S., Duet Plus Gołdap.

Z informacji uzyskanych z Urzędu Gminy w Baniach Mazurskich Zamawiający, również zauważa zachowanie przedsiębiorców mających na celu rozstawianie ofert i doprowadzenie do wyboru oferty najdroższej spośród „znających się wykonawców” tj. firmy Transport Osobowy S. M. S. Postępowanie to nie jest jeszcze zakończone.

Dodatkowymi okolicznościami w przedmiotowej sprawie było zachowanie wykonawcy Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. i wykonawcy Firma A. S. w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Na skutek wyłącznie działań i zaniechań tych podmiotów, Zamawiający w prowadzonym postępowaniu zmuszony zostałby do dokonania wyboru oferty najdroższej, tj. Firmy A. S..

Analizując przebieg zdarzeń ww. postępowaniu Zamawiający stwierdził, iż nie znajduje racjonalnego wytłumaczenia działanie wykonawcy Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o., który składał na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe w oderwaniu od treści warunku udziału w postępowaniu określonego Rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a) SWZ jak i w oderwaniu od treści wezwania skierowanego do niego przez Zamawiającego. Zauważyć należy, że przedmiotowy warunek dotyczył, że wykonawca „posiada wiedzę i doświadczenie, tj. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę dowozu/ dostawę biletów dla minimum 100 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 100 000,00 zł”. Warunek ten był czytelny i jednoznaczny.

Wykonawca, będący wszak profesjonalistą, startującym w wielu przetargach niewątpliwie miał świadomość, że tak złożony podmiotowy środek dowodowy nie potwierdza spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, w wezwaniu skierowanym w dniu 28 lipca 2023 r. do wykonawcy Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. Zamawiający wprost wskazał na wymagania wynikające z treści warunku i na braki w wykazie złożonym przez wykonawcę, a pomimo tego wykonawca braków tych nie uzupełnił, złożył dniu 8 sierpnia 2023r. ten sam wykaz.

Tak elementarne nieprawidłowości w wykazie narzędzi i urządzeń wskazują, iż działanie to miało charakter celowy, przemyślany a złożenie oferty miało charakter pozorny i miało doprowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz do odrzucenia jego oferty.

Wykonawca Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. jako podmiot profesjonalny musiał bowiem zdawać sobie sprawę z tego, jakie wymagania ustalono w warunku udziału w postępowaniu i jak należy wykazać ich spełnienie, tym bardziej, że Zamawiający w treści wezwania dokładnie mu to wytłumaczył.

W normalnych warunkach rynkowych mało prawdopodobne jest, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia składał podmiotowe środki dowodowe całkowicie nieodpowiadające wymaganiom określonym w warunku udziału w postępowaniu, tym bardziej, że opis tego warunku, jak i podmiotowych środków dowodowych, jakie należało złożyć celem wykazania jego spełnienia, był w przedmiotowym przypadku jednoznaczny i niebudzący jakichkolwiek

wątpliwości. Zauważyć należy, że Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. na tym etapie postępowania miał już świadomość, że trzecią w kolejności zamówienia jest oferta Firmy A. S. , jak i zdawał sobie sprawę, że przedstawienie nieprawidłowych podmiotowych środków dowodowych na wezwanie Zamawiającego spowoduje wykluczenie firmy Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. z postępowania i może doprowadzić do wyboru oferty dużo droższej , której zasoby udostępnił wspólnik powiązany rodzinnie z wykonawcą oferty o najwyższej cenie - Firmy A. S.

Biorąc pod uwagę takie działania zamawiający weryfikował informacje w celu potwierdzenia lub wykluczenia z umowy cenowej i zakłócenia konkurencji w powyższym postępowaniu.

W dniu 11.08.2023 r. Zamawiający otrzymał informację z Urzędu Gminy Lipka, iż Firma Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. realizowała dowóz uczniów do szkół, gdzie średnia ilość zakupywanych biletów miesięcznych przez gminę Lipka w okresie od 01.09.2022 do 30.06.2023 wynosiła ok 300 szt. a wartość zakupionych biletów w tym okresie wynosiła 345 689,66 zł brutto. Ponadto w dniu 9.08.2023 Zamawiający otrzymał informację z Urzędu Gminy Jonkowo, iż Firma Usługi Transportowe K. K. realizowała dowóz uczniów do szkół w latach 2020/2021 jako operator transportu publicznego. Średnia ilość zakupywanych biletów miesięcznych przez gminę Jonkowo wynosiła ok 219 szt. a orientacyjna wartość zakupionych biletów wynosiła ok. 90 tys. zł.

