

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2019 r. przez wykonawcę **J.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IHOL J.K., ul. Piotrkowska 257a lok 58, 90-456 Łódź** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd m. st. Warszawy Urząd Dzielnicy Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa**

orzeka:

1. A. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazuje w wyniku ponownej oceny ofert wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawcy EFL Polaris sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie
B. oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy EFL Polaris sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Urząd m. st. Warszawy Urząd Dzielnicy Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J.K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą IHOL J.K., ul. Piotrkowska 257a lok 58, 90-456 Łódź** tytułem wpisu od odwołania i:
 - 2.1. zasądza od zamawiającego **Urząd m. st. Warszawy Urząd Dzielnicy Praga-Południe, ul. Grochowska 274, 03-841 Warszawa** na rzecz **J.K. prowadzącego**

działalność gospodarczą pod nazwą IHOL J.K., ul. Piotrkowska 257a lok 58, 90-456 Łódź kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Urząd m. st. Warszawy Urząd Dzielnicy Praga-Południe, ul. Grochowska 274,03-841 Warszawa prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. „Wymiana opraw oświetleniowych w Szkole Podstawowej nr 312 przy ul. Umińskiego 12, Zespole Szkół nr 37 przy al. Stanów Zjednoczonych 24”. Wartość zamówienia dotyczącego robót budowlanych nie przekracza kwoty 5 548 000 euro.

Odwołujący: J.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: IHOL J.K., Łódź, ul. Piotrkowska, nr 257a, wniósł odwołanie na czynność(i) oraz zaniechania Zamawiającego polegające na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EFL Polaris Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 12A, 05-250 Słupno, pomimo tego, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu a oferta złożona przez EFL Polaris Sp. z o.o. podlegała odrzuceniu, Zamawiający zaś bezpodstawnie zaniechał podjęcia czynności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy PZP przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy EFL Polaris Sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pomimo tego, że należąc do tej samej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798, 650, 1637 i 1669), złożył odrębną ofertą oraz nie wykazał, że istniejące między wykonawcami powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza a złożonej przez EFL Polaris Sp. z o.o., pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

-unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach której Zamawiający zobowiązany będzie do wykluczenia wykonawcy EFL Polaris Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego Wykonawcę.

Odwołujący posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą PZP. Gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej czynności w postępowaniu, wówczas wykluczyłby wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą z udziału w postępowaniu oraz odrzuciłby ofertę złożoną przez tego wykonawcę. Tym samym Odwołujący, miałby realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz w tych warunkach miałby realną szansę uzyskania zamówienia bowiem jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Działania Zamawiającego w oczywisty sposób naruszają usprawiedliwiony interes ekonomiczny Odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie realnej szkody - nieuprawnionym pozbawieniem możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odwołania.

Ad. 1 - art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy PZP;

1.1. W postępowaniu odrębne oferty w postępowaniu złożyli niżej wymienieni Wykonawcy:

- a) EFL Polaris Sp. z o.o. (wykonawca którego ofertę uznano za najkorzystniejszą)
- b) D-Well Sp. z o.o.

Zgodnie z informacjami wynikającymi z odpisów aktualnych z KRS, potwierdzonymi także stanowiskiem wykonawcy Efl Polaris :

-Prezesem Zarządu obydwu ww. Spółek jest D.Ś. -Wspólnikiem obydwu ww. Spółek jest D.Ś.

-obydwie ww. Spółki prowadząca działalność pod adresem ul. ŻEROMSKIEGO, nr 12 A, miejsc. SŁUPNO, kod 05-250, poczta SŁUPNO, kraj POLSKA, przy czym adres ten jest siedzibą Spółki EFL Polaris oraz miejscem prowadzenia działalności gospodarczej przez firmę D-Well (zakład produkcyjny).

Nadto, odrębną ofertę w niniejszym postępowaniu złożyła firma LUMASTER Sp. z o.o. z siedzibą również pod tym samym adresem - ul. ŻEROMSKIEGO, nr 12 A, miejsc. SŁUPNO, kod 05-250, poczta SŁUPNO, kraj POLSKA. W firmie Lumaster Sp. z o.o. wspólnikiem oraz Prezesem Zarządu jest B.Ś..

Zgodnie z definicją legalną grupy kapitałowej wynikającą z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798, 650, 1637 i 1669) przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

W realiach sprawy będącej przedmiotem rozstrzygnięcia oczywiste jest, że co najmniej Wykonawcy EFL Polaris Sp. z o.o. oraz D-Well Sp. z o.o. należą do grupy kapitałowej w rozumieniu ww. przepisów. Podmioty te są powiązane zarówno osobowo jak i kapitałowo

osobą D.Ś.. Nadto faktycznie prowadzą działalność gospodarczą pod jednym adresem - siedziba EFL Polaris oraz Zakład Produkcyjny D-Well.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO (wyrok za sygn. akt KIO 885/19): Izba uznaje, że błędne jest utożsamianie faktu przynależności do grupy kapitałowej tylko z faktu powiązania kapitałowego wykonawców (spółek kapitałowych). Za przyjęciem faktu przynależności do grupy kapitałowej należy rozumieć każdą więź między wykonawcami, która może prowadzić do zakłócenia rzeczywistej konkurencji w postępowaniu.

W sytuacji w której wspólnikiem oraz Prezesem Zarządu obydwu Spółek jest jedna i ta sama osoba więź tego rodzaju jest więcej niż oczywista.

1.2. Zgodnie z treścią art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy PZP Zamawiający wyklucza wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798 ze zm.), złożyli odrębne oferty, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgodnie literalną treścią ww. przepisu, ciężar dowodu że istniejące między wykonawcami powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji spoczywa wyłącznie na wykonawcach. W konsekwencji dowód na niezakłócenie konkurencji muszą przedstawić wykonawcy (tak też KIO 2095/18, - teza 3).

W sprawie będącej przedmiotem rozstrzygnięcia Zamawiający, dwukrotnie (pismem z dnia 17.06.2019r. oraz z dnia 09.07.2019r.) wzywał wykonawcę EFL Polaris do złożenia wyjaśnień w zakresie powiązań istniejących pomiędzy firmami D-Well Sp. z o.o., EFL Polaris Sp. z .o.o. oraz Lumaster Sp. z .o.o.

Odpowiedź udzielona przez firmę EFL Polaris na wezwanie Zamawiającego sprowadzała się do lakonicznego oświadczenia, że Spółki te posiadają ten sam adres Żeromskiego 12 A, Słupno jedynie, ale są oddzielnymi niepowiązаныmi podmiotami.

Zgodnie z KRS w spółce Efl Polaris Sp. z o.o oraz D-well Sp. z o.o. prezesem zarządu jest osoba D.Ś., jednak oferta została złożona przez drugiego umocowanego do tej czynności Prezesa A.Ś., czynność ta nie powoduje naruszenia zasad konkurencyjności, bowiem A.Ś. składał ofertę jako oddzielny podmiot w imieniu Efl Polaris Sp. z o.o. natomiast Pan D.Ś. złożył ofertę w imieniu D-well sp. z o.o., każda z tych firm prowadzi inną politykę handlową firm, posiada oddzielną kadrę i adres siedziby ponieważ firma D-well jest zarejestrowaną na ul. Korsarska 20 w Warszawie, posiada jedynie oddział Słupnie przy ul. Żeromskiego 12 a.

Podkreślamy ,że spółka Efl Polaris sp. z o.o. nie jest powiązana kapitałowo ze spółką D-well sp. z o.o., ani Lumaster sp. z o.o. dlatego nasza oferta nie narusza zasad konkurencyjności.

W świetle powszechnie obowiązujących przepisów prawa oczywiste jest, że ofertę w niniejszym postępowaniu złożyła Spółka (D-well, EFL Polaris) nie zaś Prezes Zarządu

Spółki. Wykonawcą w postępowaniu jest więc wyłącznie osoba prawna w postaci Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie zaś osoba fizyczna w postaci Prezesa Zarządu. W związku z powyższym, tezy, że „Pan A.Ś. składał ofertę jako oddzielny podmiot w imieniu EFL Polaris a Pan D.Ś. złożył ofertę w imieniu D-Well” pozostają całkowicie oderwane od zasad obowiązującego porządku prawnego - zarówno ustawy PZP jak również przepisów prawa cywilnego oraz kodeksu spółek handlowych.

Nadto należy zauważyć, że oświadczenie złożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.06.2019 r. pozbawione jest jakichkolwiek walorów dowodowych.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, wykonawca EFL Polaris winien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu już tylko z uwagi na brak przedstawienia dowodów na niezakłócenie konkurencji w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.06.2019r.

Niezależnie od powyższego, pomimo braku ku temu podstaw prawnych, Zamawiający dostrzegając wady wskazanej powyżej odpowiedzi zdecydował się ponownie wezwać Wykonawcę EFL Polaris do przedłożenia dowodów na niezakłócenie konkurencji (pismem z dnia 09.07.2019r.). Zamawiający jednoznacznie wskazał, że na potwierdzenia swojego stanowiska Wykonawca może przedstawić dokumenty odnoszące się do powiązań objętych wezwaniem Spółek tj. Lumaster, D-well, Efl Polaris.