Pozyskane informacje jednoznacznie wskazują, iż wykonawca Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. na dzień składania ofert posiadał doświadczenie tj. zarówno spółka ubiegająca się o zamówienie osobno jak i każdy ze wspólników tej spółki w wymaganym przez zamawiającego okresie. Pozyskane informacje dodatkowo wskazują na zмовę cenową i zakłócenie konkurencji przez obu wykonawców w celu wyboru oferty oferującej najwyższą cenę.

Analiza okoliczności faktycznych sprawy pozwala zdaniem Zamawiającego na wyciągnięcie jednoznacznego wniosku, że Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. oraz wykonawca Firma A. S. zawarli porozumienie, którego celem było zakłócenie konkurencji w ww. postępowaniu poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której Zamawiający, na skutek działań podjętych przez ww. wykonawców, nie mógłby wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę (po rezygnacji firmy Transport Osobowy J. W.) zmuszony byłby do dokonania wyboru oferty najdroższej tj. Firmy A. S..

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 10 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2213/17, stwierdzenie zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymaga ustalenia, że niepodobieństwem jest, by określony stan rzeczy zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń, lecz jego źródłem jest porozumienie, uzgodnienie zainteresowanych podmiotów mające na celu określony rezultat rynkowy.

Zdaniem Zamawiającego znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, by taki stan rzeczy, jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń i by Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. nie przedstawił stosownego doświadczenia, które jak wynika z przedstawionych powyżej informacji i dokumentów posiadał a wykonawcy zachowywali się w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną.

Wnosząc na podstawie faktów, jakie wynikają z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie jedynym logicznym i racjonalnym wnioskiem jest stwierdzenie, iż obaj przedsiębiorcy dokonali uzgodnień warunków składanych ofert oraz ich zachowania w toku przetargu, a tym samym zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, aby doprowadzić do dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najdroższej, czyli oferty mniej korzystnej dla Zamawiającego ekonomicznie poprzez podjęcie w postępowaniu działań zmierzających do wyeliminowania oferty korzystniejszej cenowo z postępowania.

W oparciu o materiał dowodowy, ale też zasady logiki i doświadczenia życiowego, zachowania obu wykonawców nie da się wyjaśnić bez założenia ich uzgodnionego działania.

Zmowy przetargowe, mogą skutkować stratami w postaci wyboru przez zamawiającego oferty mniej korzystnej ekonomicznie, niż ta którą mógłby wybrać, gdyby konkurencja przy wyłanianiu zwycięzcy przetargu funkcjonowała prawidłowo. Zmowę przetargową uznaje m.in. działania polegające na stosowaniu mechanizmu rozstawiania ofert, a następnie wycofywania ofert bądź podejmowania innych działań zmierzających do eliminacji oferty z niższą ceną z postępowania, celem doprowadzenia do wyboru oferty z wyższą ceną.
(por. zawiadomienie z dnia 11 września 2023 r., w aktach sprawy).

Ustalono także, że w CEIDG przedsiębiorcy M. S. – Transport Osobowy, jako pełnomocnik w dacie 2 sierpnia 2023 r. figurowała A. S. (odwołujący I). W CEIDG z dnia 2 sierpnia 2023 r. ujawniono zakres tego pełnomocnictwa, to jest: zmiana wpisu, wpis informacji o zawieszeniu / wznowieniu działalności, wniosek o wykreślenie wpisu w CEIDG, prowadzenie spraw za pośrednictwem punktu kontrolnego (por. wydruk z CEIDG- załącznik do odpowiedzi na odwołania). Powyższe odpowiadało treści pełnomocnictwa M. S. dla A. S. z 21.09.2020 r. złożonego przez odwołującego I w trakcie rozprawy. Ponadto Izba, ustaliła, że na moment wyrokowania wpis o pełnomocnictwie został usunięty z

CEIDG przedsiębiorcy M. S. – Transport Osobowy (por. wydruk z CEIDG złożony przez odwołującego I na rozprawie).

Ustalono również, że prokurent odwołującego II - W. W. posiada prawo do samodzielnego prowadzenia wszelkich czynności związanych z ubieganiem się przez spółkę o udzielenie zamówień publicznych oraz nie ma obowiązku konsultacji z zarządem czynności związanych z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Z uchwały wynikało także, że członkowie zarządu nie biorą osobiście udziału w czynnościach związanych z udzielaniem zamówień (por. uchwała zgromadzenia wspólników odwołującego II, załącznik do odwołania).

W oparciu o odpowiedź gminy Lipka z dnia 11 sierpnia 2023 r. na wniosek zamawiającego o udostępnienie informacji publicznej (w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym) ustalono, że odwołujący II - Firma Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. realizowała dowóz uczniów do szkół na terenie gminy Lipka, przy czym średnia ilość zakupowanych biletów miesięcznych przez gminę Lipka w okresie od 01.09.2022 r. do 30.06.2023 r. wynosiła ok. 300 szt., a wartość zakupionych biletów w tym okresie osiągnęła kwotę 345 689,66 zł brutto.

Ustalono również, że członek zarządu odwołującego II i zarazem jego wspólnik dysponujący 70% udziałów odwołującego II – to jest pan M. S. (por. informacja z KRS odwołującego II, w aktach sprawy), w ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności gospodarczej pod nazwą Transport Osobowy S., M. S. wykonał usługę *Dowóz uczniów, 142 os/m-c o wartości 229 .999,98 zł, w okresie od 01.01.2023 r. do 30.06.2023 r.* na rzecz Gminy Budry oraz usługę *dowóz uczniów, 142 os/m-c o wartości 295.940,00 zł w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. (z wyłączeniem wakacji)* również na rzecz Gminy Budry (por. wykaz usług odwołującego I, w aktach sprawy).

Ustalono, że w postępowaniu na dowożenie uczniów w gminie Budry od 1.09.2021-30.06.2022 – znak 271.1.2021 - zostały złożone identyczne cenowo oferty przez firmy - Usługi Transportowe K. K. i Transport Osobowy S. M. S. (firmy członków zarządu odwołującego II), a wykonawcy ci wezwani do złożenia ofert dodatkowych ponownie złożyli oferty identyczne, co doprowadziło do unieważnienia tego postępowania (por. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 13 sierpnia 2021 r. w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym złożonym przez zamawiającego).

Dodatkowo ustalono, że w postępowaniu na dowożenie uczniów w gminie Budry w okresie od 1.01.2022 r. do 31.12.2022 r. - znak. 271.3.2021 – zostały złożone identyczne oferty przez firmy Usługi Transportowe K. K. (członek zarządu odwołującego II) i odwołującego I. Obydwaj wykonawcy wezwani do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny odpowiedzieli, że nieprawidłowo skalkulowali koszty w wyniku czego ich oferty odrzucono z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, a zamawiający zmuszony został do unieważnienia postępowania (por. informacja z otwarcia ofert, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 27.09.2021 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Ponadto ustalono, że w postępowaniu na dowożenie uczniów w okresie od 1.01.2023 r. do 30.06.2023 r. w gminie Budry – znak 271.4.2022 - wykonawca Usługi Transportowe K. K. (członek zarządu odwołującego II) i odwołujący I w wyniku wezwania do złożenia ofert dodatkowych złożyli zamawiającemu oferty identyczne, w wyniku czego zamawiający został zmuszony do unieważnienia postępowania (por. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 14 grudnia 2022 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego).

Ustalono również, że w postępowaniu prowadzonym przez gminę Banie Mazurskie, na dowożenie uczniów z terenu gminy Banie Mazurskie do placówek oświatowych w roku szkolnym 2023/2024 (nr postępowania GKIS.ZP.271.6.2023), w części 2 postępowania – dowóz uczniów niepełnosprawnych do ZPEW w Gołdapi - swoje oferty złożyli następujący wykonawcy (w kolejności od oferty najtańszej):

- a) AMS LOGISTICS sp. z o.o. (wspólnikami ww. spółki są A. S., M. S. i B. S. – por. informacja z KRS ww. spółki załącznik do odpowiedzi na odwołanie),
- b) odwołujący I,
- c) Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. - odwołujący II,
- d) Transport Osobowy S. M. S. (członek zarządu odwołującego II, a zarazem brat odwołującej I).

Jak wynikało z informacji zamawiającego uzyskanych w Gminie Banie Mazurskie, trzech najtańsi wykonawcy, wezwani do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, takich wyjaśnień nie złożyli. Wyjaśnienia złożył wyłącznie wykonawca Transport Osobowy S. M. S., co może doprowadzić do wyboru oferty tego wykonawcy, będącej ofertą najmniej korzystną cenowo dla gminy Banie Mazurskie (por. informacja z otwarcia ofert w ww. postępowaniu, notatka służbowa zamawiającego po rozmowie z pracownikiem z Urzędu Gminy Banie Mazurskie na nośniku elektronicznym z dokumentacją przekazany przez zamawiającego).