W odpowiedzi na drugie wezwanie wykonawca Efl Polaris przedstawił księgę udziałów oraz sprawozdanie finansowe wyłącznie dla Spółki Efl Polaris, całkowicie ignorując okoliczności dotyczące pozostałych spółek objętych wezwaniem tj. D-well, Lumaster. Co więcej, przedstawione dla Efl Polaris dokumenty nie tylko nie potwierdzają braku powiązań, a wręcz dodatkowo potwierdzają istniejące powiązania. Także fakt, że odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 09.07.2019 r. podpisał właśnie D.Ś. jako Prezes Zarządu Efl Polaris (czyli ta sama osoba która podpisała ofertę w imieniu D-well) potwierdza tylko dodatkowo oczywisty fakt, że doszło do jawnego zakłócenia konkurencji.

W związku z powyższym, w świetle udzielonych przez wykonawcę EFL Polaris odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z całą pewnością można uznać, że wykonawca ten nie wykazał, że istniejące między wykonawcami powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wręcz przeciwnie jednoznacznie wykazał i potwierdził, że prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu - np. poprzez podpisanie dokumentów w postępowaniu przetargowym dla dwóch Wykonawców - D-Well i Efl Polaris przez tą samą osobę tj. D.Ś..

1.3. Okoliczność, że istniejące pomiędzy wykonawcami powiązania doprowadziły do zakłócenia konkurencji w postępowaniu potwierdzają także następujące okoliczności faktyczne. Wykonawcy Lumaster, D-Well oraz Efl Polaris złożyły oferty, których ceny były

ukształtowane skokowo - Lumaster 205.000 zł, D-well 233.000 zł. a Efl Polaris 257.000 zł.

Poniżej zestawienie ofert:

3.	LUMASTER Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 12A, 05-250 Słupno	205 000,00
4.	EFL Polaris Sp. z o.o., ul. Żeromskiego 12A, 05-250 Słupno	257 000,00
5.	D-well Sp. z o.o. , ul. Korskarska 20, 03-687 Warszawa, oddział w Słupnie, ul. Żeromskiego 12A, 05-250 Słupno	233 000,00

W dalszej kolejności dwie z ww. firm tj. Lumaster oraz D-well zaniechały udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Tym samym oferty Lumaster oraz D-Well Sp. z o.o. zostały odrzucone przez Zamawiającego a wybrana została najdroższa z grupy kapitałowej oferta złożona przez Efl Polaris Sp. z o.o.

Należy także zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu wszystkie ww. podmioty złożyły Zamawiającemu oświadczenia, że nie należą do grupy kapitałowej. Złożenie przez wykonawcę oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w sytuacji, gdy wykonawca miał wiedzę, że przynależy do tej samej grupy kapitałowej (zamierzone działanie wykonawcy w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu), może skutkować także wykluczeniem z postępowania takiego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp (tak: KIO 885/19)

Ad. 2 - Art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy PZP;

2.1 Zamawiający zgodnie z treścią OPZ dla przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia wymagał, żeby Wykonawca dołączył do oferty karty katalogowe oraz wykaz proponowanych dla tego zadania oprav.

W zakresie wymogu dotyczącego kart katalogowych, Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania (odpowieź na pytanie nr 5 z dnia 10.05.2019r.) zmodyfikował treść SIWZ w ten sposób że złożenia kart katalogowych wymagał dopiero na wezwanie Zamawiającego od wykonawcy którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą. Poniżej treść pytanie nr 5 oraz odpowiedź Zamawiającego.

Pytanie 5. Zamawiający wymaga, aby złożyć karty katalogowe. Jednak w SIWZ jest informacja, że należy to zrobić na wezwanie Zamawiającego, natomiast w opisie przedmiotu zamówienia wykonawca ma złożyć karty katalogowe wraz z ofertą. Proszę o informację kiedy należy złożyć karty katalogowe?

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza, że karty katalogowe należy złożyć na wezwanie, przez oferenta, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą.

Zamawiający żadną czynnością nie zwolnił jednak wykonawców biorących udział w postępowaniu z przedłożenia wykazu proponowanych dla zadania oprav. W związku z powyższym, złożenie wraz z ofertą wykazu oprav było bezwzględny obowiązkem każdego

wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Zgodnie z treścią SIWZ wykaz proponowanych oprav stanowił obligatoryjny element oferty-treść oferty określająca zobowiązanie ofertowe.

Wykonawca którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wypełnił obowiązku, jaki Zamawiający nałożył na wykonawców. W konsekwencji, oferta podlegała odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust 1 pkt. 2 ustawy PZP. Nie istnieje bowiem, prawnie skuteczna możliwość sanacji tego rodzaju błędów w treści oferty, bez naruszenia przepisów ustawy PZP. Taki stan rzeczy potwierdza także aktualne orzecznictwo KIO.