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Nie było sporne między stronami, że odwołujący I i odwołujący II nie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Sporne natomiast było to, czy

wykonawcy ci zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji i popełnili czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ustalił, że odwołujący II, choć miał taką możliwość, to jednak wyłącznie poprzez swe działania, nie wykazał warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, choć miał taką możliwość.

Zgodnie z rozdziałem VIII ust. 2 pkt 4 lit. a SWZ, O udzielenie zamówienia mógł ubiegać się wykonawca który w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 1 usługę dowozu/ dostawę biletów dla minimum 100 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 100 000,00 zł – wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy; (załącznik nr 4 SWZ).

Celem potwierdzenia ww. warunku, zgodnie z rozdziałem X ust. 4 pkt 2 SWZ, należało złożyć wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy - załącznik nr 4 SWZ.

Jak wynikało z treści przywołanego warunku, należało się wykazać doświadczeniem w „wykonaniu usługi” spełniającej określone wymogi. Podkreślenia wymagało, że w treści warunku zamawiający nie sprecyzował zaś, że chodzi o „wykonanie umowy”. Jeśli zatem w trakcie realizacji umowy, nawet takiej, której realizacja się jeszcze nie zakończyła, wykonawca zrealizował już usługę dowozu/ dostawę biletów dla minimum 100 uczniów do szkół przez okres co najmniej 1 roku szkolnego lub 1 roku kalendarzowego, o wartości rocznej nie mniejszej niż 100 000,00 zł, przypadającą w okresie referencyjnym, to taka usługa wpisywała się w treść warunku. Na możliwość wykazania się doświadczeniem w wykonaniu usług na podstawie umów trwających wskazywała wyraźnie treść samego warunku oraz dokumentów żądanych przez zamawiającego na jego potwierdzenie.

Jak wynikało z odpowiedzi gminy Lipka z dnia 11 sierpnia 2023 r. na wniosek zamawiającego o udostępnienie informacji publicznej (w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym), odwołujący II - Firma Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. realizowała dowóz uczniów do szkół na terenie gminy Lipka, przy czym średnia ilość zakupywanych biletów miesięcznych przez gminę Lipka w okresie od 01.09.2022 r. do 30.06.2023 r. wynosiła ok. 300 szt., a wartość zakupionych biletów w tym okresie osiągnęła kwotę 345 689,66 zł brutto.

Powyższe świadczyło o wykonaniu już usługi objętej warunkiem przez odwołującego II. Okoliczność, iż umowa ta nie została jeszcze zakończona, gdyż obowiązuje do 31.12.2023 r. nie miała zatem znaczenia w świetle warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ustalił, że ww. usługa wykonana na rzecz Gminy Lipka wpisywała się w treść warunku udziału w postępowaniu.

Pomimo to odwołujący II, po wezwaniu go przez zamawiającego w dniu 21 lipca 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ustawy Pzp, celem wykazania warunku z niezrozumiałych względów powołał się na usługę „Dowóz dzieci do szkół podstawowych i gimnazjum z terenu gminy Budry w okresie 1.09.2018 r. - 30.06.2019 r. na podstawie biletów miesięcznych”. Usługa ta nie została wykonana w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a zatem nie wpisywała się w treść warunku udziału w postępowaniu, czego odwołujący II musiał mieć świadomość, biorąc pod uwagę profesjonalny charakter prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. Trudno uznać, aby profesjonalny wykonawca, wykazując warunek nie zwrócił uwagi na standardowy okres referencyjny wymagany w warunku. Ponadto dostrzeżenia wymagało, że odwołujący II, wbrew treści wezwania, nie załączył dowodów określających czy ta usługa została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Zauważyć należy, że odwołujący II na tym etapie postępowania miał już świadomość, że skutkiem nieuzupełnienia przez niego dokumentów będzie uzyskanie zamówienia przez odwołującego I. Wezwanie zamawiającego z dnia 21 lipca 2023 r. skierowane zostało do odwołującego II w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, a więc jako do wykonawcy, którego ofertę oceniono najwyżej. Odwołujący II musiał mieć zatem świadomość, że oferta wykonawcy Transport Osobowy J. W. zostanie odrzucona.

Kolejno podkreślenia wymagało, że odwołujący II, pomimo dokładnego wytknięcia mu tego uchybienia w kolejnym wezwaniu zamawiającego skierowanym do niego do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 128 Pzp, w odpowiedzi na to wezwanie, z niezrozumiałych względów, ponownie wskazał na tę samą usługę. Uzupełnienie to miało zatem charakter pozorny.

Dostrzec należało również, że wymaganym przez zamawiającego doświadczeniem legitymował się także członek zarządu odwołującego II i zarazem jego wspólnik dysponujący 70% udziałów odwołującego II – to jest pan M. S. (por. informacja z KRS odwołującego II, w aktach sprawy). W ramach prowadzonej przez siebie jednoosobowej działalności gospodarczej pod nazwą Transport Osobowy S., M. S. wykonał bowiem usługę *Dowóz uczniów, 142 os/m-c o wartości 229.999,98 zł, w okresie od 01.01.2023 r. do 30.06.2023 r.* na rzecz Gminy Budry oraz usługę *dowóz uczniów, 142 os/m-c o wartości 295.940,00 zł w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. (z wyłączeniem wakacji)* również na rzecz Gminy Budry (por. wykaz usług odwołującego I, w aktach sprawy). Pomimo legitymowania się prawidłowym doświadczeniem, większościowy wspólnik i członek zarządu odwołującego II na etapie ofertowania nie zdecydował się na udostępnienie swego zasobu wiedzy i doświadczenia spółce, której jest wspólnikiem i członkiem zarządu, lecz swojej siostrze – A. S. (odwołujący I), która w tym postępowaniu złożyła konkurencyjną ofertę wobec odwołującego II.

Odwołujący II w treści odwołania wskazywał, że na ten zasób wiedzy i doświadczenia nie mógł się już powołać na etapie po złożeniu oferty. Jak wynika bowiem z art. 123 Pzp, *Wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.* Owszem, z uwagi na treść art. 123 Pzp, skoro odwołujący II, celem wykazania warunku, w momencie składania oferty oświadczył, że nie będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich, to z uwagi na brzmienie przywołanego wyżej przepisu, po złożeniu oferty, nie mógł zmienić swej decyzji na tym etapie. Jednak z pewnością taka możliwość powołania się na ten zasób istniała na etapie ofertowania. Z niezrozumiałych zaś przyczyn odwołujący II nie powołał się na ten zasób na etapie ofertowania.

Na podstawie całokształtu materiału dowodowego Izba ustaliła również, że pan M. S. aktywnie wspierał w postępowaniu nie spółkę, której jest wspólnikiem i członkiem zarządu, lecz swą siostrę – odwołującego I, która złożyła konkurencyjną ofertę w tym postępowaniu. Jak wynikało z treści zobowiązania pana M. S., załączonego do oferty odwołującego I, zobowiązał się on użyczyć odwołującemu I swój zasób wiedzy i doświadczenia na czas wykonywania zamówienia, zaś jego i odwołującego I miała łączyć umowa o współpracy.

Co więcej, pan M. S. w tym postępowaniu nie tylko użyczył swej siostrze – odwołującemu I - zasób wiedzy i doświadczenia, co umożliwiłoby jej uzyskanie zamówienia, (jednocześnie nie użyczając doświadczenia swej spółce), lecz także występował w postępowaniu jako pełnomocnik odwołującego I. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowanego do odwołującego I do złożenia podmiotowych środków dowodowych, odwołujący I złożył podpisany przez siebie wykaz usług. Wykaz usług odwołującego I, w polu *podpis osoby/ób uprawnionej/ych do podpisania oświadczenia w imieniu Wykonawcy*, w imieniu odwołującego I podpisał bowiem pan M. S.. Powyższe oznaczało, że pan M. S. podpisując wykaz usług odwołującego I działał niewątpliwie także w charakterze pełnomocnika odwołującego I. M. S. niewątpliwie więc wywierał wpływ na szeroko rozumianą ofertę odwołującego I w aspekcie polegania na jego zasobie wiedzy i doświadczenia, a także składał w imieniu odwołującego I podmiotowe środki dowodowe, działając aktywnie na rzecz uzyskania zamówienia przez odwołującego I. Jednocześnie zaś pan M. S. pełnił funkcję członka zarządu odwołującego II i był jego większościowym wspólnikiem.