Zgodnie z wyrokiem KIO 423/18: Z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje, tak aby Zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ.

Nadto, zgodnie z wyrokiem KIO 2082/17: Z oferty musi jednoznacznie wynikać, jakie produkty i rozwiązania wykonawca oferuje tak aby zamawiający mógł zweryfikować poprawność oferty pod kątem wszystkich wymagań określonych w SIWZ. Niedopuszczalne jest doprecyzowywanie treści oferty (rozumianej jako zobowiązanie wykonawcy tak co do zakresu, jak i sposobu wykonania zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych przez zamawiającego) po upływie terminu na jej złożenie. Przyzwolenie, aby wykonawca określał swoje zobowiązanie ofertowe w sposób niekonkretyzujący wszystkich istotnych z punktu widzenia zamawiającego aspektów, a dopiero po otwarciu ofert, na etapie ich badania, precyzował oferowane rozwiązania, stałoby w sprzeczności z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, dopuszczając możliwość manipulacji treścią oferty, a po stronie zamawiającego powodowałoby niepewność co do rzeczywistych cech oferowanego przedmiotu zamówienia oraz utrudnienie w ustaleniu jego zgodności z wymaganiami opisanymi w SIWZ. Wyjaśnienia w trybie art 87 ust. 7 pzp mogą służyć wyłącznie rozwianiu wątpliwości co do tego, co już w ofercie zostało przedstawione, przepis ten natomiast wprost zabrania dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, a za zmianę

taką należy uznać wskazanie dodatkowych cech oferowanych rozwiązań, istotnych z punktu widzenia spełniania wymagań SIWZ.

Podstawą oceny ofert powinna być pierwotna oferta złożona przez wykonawcę. Ewentualne wyjaśnienia i dokumenty złożone Zamawiającemu następczo czyli po terminie składania ofert nie mogą, co do zasady, być brane pod uwagę, chyba że dotyczy to sytuacji przewidzianych w procedurze w przepisach art. 26 ust 3 i 4 p.zp. lub art. 87 ust 7 p.zp.

2.2 Oferta złożona przez wykonawcę EFL Polaris podlega odrzuceniu także dlatego, że parametry techniczne oferowanych opraw oświetleniowych nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ. Jest tak z uwagi na wskazanej poniżej okoliczności.

Zgodnie z treścią Załącznika nr 7 do SIWZ (Opis przedmiotu Zamówienia) Zamawiający wskazał minimalne parametry techniczne opraw.

Dla oprawy z punktu B podany był wymiar 1300x210x74mm wraz z tolerancją +/- 5%. Wykonawca EFL Polaris zaproponował oprawę DEGO-130, której wymiary wynoszą 1300x200x70mm. Poniższa tabela prezentuje dopuszczone przez Zamawiającego wymiary (z uwzględnieniem założonej tolerancji) oraz wymiary oferowanej oprawy:

Wymiary oferowanej oprawy	1300	200	70
Dopuszczone przez Zamawiającego			
wymiary	1365-1235	220,5-199,5	77,7-70,3

Z porównania jednoznacznie wynika, że jeden z wymiarów oprawy DEGO-130 nie mieści się w dopuszczonej tolerancji, zatem oprawa nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Nadto, dla oprawy z punktu C podana była sprawność oprawy na poziomie co najmniej 75%. Sprawność oprawy jest to stosunek strumienia świetlnego oprawy do strumienia świetlnego źródła światła (lampy). Poniżej Odwołujący przedstawia stosowny wzór dla obliczeń:

POLITECHNIKA POZNAŃSKA ZAKŁAD TECHNIKI ŚWIETLNEJ I ELEKTROTERHM

Parametry, wskaźniki, wymagania fotometryczne i techniczne opraw

Sprawność oprawy Φ / Φ_0

Φ - strumień świetlny wypromieniowany z oprawy

Φ_0 - suma strumieni lamp w oprawie

W celu obliczenia sprawności oprawy należy zatem podzielić strumień świetlny oprawy przez strumień świetlny źródeł światła LED (lampy). Wykonawca EFL Polaris zaproponował oprawę ORO-2, której obliczona sprawność wynosi 69%. Podstawą wskazanego poniżej wyniku jest podstawienie parametrów oznaczonych na żółto w karcie katalogowej oprawy ORO-2 do wzoru jak wyżej tj. $1800/2600 = 0.69$.

W konsekwencji, sprawność oferowanej oprawy jest niedostateczna przez co nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Dla oprawy z punktu D podana była moc maksymalna oprawy 185W oraz minimalny strumień świetlny 18500lm. Wykonawca załączył kartę katalogową oprawy RUBIN SPORT NEW LED, na której są cztery warianty opraw o mocy: 63W, 125W, 188W, 250W. Jednak żaden z wariantów nie spełnia w/w warunków tj. mocy maksymalnej 185W i strumienia świetlnego min. 18500lm.