Odwołujący II w treści swego odwołania powołał się na uchwałę zgromadzenia swych wspólników nr 1/05, z której wynikało, że prokurent spółki W. W. posiada prawo do samodzielnego prowadzenia wszelkich czynności związanych z ubieganiem się przez spółkę o udzielenie zamówień publicznych oraz nie ma obowiązku konsultacji z zarządem czynności związanych z udziałem w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Z uchwały wynikało także, że członkowie zarządu nie biorą osobiście udziału w czynnościach związanych z udzielaniem zamówień. Powołując się na tę uchwałę odwołujący II zwracał uwagę, że ofertę w jego imieniu podpisał prokurent pan W. W.

Jednakże, jak wynikało nawet z przebiegu tego postępowania, uchwała ta nie była konsekwentnie przestrzegana i

nie mogła być uznana za wiarygodny dowód, że członkowie zarządu odwołującego II nie biorą udziału w czynnościach związanych z udzielaniem zamówień. Dostrzeżenia wymagało bowiem, że – wbrew treści uchwały – w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia wykazu usług, odwołujący II złożył wykaz usług podpisany w dniu 2 sierpnia 2023 r. przez członka zarządu odwołującego II – Pana K. K. Z powyższego wynikało, że członkowie zarządu odwołującego II jednak biorą osobiście udział w czynnościach związanych z udzielaniem zamówień, również w tym postępowaniu.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia ofert odwołujących powołał się także na okoliczność, że w CEIDG przedsiębiorcy M. S. – Transport Osobowy, jako pełnomocnik w dacie 2 sierpnia 2023 r. figurowała A. S. (odwołujący I). Jak wynikało z wydruku CEIDG złożonego przez zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie, w CEIDG ujawniono zakres tego pełnomocnictwa, to jest: zmiana wpisu, wpis informacji o zawieszeniu / wznowieniu działalności, wnioski o wykreślenie wpisu w CEIDG, prowadzenie spraw za pośrednictwem punktu kontrolnego (por. wydruk z CEIDG- załącznik do odpowiedzi na odwołania). Powyższe odpowiadało treści pełnomocnictwa M. S. dla A. S. z 21.09.2020 r. złożonego przez odwołującego I w trakcie rozprawy. Ponadto Izba, ustaliła, że na moment wyrokowania wpis o pełnomocnictwie został usunięty z CEIDG przedsiębiorcy M. S. – Transport Osobowy (por. wydruk z CEIDG złożony przez odwołującego I na rozprawie).

Oceniając ww. okoliczności należało dojść do wniosku, że słusznie odwołujący I wywiódł, że zakres pełnomocnictwa nie był szeroki i nie uprawniał A. S. do zarządzania działalnością gospodarczą M. S. i że na moment wyrokowania to pełnomocnictwo zostało odwołane. Z drugiej jednak strony pełnienie przez A. S. funkcji pełnomocnika swego brata, nawet w ograniczonym zakresie, mające miejsce jeszcze w trakcie sporządzania ofert, świadczyło o ich bliskich relacjach i było okolicznością, która zamawiający miał prawo wziąć pod uwagę, oceniając pozostały materiał dowodowy zgromadzony w sprawie.

Zamawiający natomiast błędnie ustalił, jakoby w treść warunku udziału w postępowaniu wpisywała się usługa wykonana przez firmę Usługi Transportowe K. K. na dowóz uczniów do szkół w latach 2020/2021 jako operator transportu publicznego w gminie Jonkowo. Nie było sporne między stronami, że średnia ilość nabywanych biletów miesięcznych przez gminę Jonkowo wynosiła ok. 219 szt., a orientacyjna wartość zakupionych biletów oscylowała wokół kwoty ok. 90 tys. zł. Skoro zatem wartość tej usługi wyniosła ok. 90 tysięcy złotych, to nie odpowiadała treści warunku udziału w postępowaniu, gdyż zamawiający wymagał doświadczenia w wykonaniu usługi o wartości 100.000 zł.

Dodatkowo Izba stwierdziła, że zamawiający w dniu 9.08.2023 r. wystąpił do odwołującego I i odwołującego II z prośbą o przedłużenie terminu związania ofertą. W wyznaczonym terminie zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą wyraził tylko odwołujący I. Zgody takiej, z niezrozumiałych względów, nie wyraził natomiast odwołujący II.

Przedstawione wyżej działania i zaniechania odwołujących doprowadziły do sytuacji, w której zamawiający nie mógł wybrać oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a zarazem mającej najniższą cenę tj. oferty odwołującego II (po rezygnacji wykonawcy Transport Osobowy J. W.) i został zmuszony do dokonania wyboru oferty najdroższej tj. odwołującego I.

Zdaniem Izby, na podstawie całokształtu materiału dowodowego, zamawiający prawidłowo ustalił, że znikomy jest stopień prawdopodobieństwa, by taki stan rzeczy, jaki miał miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zaistniał w wyniku zwykłego przypadku i normalnego, typowego przebiegu zdarzeń.

Oceniając tę sytuację zamawiający miał prawo wziąć także pod uwagę sytuację, jaka miała miejsce w innych postępowaniach z udziałem ww. odwołujących a także i ich członków zarządu/ wspólników, czy też spółek, w których pełnią funkcje. Ustalono, że w postępowaniu na dowożenie uczniów w gminie Budry od 1.09.2021-30.06.2022 – znak 271.1.2021 - zostały złożone identyczne cenowo oferty przez firmy - Usługi Transportowe K. K. i Transport Osobowy S. M. S. (firmy członków zarządu odwołującego II), a wykonawcy ci wezwani do złożenia ofert dodatkowych ponownie złożyli oferty identyczne, co doprowadziło do unieważnienia tego postępowania (por. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 13 sierpnia 2021 r. w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym złożonym przez zamawiającego).

Dodatkowo ustalono, że w postępowaniu na dowożenie uczniów w gminie Budry w okresie od 1.01.2022 r. do 31.12.2022 r. - znak. 271.3.2021 – zostały złożone identyczne oferty przez firmy Usługi Transportowe K. K. (członka zarządu odwołującego II) i odwołującego I. Obydwaj wykonawcy wezwani do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny odpowiedzieli, że nieprawidłowo skalkulowali koszty w wyniku czego ich oferty odrzucono z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, a zamawiający zmuszony został do unieważnienia postępowania (por. informacja z otwarcia ofert, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z 27.09.2021 r., w aktach sprawy na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ponadto ustalono, że w postępowaniu na dowożenie uczniów w okresie od 1.01.2023 r. do 30.06.2023 r. w gminie Budry – znak 271.4.2022 - wykonawca Usługi Transportowe K. K. (członek zarządu odwołującego II) i odwołujący I w

wyniku wezwania do złożenia ofert dodatkowych złożyli zamawiającemu oferty identyczne, w wyniku czego zamawiający został zmuszony do unieważnienia postępowania (por. zawiadomienie o unieważnieniu postępowania z dnia 14 grudnia 2022 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Ustalono również, że w postępowaniu prowadzonym przez gminę Banie Mazurskie, na dowożenie uczniów z terenu gminy Banie Mazurskie do placówek oświatowych w roku szkolnym 2023/2024 (nr postępowania GKIS.ZP.271.6.2023), w części 2 postępowania – dowóz uczniów niepełnosprawnych do ZPEW w Gołdapi - swoje oferty złożyli następujący wykonawcy (w kolejności od oferty najtańszej):

- a) AMS LOGISTICS sp. z o.o. (wspólnikami ww. spółki są A. S., M. S. i B. S. – por. informacja z KRS ww. spółki załącznik do odpowiedzi na odwołanie),
- b) odwołujący I,
- c) Usługi Transportowe K. K. Sp. z o.o. - odwołujący II,
- d) Transport Osobowy S. M. S. (członek zarządu odwołującego II, a zarazem brat odwołującej I).

Jak wynikało z informacji zamawiającego uzyskanych w Gminie Banie Mazurskie, trzech najtańsi wykonawcy, wezwani do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, takich wyjaśnień nie złożyli. Wyjaśnienia złożył wyłącznie wykonawca Transport Osobowy S. M. S., co może doprowadzić do wyboru oferty tego wykonawcy, będącej ofertą najmniej korzystną cenowo dla gminy Banie Mazurskie (por. informacja z otwarcia ofert w ww. postępowaniu, notatka służbowa zamawiającego po rozmowie z pracownikiem z Urzędu Gminy Banie Mazurskie na nośniku elektronicznym z dokumentacją przekazanym przez zamawiającego).

Odwołujący I i odwołujący II, odnosząc się do ww. okoliczności ograniczyli się do stwierdzenia, że ich zdaniem, sytuacja, jaka miała miejsce w innych postępowaniach nie powinna być brana pod uwagę przez zamawiającego przy ocenie, czy doszło do zawarcia między nimi antykonkurencyjnego porozumienia w tym konkretnym postępowaniu.