RUBIN SPORT NEW LED	63 W	LED 8000
RUBIN SPORT MEW LED	125 W	LED 16000
RUBIN SPORT NEW LED	188 W	LED 24000
RUBIN SPORT NEW LED	250 W	LED 32000

Zatem wykonawca nie zaoferował oprawy oświetleniowej spełniającej w tym względzie wymagania Zamawiającego.

Do odwołania załączono:

- informacje odpowiadające odpisowi aktualnemu z KRS dla EFL Polaris Sp. z o.o., D-Well Sp. z o.o., Lumaster Sp. z o.o.
- karty katalogowe dla opraw DEGO-130 oraz ORO-2.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie stwierdzając, że przeprowadził wszystkie czynności zgodnie z ustawą pzp i aktualną linią orzecniczą i poprawnie dokonał wyboru oferty EFL Polaris sp. z o.o.

Poddał w wątpliwość interes odwołującego, który stwierdził, że „miałby realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz w tych warunkach miałby realną szansę uzyskania zamówienia /.../”.

Zamawiający wskazał, że prowadzi postępowanie w procedurze odwróconej i nie można stwierdzić, że oferta odwołujący spełnia warunki udziału, gdyż nie było to badane. W świetle art. 24aa pzp badano tylko ofertę najkorzystniejszą, a odwołujący zajmuje trzecie miejsce w rankingu.

Ad 1. Zamawiający otrzymał od EFL Polaris oświadczenie dotyczące braku przynależności do grupy kapitałowej. Prowadził postępowanie wyjaśniające, dwukrotnie wzywając do wyjaśnień powiązań osobowych i kapitałowych ze spółkami, które również złożyły oferty. Dokumenty, jakich mógł żądać określa rozp. MR z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../, zatem kolejne wezwanie do przedstawienia innych dokumentów mogłoby być uznane za nadmierne.

Wskazał na wyrok KIO 692 i 693/18: „wspólny adres siedziby ww wykonawców, powiązania rodzinne i osobowe między wspólnikami oraz członkami zarządów obu wykonawców, w tym związek małżeński pomiędzy komandytariuszem ATF sp. z o.o. sp. k. oraz członkiem zarządu ATF sp. z o.o. panem TF a prezesem zarządu LOTO – panią AF oraz fakt zatrudnienia pani AF na podstawie umowy pracę w spółce ATF, w ocenie Izby, a priori nie przesądzały o zawarciu niedozwolonego prawem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Na gruncie ustawy pzp brak jest zakazu ubiegania się o to samo zamówienie publiczne przez wykonawców powiązanych więzami rodzinnymi, czy też posiadających siedziby pod tym samym adresem. Co więcej, również okoliczność wspólnej siedziby została uzasadniona przez O. który wskazał, że wynikała ona z faktu oddania przez wykonawcę ATF nieruchomości wykonawcy LOTO w podnajem. Izba wskazuje, że przywołane wyżej okoliczności, jakkolwiek winny skutkować po stronie zamawiającego wzmożoną czujnością podczas badania i oceny ofert, to jednak same w sobie nie mogą skutkować automatycznym wykluczeniem wykonawcy.”

Zamawiający mógł tylko domyślać się, że p. B.Ś. i p. D.Ś. są małżeństwem, lecz nie miał wiedzy co do ustroju majątkowego małżonków, co do czego nie miał narzędzi do potwierdzenia takich informacji. Na podstawie opinii prawnych i orzecznictwa KIO uznał za zasadne dokonanie wyboru oferty EFL Polaris. Wybrana oferta była i tak najtańsza spośród nieodrzuconych.

Ad 2. Zamawiając stwierdza, że odp. na pytanie nr 5 nie modyfikowała treści siwz. Z uwagi na procedurę, wykonawcy składali tylko wstępne oświadczenia.

W pkt 20 siwz „wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, brak podstaw do wykluczenia oraz innych dokumentów wymaganych w postępowaniu – SKŁADANE NAWEZWANIE ZAMAWIAJĄCEGO” zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń i dokumentów w tym karty katalogowe oraz szczegółowy opis parametrów proponowanych oprav.

Zarzut, że parametry oferowanych przez Polaris oprav oświetleniowych nie odpowiadają wymaganiom siwz, jest również bezzasadny.

Zamawiający przy ustalaniu jako jednego z kryteriów oceny oprav, jej konkretnego wymiaru, kierował się chęcią wymiany jak największej liczby oprav. Zaproponowany jako kryterium oceny wymiar oprav LED odpowiada wymiarowi obecnie zamontowanych w placówkach oświetlowych oprav świetlówkowych, Dzięki ustaleniu kryterium wymiarowego (+/- 5%) zdecydowania większość kwoty, którą dysponuje zamawiający zostanie rozdysponowana na montaż nowych oprav, a nie jakby zamawiający dopuścił oprawy o zdecydowanie innych wymiarach, na naprawy murarskie i malowanie sufitów. Zamawiający uznał, że różnica 0,3

mm ponad dopuszczalną tolerancję 5%, w jednym z wymiarów oprawy zaproponowanej przez firmę EFL Polaris nie spowoduje konieczności zwiększenia robót wykończeniowych kosztem ilości wymienionych opraw.

W trakcie rozprawy strony postępowania odwoławczego przedstawiły stanowiska. Odwołujący podkreślił, że legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP, w sytuacji gdy procedura prowadzona jest na podstawie art. 24aa, a jego pozycja ustalona jest obecnie na 3 miejscu.

Przypomniał, że w spółkach EFL POLARIS oraz D-WELL wspólnikiem jest pan D.Ś., jest także prezesem zarządu, co stanowi wystarczającą przesłankę do podjęcia decyzji o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP. Zauważył, że według przepisów ciężar dowodu o nie zakłóceniu konkurencji obciąża w takiej sytuacji wykonawcę. Potwierdzeniem zakłócenia jest fakt, iż w toku postępowania udzielane przez spółki wyjaśnienia podpisywane były przez tę samą osobę. Kolejna przesłanka wynika z faktu, iż dwie spośród wezwanych spółek zaniechały udzielenia wyjaśnień dotyczących zaoferowania ceny noszącej znamiona rażąco niskiej. W konsekwencji spółki zostały wykluczone, a trzecia z nich, z ceną najwyższą, została wybrana. Wskazał, że powiązanie kapitałowe w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest zdefiniowane w art. 4 pkt 14 tej ustawy. Podtrzymał zarzuty o przesłankach odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Wskazał na str. 3 OPZ, gdzie podano wymóg dołączenia do oferty wykazu proponowanych opraw. Podtrzymał zarzut niespełnienia przez wybranego wykonawcę wymaganych przez OPZ (załącznik nr 9 do SIWZ) parametrów, to jest z pkt B - wymiar, C – sprawność, D – maksymalna moc i minimalny strumień świetlny.

Podkreślił spełnienie przesłanki grupy kapitałowej zdefiniowanej w ustawie. Wskazał na KRS spółki D-WELL, gdzie 90% udziałów ma pan Ś.. Wskazał na postanowienia OPZ dotyczące wykazu oraz pkt 20 SIWZ jako obowiązujące i nie pozostające ze sobą w sprzeczności. Przypomniał przekroczenie dopuszczalnej tolerancji wymiaru oprawy nie mające związku z malowaniem. Stwierdził, że wskazany w odwołaniu wzór zaczerpnął z opracowań Politechniki Poznańskiej jako jedynej wyspecjalizowanej w tej tematyce. Wskazał, że do odwołania dołączył karty katalogowe mające znaczenie w prowadzonej argumentacji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Przypomniał, iż prowadzi procedurę odwróconą, a wymogi dotyczące terminu złożenia dokumentów są określone w pkt 20 SIWZ, to jest na wezwanie zamawiającego, pomimo ewentualnych wątpliwości wynikających z innych załączników. W ocenie zamawiającego oferowane oprawy spełniają postawione wymogi, a wyliczenia przedstawione przez

odwołującego są oparte na wybranym przez niego wzorze, ponadto posłużył się on wybiórczo dobranymi informacjami, które nie powinny stanowić podstawy oceny oferty. Uznał, że oferowane wymiary opraw przy minimalnym odstępstwie od OPZ nie naruszają wymogów SIWZ, biorąc także pod uwagę technologię montażu w tym malowania.

Podtrzymał stanowisko, że istniejące między spółkami powiązania bez przeważającej wielkości udziałów (więcej niż 50%) nie potwierdzają prawa kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji /.../ i w efekcie przyjęcia, że spółki należą do grupy kapitałowej. Fakt pełnienia funkcji członka zarządu przez tę samą osobę w dwóch spółkach nie oznacza powiązania kapitałowego w rozumieniu wskazanego przepisu.

Podkreślił konieczność jednoznacznej i konsekwentnej oceny istnienia grupy kapitałowej w świetle treści przepisu. W spółce wybranej wskazany członek zarządu nie jest większościowym udziałowcem, co przesądza o braku możliwości uznania jego pozycji jako kontrolującego.