Zdaniem Izby, owszem, dla ustalenia zмовы konieczne jest uprawdopodobnienie zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia w analizowanym postępowaniu. Z drugiej jednak strony, zamawiający dostrzegając niezrozumiałe działania odwołującego II, a także członka jego zarządu w tym postępowaniu zamierzające do uzyskania zamówienia przez odwołującego I, miał prawo przy ocenie prawdopodobieństwa przypadkowości takiego zachowania, ocenić dotychczasowe działania wykonawców pod kątem tego czy stanowią one kontynuację podobnie mało prawdopodobnych zachowań w przeszłości. Analiza działań zbliżonych do ich zachowań w przeszłości, musiała prowadzić do wniosku, że odwołujący nie zachowywali się również w tym przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia jak niezależne podmioty, które prowadzą wobec siebie działalność konkurencyjną i nie jest to dziełem przypadku.

Odwołujący I w treści swego odwołania dodatkowo podniósł, że w branży transportowej bardzo częste jest, iż po wyłonieniu wykonawcy w kolejnym postępowaniu nie ma on już zasobów, alby zrealizować umowę z takim zamawiającym, gdyż do czasu jego wyboru podpisał już kilka innych umów. Argumentował, że z tego powodu, żaden rozsądny przedsiębiorca nie weźmie na siebie zobowiązania, którego nie będzie w stanie wykonać. Izba stwierdziła, że na okoliczność, iż taka właśnie sytuacja była udziałem odwołującego II w tym postępowaniu, odwołujący I nie przedstawił żadnego dowodu. Co istotne dowodów na taki powód niezupelnienia dokumentów na potwierdzenie warunku, pomimo posiadania takiej możliwości czy niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, nie przedstawił sam odwołujący II. Podkreślenia wymagało ponadto, iż odwołujący II nawet nie twierdził, iż taki właśnie jest powód zaistnienia rozpatrywanej sytuacji. Wobec powyższego ww. twierdzenia odwołującego I należało ocenić jako gołosłowne przypuszczenia.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zachowania odwołujących, jakie miały miejsce w tym postępowaniu, w świetle całokształtu materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, wskazywały na zaistnienie zjawiska wymiany istotnych informacji gospodarczych między nimi co zaowocowało procederem rozstawiania ofert, w wyniku którego zamawiający musiałby wybrać jako najkorzystniejszą droższą ofertę złożoną przez odwołującego I. Zamawiający nie złożył wprawdzie Izbie bezpośredniego dowodu na zawarcie między odwołującymi antykonkurencyjnej zмовы w postaci treści takiego pisemnego porozumienia między wykonawcami. Jednakże, nie było sporne między stronami, że w tego rodzaju sprawach pozyskanie takiego dowodu jest najczęściej niemożliwe, a wykazanie tego rodzaju porozumienia opiera się zazwyczaj na dowodach pośrednich oraz domniemaniach faktycznych, tj. ustalenia pewnych faktów mogą być dokonane, jeżeli możliwe jest wyprowadzenie takiego wniosku na podstawie innych faktów.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba uznała, że zamawiający, biorąc pod uwagę zasady logiki i doświadczenia życiowego prawidłowo ustalił, iż miało miejsce zawarcie antykonkurencyjnego porozumienia między odwołującymi w rozumieniu art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, które jest zakazane zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1689, 1705) i jednocześnie jest kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego należało dojść do wniosku, że zamawiający prawidłowo uznał, iż oferty obu odwołujących podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a), art. 226 ust. 1 pkt 7, w związku z art. 108 ust 1 pkt. 5 ustawy

Pzp, w związku z art. 3 ust. 1 ustawy z dn. 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 poz. 1233) oraz art. 6 ust.1 pkt 7 ustawy z dn. 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. 2023 poz. 1689).

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenia Izby, o których mowa w pkt 1, 2 sentencji, miały charakter merytoryczny, gdyż odnosiły się do oddalenia odwołań. Z kolei orzeczenia Izby zawarte w pkt 3, 4 sentencji miały charakter formalny, gdyż dotyczyły kosztów postępowania, a zatem były postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanych sprawach nie stwierdzono zarzucanych zamawiającemu naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało koniecznością oddalenia odwołań.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 i w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła oba odwołania. Odpowiedzialność za wynik postępowań ponosili zatem odwołujący. Na koszty każdego z postępowań składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołujących w kwocie 7.500 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do wyniku postępowań - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 11 w zw. § 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....