Podkreślił pierwszeństwo zapisu pkt 20 SIWZ w zakresie rodzajów i terminu składania dokumentów przez wykonawców. Stwierdził, że nie istnieje normatywny ani powszechnie stosowany wzór dotyczący sprawności oprawy i nie jest nim przedstawiony przez odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron przedstawionych na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba dokonała w pierwszej kolejności badania spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy pzp, to jest kwestii posiadania przezeń legitymacji do wniesienia odwołania. Posiadanie legitymacji czynnej przez wykonawcę korzystającego ze środków ochrony prawnej podlega badaniu przez Izbę z urzędu w celu ustalenia dopuszczalności wniesienia odwołania. Stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia środków ochrony prawnej stanowiącej przesłankę materialnoprawną prowadzi do oddalenia odwołania. Dysponowanie taką legitymacją przez odwołującego jest w sprawie niesporne; wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego w wyniku wyboru oferty przez siebie złożonej, został takiej możliwości pozbawiony wskutek decyzji zamawiającego o wyborze oferty konkurenta. W takich okolicznościach oczywisty jest interes wykonawcy zmierzającego w drodze wniesionego środka ochrony prawnej do zmiany decyzji zamawiającego na swoją korzyść. Oceny tej nie zmienia fakt, że na dzień rozpatrywania odwołania oferta odwołującego zajmuje trzecie miejsce w rankingu ofert, zwłaszcza, że postępowanie prowadzone jest w procedurze przewidzianej w art. 24 aa ustawy pzp tj. tzw. odwróconej, zatem poza ofertą wybraną jako najkorzystniejsza nie została przeprowadzona

ocena pozostałych złożonych w niniejszym postępowaniu ofert, w tym oferty drugiej w kolejności i oferty odwołującego.

Oceniając zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp należy wskazać, że przepis ten zawiera nakaz wykluczenia z postępowania „wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2017 r. poz. 229, 1089 i 1132), złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przez grupę kapitałową zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów /wskazanej wyżej/ rozumie się „wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.”

W tym miejscu można zauważyć, że pojęcie „grupy kapitałowej” używane w obrocie prawnym nie jest jednoznaczne i może zależeć od konkretnego stanu faktycznego i przepisów prawa mających zastosowanie.

Według ustawy o rachunkowości z dnia 29 września 1994 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 351) grupa kapitałowa to jednostka dominująca wraz z jednostkami zależnymi, kontrolowanymi przez jednostkę dominującą. Jednostka dominująca sprawuje kontrolę nad jednostkami zależnymi i wraz z nimi tworzy grupę kapitałową zwaną holdingiem finansowym. Jednostką dominującą jest spółka handlowa (osobowa lub kapitałowa lub przedsiębiorstwo państwowe. Kontrola jest sprawowana przez podmiot dominujący poprzez: posiadanie większości z całkowitej liczby głosów w organach jednostki zależnej, prawo decydowania w zakresie polityki finansowej, uprawnienie do odwoływania i powoływania większości członków organów m.in. zarządzających czy administrujących w podmiocie zależnym, posiadanie udziałów w danej jednostce pełniące funkcje większości składu zarządu podmiotu zależnego. Obowiązki grupy kapitałowej, w tym co do sporządzania skonsolidowanego sprawozdania finansowego są określone w rozdziale 6 ustawy.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, zamawiający dokonując oceny statusu prawnego wykonawcy wybranego, podejmując decyzję o niezastąpieniu przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp oparł się na treści księgi udziałów i sprawozdań finansowych przedłożonych przez wykonawcę, sporządzanych na podstawie przepisów ustawy o rachunkowości, z których wynika brak powiązań kapitałowych między spółką EFL Polaris a innymi, które złożyły oferty w zamawiającemu, w tym w szczególności nie posiadaniu udziałów w innych podmiotach.

Pojęcie grupy kapitałowej występuje także w ustawie z dnia 15 lutego 1992 roku o podatku dochodowym od osób prawnych, gdzie określa się szczegółowo warunki które muszą być kumulatywnie spełnione, aby grupa kapitałowa mogła występować w charakterze podatnika m. in. wymóg domicylu, minimalnej kwoty kapitału, formy szczególnej zawiązania grupy.

W kontekście podanych przykładów można zauważyć, że powołana wcześniej definicja grupy kapitałowej w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, jest nieostra, a zakładając racjonalność ustawodawcy możliwa jest stosunkowo pojemne rozumienie pojęcia grupy kapitałowej, jak i określeń składających się na jej definicje, tj. przedsiębiorców, bezpośrednio, pośrednio i kontrola. W szczególności ustawa nie definiuje, jak rozumieć kontrolę, o której w niej mowa, co prowadzi do wniosku, że możliwa jest zarówno kontrola o charakterze kapitałowym, jak i osobowym.

W braku definicji kontroli, istotne jest w tym kontekście ustawowe zdefiniowanie pojęcia „przejęcie kontroli” sformułowane w art. 4 pkt 4 ustawy i rozumiane jako „wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

- a) 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,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) , e) f) /.../

W sprawie rozpatrywanej oferty złożyły m. in.:

- 1/ spółka EFL Polaris sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie, ul. Żeromskiego 12a, której prezesem jest D.Ś. będący jednocześnie wspólnikiem spółki dysponującym 50% udziałów; drugi członek zarządu dysponuje pozostałymi udziałami;
- 2/ spółka D-Well sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Oddziałem w Słupnie – zakład produkcyjny pod adresem Słupno, ul. Żeromskiego 12a, której prezesem jest D.Ś. będący

jednocześnie większościowym udziałowcem dysponującym większościami udziałami w wielkości 95%;

3/ spółka Lumaster sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie, ul. Żeromskiego 12a, której prezesem i jedynym udziałowcem jest B.Ś..

Wskazane informacje potwierdzone treścią wpisów w Krajowym Rejestrze Sądowym pozwalają na uznanie, że spółki EFL Polaris sp. z o.o. z siedzibą w Słupnie oraz D-Well sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i Oddziałem w Słupnie stanowią grupę kapitałową w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż są to podmioty o oczywistym powiązaniu osobowym w postaci tożsamej osoby pełniącej funkcję prezesa zarządu w obydwu spółkach. Potwierdzenie takiego wniosku znaleźć można w powołanym przepisie art. 4 pkt 4 ustawy wskazującym na wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Pełnienie funkcji członka zarządu uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji w dwóch spółkach bez wątplenia oznacza uprawnienie do decydowania o funkcjonowaniu spółki przez zarządzanie nią i wpływ na funkcjonowanie obydwu podmiotów. W konsekwencji zasadne jest stwierdzenie, że podmioty te stanowią grupę kapitałową w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a zatem łączą je powiązania wskazane w ustawie. Argumentem przemawiającym za słusznością wniosku o istniejącym powiązaniu podmiotów są także zdarzenia w toku czynności badania ofert, w trakcie których dwaj spośród trzech wykonawców prowadzących działalność pod tym samym adresem, wezwani do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1, nie złożyli wyjaśnień ze świadomością skutku w postaci odrzucenia ofert o niższej cenie. W ocenie Izby zachowanie to było wynikiem wspólnej taktyki biznesowej.

Złożenie przez te podmioty odrębnych ofert w przedmiotowym postępowaniu bez wykazania, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji oznacza spełnienie przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, w stosunku do którego podniesiony został zarzut zaniechania przez zamawiającego zastosowania przepisu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp.

Wobec powyższego dokonano rozstrzygnięcia wskazanego w pkt 1 A sentencji wyroku.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez EFL Polaris sp z o.o. skład orzekający uznaje zarzut za niezasadny. Za przekonujące Izba uznała stanowisko zamawiającego wskazujące

na pierwszeństwo zapisu pkt 20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazujące na obowiązek składania określonych dokumentów, w tym spornego wykazu oprav z ich parametrami, na wezwanie zamawiającego, a nie bezpośrednio wraz z ofertą. Należy stwierdzić, że ewentualne wątpliwości, a także niespójności w treści podstawowej siwz oraz załączników i odpowiedzi na pytania, nie powinny skutkować negatywnie na pozycję wykonawcy, który do tych postanowień w dobrej wierze się zastosował.

W zakresie kwestionowanych parametrów oprav punktu B istotnie zaoferowana oprawa DEGO-130 o wymiarach 1300x200x70 spełnia wymagania z tolerancją dopuszczalną, o ile zważyć racjonalnie, że odstępstwo wielkości 0,3 mm jest nieznaczącą różnicą przy tego typu produkcji i nie ma wpływu na ogólny wymiar oprawy, który jest zgodny z siwz. Za wiarygodne uznano także wyjaśnienie, że w rzeczywistości na rynku nie ma oprav o wymiarze 70,3 mm szerokości.

Za nieudowodnione skład uznaje zarzuty dotyczące oceny sprawności oprawy dla punktu C ze wzorem wobec wątpliwości co do jego zastosowania w odniesieniu do konkretnych zaoferowanych produktów. Z tego samego powodu nie uznano za dowód wyliczenie sprawności oprawy dla punktu C na poziomie 69%. Karta katalogowa plafonier ORO-2 nie zawierała informacji o strumieniu świetlnym ze źródła, a jedynie były podane dwa strumienie z oprawy w związku z tym, że są stosowane różne modele diod. Brak również dowodu na okoliczność niespełnienia parametrów przez produkty opisane w punkcie D opisu przedmiotu zamówienia.

W powyższym zakresie zarzut został oddalony stosownie do zapisu pkt 1 B sentencji.

W takim stanie rzeczy, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: