

Sygn. akt: KIO 2142/19

WYROK
z dnia 8 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawcę FB Serwis spółka akcyjna w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi

przy udziale

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i S. P., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe "BUD-DROG" S. P. w Łodzi, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy M. N., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą "Chybo-Tex" M. N. w Łodzi, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- C. wykonawcy "Kawon" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Miastu Łodzi unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach 1 i 2 postępowania oraz wykluczenie wykonawcy M. N., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą "Chybo-Tex" M. N. w Łodzi oraz wykonawcy "Kawon" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi z postępowania.

2. Kosztami postępowania obciąża wnoszących sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości - wykonawcę M. N., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą "Chybo-Tex" M. N. w Łodzi, oraz wykonawcę "Kawon" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę FBSerwis spółka akcyjna w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza w częściach równych od wnoszących sprzeciw od uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w całości - wykonawcy M. N., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą "Chybo-Tex" M. N. w Łodzi oraz wykonawcy "Kawon" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi na rzecz wykonawcę FBSerwis spółka akcyjna w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2142/19

Uzasadnienie

I. Miasto Łódź - Urząd Miasta Łodzi (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2019 - 2022 - PÓŁNOC; Część 1/Rejon I - Letnie i zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2019 - 2022 w Rejonie I - obejmującym obszar Zimna Woda - Żabieniec, Część 2/Rejon II - Letnie / zimowe, ręczne i mechaniczne oczyszczanie pasów

dróg publicznych na terenie Miasta Łodzi w latach 2019 - 2022 w Rejonie II - obejmującym obszar Julianów - Helenówek; znak postępowania DOA-ZP-IIL271.34.2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2019 r., poz. 2019/S 100-242389. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 21 października 2019 r. wykonawca FBSerwis spółka akcyjna w Warszawie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z Postępowania wykonawców Chybo-Tex oraz Kawon, którzy, należąc do tej samej grupy kapitałowej, złożyli w Postępowaniu odrębne oferty częściowe (Chybo-Tex na 1 Część Zamówienia, zaś Kawon na 2 Część Zamówienia), a jednocześnie żaden z tych wykonawców nie wykazał, aby istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadziły do zakłócenia konkurencji w Postępowaniu, przy czym, biorąc pod uwagę fakt, iż Zamawiający w treści SIWZ zabronił wykonawcom składania ofert na więcej niż 2 spośród wszystkich części zamówienia udzielanego Postępowaniu, a Kawon i Chybo-Tex sumarycznie złożyli oferty na trzy spośród wszystkich części Postępowania (Chybo-Tex na 1 i 7 Część zamówienia, a Kawon na 2 część zamówienia), zakłócenie konkurencji w Postępowaniu mogło nastąpić, gdyż złożenie przez tych wykonawców ofert mogło doprowadzić do uzyskania przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej zamówienia w zakresie więcej niż dwóch części wbrew ograniczeniu wprowadzonemu przez Zamawiającego.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Członkowie grupy kapitałowej Kawon i Chybo-Tex, chcąc skutecznie ubiegać się o zamówienie udzielane w Postępowaniu (złożyli łącznie trzy oferty, podczas gdy Zamawiający ograniczył możliwość złożenia ofert na nie więcej, niż dwie części) winni byli precyzyjnie wyjaśnić Zamawiającemu, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadziły do zakłócenia konkurencji w Postępowaniu.

Takiego precyzyjnego wyjaśnienia żaden z ww. wykonawców zdaniem Odwołującego nie przedstawił.

Kluczowy ich argument w zakresie rzekomego braku wpływu istniejących powiązań na konkurencję w postępowaniu dotyczył faktu, że doszło do złożenia ofert na różne części zamówienia. Argument ten w stanie faktycznym sprawy należy uznać za nieprawidłowy.

Odwołujący podkreślał, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający ograniczył możliwość ubiegania się o zamówienie przez jednego wykonawcę do maksymalnie dwóch części zamówienia. Oznacza to, że konkurenci Kawon i Chybo-Tex mogli swoje oferty

skutecznie przedstawić w odniesieniu jedynie do dwóch części zamówienia - podczas gdy należący do jednej grupy kapitałowej Kawon i Chybo-Tex sumarycznie złożyli oferty aż na trzy części zamówienia. Oznacza to, że Kawon i Chybo-Tex wspólnie mieli większe szanse na uzyskanie zamówienia w stosunku do swoich konkurentów i w ten sposób zyskali istotną przewagę konkurencyjną nad innymi przedsiębiorcami ubiegającymi się o zamówienia częściowe udzielane w ramach Postępowania.

W doktrynie i orzecznictwie nie budzi absolutnie żadnych wątpliwości, że uczestniczenie dwóch lub więcej przedsiębiorstw należących do tej samej grupy kapitałowej może naruszać zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, nawet w przypadku złożenia oferty częściowej na różne części. Obecnie obowiązujący przepis jest bardziej rygorystyczny niż przepisy Prawa zamówień publicznych przed nowelizacją, ponieważ wskazuje wprost, iż podstawą wykluczenia jest także złożenie ofert częściowych w tym samym postępowaniu (P. Granecki, komentarz do art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, Legalis).

Samo powołanie się przez Kawon oraz przez Chybo-Tex na odrębność części zamówienia, na które wykonawcy ci złożyli swe oferty (a na tym w istocie skoncentrowały się wyjaśnienia złożone przez tych wykonawców), było niewystarczające. Wykonawcy ci w swoich wyjaśnieniach winni byli podać szczegółowe powody, dla których łączące ich powiązania miałyby do zakłócenia konkurencji nie prowadzić.

Za niewystarczające również należy uznać zawarte w wyjaśnieniach obu wykonawców informacje dotyczące orzeczonej separacji Pani M. N. z Prezesem Zarządu spółki Kawon (Panem A. N.) oraz ustalonej między nimi umownej rozdzielności majątkowej. Informacja ta w bardzo ograniczonym zakresie i jedynie pośrednio dotyczy powiązań Pani M. N. ze spółką Kawon - koncentruje się zaś na jej relacji z zupełnie inną osobą, tj. z Panem A. N. .

W ocenie Odwołującego, to nie relacja z prezesem zarządu Kawon, lecz relacja zachodząca pomiędzy Panią M. N. a samą spółką Kawon (spółka ta posiada osobowość prawną) winna być punktem wyjściowym dla oceny, czy fakt przynależności ww. wykonawców do jednej grupy kapitałowej oraz ich jednoczesny udział w Postępowaniu mógł konkurencję realnie zakłócić. Należy zresztą wskazać, że separacja małżeńska, niekoniecznie musi się wiązać z zaprzestaniem również relacji biznesowych. Fakt zaprzestania pożycia pomiędzy zainteresowanymi postępowaniem przedstawicielami wykonawców jest dla oceny naruszenia konkurencji irrelevantny.

Odwołujący podkreślał, że Prezes Zarządu spółki Kawon prowadząc jej sprawy nie działa w interesie własnym, lecz w interesie spółki. Jak się wskazuje w orzecznictwie, na wspólnikach spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spoczywa - wynikający z umowy spółki - obowiązek lojalnego współdziałania zmierzającego do osiągnięcia wspólnego celu określonego w umowie. Obowiązek ten spoczywa także na członkach zarządu, ale jego źródłem jest istniejący pomiędzy nimi a spółką stosunek organizacyjny, powstający z chwilą

powołania ich w skład tego organu; w akcie powołania wspólnicy obdarzają członków zarządu zaufaniem, powierzając im do dyspozycji majątek wniesiony do spółki. Członkowie zarządu zobowiązani są tym samym do podejmowania - z poszanowaniem interesu spółki, rozumianego jako wypadkowa interesów wszystkich wspólników spółki - lojalnych działań zmierzających do realizacji wskazanego w umowie celu spółki, będącego wyrazem wspólnej woli wspólników jej zawiązania (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2009 r. sygn. akt III CZP 63/09). Ponadto jak wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 listopada 2009 r. sygn. akt ICSK 158/09, nie może istnieć odrębny, samodzielny interes spółki jako osoby prawnej, abstrahujący od wypadkowej interesu wszystkich wspólników, determinowanej określonym w umowie spółki wspólnym celem. Pojęcie „interes spółki” jest więc ustawową ogólną formułą, której wypełnienie wymaga uwzględnienia kompromisowo rozumianej funkcji przekonań, dążeń i zachowań wszystkich grup wspólników, określonej z uwzględnieniem wspólnego celu.

Odwołujący dodawał, że to wspólnik większościowy podejmuje największe ryzyko kapitałowe i przysługuje mu najwięcej uprawnień korporacyjnych w spółce. Podejmowane przez niego działania z reguły skierowane są na rozwój spółki. Jeżeli wspólnik większościowy dojdzie do wniosku, że interes spółki stał się sprzeczny z jego własnym Interesem, może przeforsować rozwiązanie spółki i przeprowadzenie jej likwidacji. Co do zasady Interes spółki będzie więc w największym stopniu zbieżny z interesem wspólnika większościowego.

Ponadto Odwołujący wskazywał, że Pani M. N. posiada zdecydowaną większość udziałów spółki (990 udziałów spośród 1000). Posiada ona tym samym decydującą większość na zgromadzeniu wspólników Kawon - a więc w organie uchwałodawczym realizującym m.in. część spraw z zakresu prowadzenia spraw spółki oraz wpływającym na procesy reprezentacyjne poprzez wyrażanie zgody na dokonywanie niektórych czynności prawnych lub umocowanie specjalnego pełnomocnika do reprezentowania spółki w trybie określonym w art. 253 k.s.h. (tak A. Kidyba, komentarz aktualizowany do art. 227 k.s.h., LEX 2019). Mając większość głosów na zgromadzeniu wspólników, Pani M. N. może decydować m.in. o zmianie umowy spółki (art. 255 § 1 k.s.h.), rozwiązaniu spółki (art. 270 pkt 2 k.s.h.), podwyższeniu i obniżeniu kapitału zakładowego (art. 257 i 263 k.s.h.), a także o powołaniu i odwołaniu członka zarządu (art. 201 § 4 oraz art 203 § 1 k.s.h.).

Będąc wspólnikiem spółki, Pani M. N. uczestniczy w zysku spółki Kawon (art. 191 § 1 k.s.h. i art. 193 k.s.h.). Przysługuje jej również prawo kontroli działalności Kawon (art. 212 k.s.h.).

Uprawnienia, które jej przysługują wobec Kawon, mają zatem niezwykle szeroki charakter - pozwalają one na wpływanie na kierunki działania spółki (zaznaczenia wymaga, że w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, jaką jest Kawon, brak jest przepisu zakazującego zgromadzeniu wspólników wydawania wiążących poleceń zarządowi -

odmiennie niż jest to w przypadku spółki akcyjnej, gdzie taki zakaz przewiduje art. 3751 k.c.), skład organów (zarządu, rady nadzorczej - gdyby wolą zgromadzenia wspólników miała być ona powołana), a nawet samo istnienie spółki czy przedmiot prowadzonej przezeń działalności.

Co więcej, z uwagi na uczestnictwo wspólników w zysku spółki, Pani M. N. musi być uznana za osobę bezpośrednio zainteresowaną wynikiem finansowym spółki - zysk osiągnany przez spółkę Kawon w znacznej mierze będzie bowiem zyskiem osiąganym przez samą Panią M. N. z tytułu dywidendy bądź też w związku ze zwiększeniem majątku spółki i tym samym wzrostem wartości posiadanych przez Panią M. N. udziałów.

Z uwagi na powyższe Kawon oraz Chybo-Tex winni byli, zdaniem Odwołującego, wyjaśnić, dlaczego - w kontekście istniejących powiązań pomiędzy Chybo-Tex, a spółką Kawon a nie prezesem jej zarządu - prowadzącym sprawy spółki w interesie spółki, a więc przede wszystkim jej wspólników, w tym wspólnika większościowego - złożenie przez nich ofert częściowych konkurencji w Postępowaniu rzekomo nie zakłóciło.

W tej sytuacji odniesienie wyjaśnień Kawon oraz Chybo-Tex wyłącznie do relacji łączącej Panią M. N. z Prezesem Zarządu Kawon trudno uznać za jakiegokolwiek wykazanie braku zakłócenia konkurencji w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych. Ustawodawca, nakazując wykluczenie wykonawców należących do jednej grupy kapitałowej, nie uzależnił takiego wykluczenia od uczestnictwa jednego z nich w organie zarządzającym drugiego z wykonawców, lecz ustalił, że każda z form kontroli określonych w art. 4 pkt 4 ustawy OKIK jest na tyle istotna, że co do zasady może do zakłócenia konkurencyjności w postępowaniu prowadzić. Stworzył tym samym swego rodzaju domniemanie, że istnienie powiązań określonych w art. 4 pkt 4 ustawy OKIK pomiędzy wykonawcami składającymi oferty konkurencję w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może zakłócać. Zaznaczyć w tym kontekście należy, że nawet w sytuacji, gdyby Prezes Zarządu spółki Kawon był osobą zupełnie niespokrewnioną i niezwiązaną osobiście z Panią M. N. (bez jakiegokolwiek wspólności majątkowej czy innych związków o charakterze rodzinnym), to i tak pomiędzy Chybo-Tex a Kawon w dalszym ciągu istniałyby powiązania świadczące o przynależności do jednej grupy kapitałowej (opisane powyżej okoliczności wskazane w art. 4 pkt 4 lit. a), b) oraz e) ustawy OKIK). Powyższe jednoznacznie wskazuje, że kwestia rozdzielności majątkowej czy separacji orzeczonej pomiędzy ww. osobami jest całkowicie irrelevantna w kontekście wpływu na konkurencyjność ofert złożonych w postępowaniu - związek małżeński z prezesem zarządu, wspólność majątkowa czy przynależność do organu zarządzającego spółki pozostaje bowiem w oderwaniu od przesłanek określonych w art. 4 pkt 4 lit. a), b) oraz e) ustawy OKIK.

W związku z powyższym, wobec jakiegokolwiek braku wyjaśnienia kwestii wpływu istniejących pomiędzy Kawon i Chybo-Tex powiązań określonych w art. 4 pkt 4 lit. a), b) oraz

e) ustawy OKIK na konkurencję w Postępowaniu stwierdzić należy, że Zamawiający winien był obu ww. wykonawców na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych wykluczyć.

Odwołujący podnosił, że nie jest w tym przypadku rolą Zamawiającego (czy Odwołującego) wykazywanie, czy i w jakim zakresie zakłócenie konkurencji rzeczywiście wystąpiło. To bowiem wykonawcy należący do grupy kapitałowej winni byli zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych wykazać, że owo zakłócenie konkurencji nie wystąpiło na nim spoczywa ciężar dowodu w tym zakresie. Skoro zaś przedmiotowej kwestii Kawon i Chybo-Tex braku zakłócenia konkurencji nie wykazali, to tym samym winni oni zostać automatycznie z postępowania wykluczeni.

Tym niemniej, na marginesie Odwołujący zauważał, że twierdzenia Kawon i Chybo-Tex o rzekomym braku zainteresowania Pani M. N. sprawami spółki Kawon oraz brakiem jakiegokolwiek wiedzy o jej działalności wydają się być mało prawdopodobne. Należy zauważyć, że Pan A. N. został powołany na Prezesa Zarządu Kawon w 2018 r., a więc już po orzeczeniu separacji pomiędzy nim a Panią M. N. (został on wpisany jako prezes zarządu do Krajowego Rejestru Sądowego dopiero z dniem 28 listopada 2018 r.). Oznacza to, że Pani M. N. (jako większościowy wspólnik mający decydujący głos na zgromadzeniu wspólników) podjęła decyzję o powierzeniu Panu A. N. prowadzenia spraw spółki już w okresie, w którym rzekomo nie utrzymywała z nim żadnych kontaktów.

Odwołujący podkreślał, że prokurentem Kawon jest córka Pani M. N. i Pana A. N. - Pani S. M. N., która zgodnie załączonym przez Kawon i Chybo-Tex wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi miała zamieszkać wraz z matką (przy niej). Z dokumentów przedstawionych przez Kawon i Chybo-TEX, tj. odpisów z Krajowego Rejestru Karnego dotyczącego Pani M. N. (jako wykonawcy Chybo-Tex) oraz Pani S. M. N. jednoznacznie wynika, że obie te osoby zamieszkują pod tym samym adresem, tj. Łodzi (93-329) przy ul. Wigilijnej 4 m. 1.

Odwołujący podkreślał, że zgodnie z informacją ujawnioną w Krajowym Rejestrze Sądowym do składania oświadczeń woli w imieniu Kawon uprawniony był i nadal pozostaje Prezes Zarządu Kawon (Pan A. N.) działający łącznie z prokurentem (z Panią S. M. N.). Jej podpis widnieje zresztą na ofercie złożonej w Postępowaniu przez Kawon, co jednoznacznie wskazuje, że musiała ona mieć wiedzę o złożeniu przez Kawon oferty w Postępowaniu.

Niewiarygodne są zatem, w ocenie Odwołującego, twierdzenia Kawon i Chybo-Tex, jakoby z racji orzeczonej separacji i braku utrzymywania kontaktów z prezesem zarządu Kawon Pani M. N. nie mogła mieć wiedzy o zamiarze złożenia przez Kawon oferty w Postępowaniu.

Twierdzenia takie są tym bardziej niewiarygodne, że zarówno Kawon, jak i Chybo-Tex swoje oferty złożyli również w przeprowadzonym uprzednio przez Zamawiającego

postępowaniu na oczyszczanie pasów dróg publicznych. Usługę tę obaj wykonawcy realizowali w latach 2016 - 2019 (Kawon - w Rejonie II „Julianów - Helenówek” zaś Chybo-Tex w Rejonie IX „Górna- Rynek”). Okoliczność tę potwierdzają złożone przez ww. wykonawców wykazy usług oraz referencje (poświadczenia należytego wykonania tych usług). Biorąc pod uwagę, że ww. usługa stanowiła główne przedmioty ich działalności i podstawowe źródło przychodu musieli oni co najmniej prawo domniemywać, że każdy z nich ofertę złoży również w tym Postępowaniu.

W tych okolicznościach stwierdzić należy, że wobec braku wykazania przez Kawon i Chybo-Tex, aby istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadziły do zakłócenia konkurencji w Postępowaniu, konieczne jest nakazanie Zamawiającemu wykluczenie ww. wykonawców z Postępowania (tj. w zakresie Części 1 i 2 - których dotyczy niniejsze Odwołanie).

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie decyzji o wyborze oferty Chybo-Tex w zakresie 1 Części Zamówienia jako oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie decyzji o wyborze oferty Kawon w zakresie 2 Części Zamówienia jako oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie Kawon i Chybo-Tex z Postępowania, względnie, na wypadek nieuwzględnienia żądań określonych w pkt 4 powyżej
4. nakazanie Zamawiającemu wezwanie Chybo-Tex oraz Kawon do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie charakteru powiązań łączących ich ze sobą.

Zamawiający uwzględnił zarzuty podniesione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego przystąpili wykonawcy:

- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Ośrodek Aktywizacji Zawodowej i Szkoleń spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i S. P., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe "BUD-DROG" S. P. w Łodzi, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- wykonawca M. N., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą "Chybo-Tex" M. N. w Łodzi, zgłaszająca przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- wykonawca "Kawon" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Obaj przystępujący po stronie Zamawiającego (dalej: Przystępujący) zgłosili sprzeciw od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

W pismach procesowych i na rozprawie wnosili o oddalenie odwołania.

W ocenie M. N., jej udział w grupie kapitałowej miał charakter jedynie formalny, a nie faktyczny. A. N. prowadził sprawy spółki, a Małgorzata Nowak w tym nie uczestniczyła. Nie porozumiewali się też oni w odniesieniu do składania ofert w postępowaniu. Odnosząc się do ciężaru dowodu wskazywała, że to Odwołujący ma udowodnić swoje racje, a dowody można składać do zamknięcia rozprawy. Zauważała, że oprócz zarzutu głównego Odwołujący wnosił również o wezwanie Przystępujących do złożenia dodatkowych wyjaśnień, a więc składane przez nich wnioski dowodowe w trakcie postępowania odwoławczego mogą prowadzić do usunięcia ewentualnych wątpliwości.

Złożenie ofert na więcej, niż dwie części nie jest zakłóceniem konkurencji, byłoby nim dopiero wówczas, gdyby doszło do zawarcia porozumienia odnośnie treści złożonych ofert.

Tymczasem A. N. i S. N. oświadczyli, że nie było takich porozumień.

Odwołujący jedynie kwestionuje wiarygodność wyjaśnień odnośnie adresu zamieszkania i wskazuje na składanie ofert w poprzednich postępowaniach. To za mało, aby skutecznie zakwestionować brak zakłócenia konkurencji. S. N. nie mieszka z M. N. od lutego 2019 r., a informacja o adresie dla doręczeń nie jest dowodem przeciwko takiemu oświadczeniu.

Adres dla doręczeń nie musi być tożsamy z adresem zamieszkania.

Przedłożona umowa zbycia udziałów z 4 listopada ma uwiarygadniać stanowisko Przystępującego, że związek „Kawon” z M. N. miał charakter jedynie formalny.

Przystępujący Kawon zwracał uwagę na różnicę pomiędzy zakresem art. 24 ust.1 pkt. 20 Prawa zamówień publicznych (dotyczy działań podejmowanych przez wykonawców z reguły już po złożeniu ofert), a art. 24 ust. 1 pkt. 23 Prawa zamówień publicznych (dotyczy złożenia ofert). Przepis art. 24 ust. 1 pkt. 23 Prawa zamówień publicznych nie obejmuje jego zdaniem zachowania nieumyślnego. Nieszczęśliwa sytuacja, która zaistniała w tym postępowaniu, tj. złożenie więcej, niż dwóch ofert przez członków grupy kapitałowej, wynikała właśnie z braku porozumienia i kontaktów między oboma podmiotami. M. N. nie traktowała spółki „Kawon”, jako własnej, ale jako odrębny byt. Nietypowa sytuacja wynikała z okoliczności, które zostały wykazane przy wyjaśnieniach, a związanych z prawem rodzinnym.

Przystępujący podnosił, że przy założeniu racjonalności ustawodawcy należy przyjąć, że w art. 24 ust. 1 pkt. 23 Prawa zamówień publicznych chodzi o oferty, które złożono w porozumieniu. Brak takiego porozumienia powoduje, że przepis ten nie ma zastosowania. Sytuacja w postępowaniu jest zmienna, trzecia oferta obecnie nie ma już żadnego znaczenia, bowiem została sklasyfikowana na dalszym miejscu w rankingu ofert (w części 7

postępowania). Oświadczenia i dokumenty składane przez Przystępującego obejmują całość sytuacji i pokazują sformalizowanie stanu istniejącego od dłuższego czasu. Potwierdzają również, że nigdy nie było przysporzenia dla M. N. ze spółki „Kawon” i nigdy nie będzie (uchwały z lat 2015-2019, oraz umowa darowizny z 4 listopada 2019 r).

Po powzięciu informacji o ewentualnym zakłóceniu konkurencji w sposób nieumyślny, Zamawiający powinien wezwać do usunięcia takiego zakłócenia. Eliminacja wykonawców nie powinna być definitywna tzn. nie powinna prowadzić do usunięcia ofert złożonych przez wszystkich członków grupy kapitałowej.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia z postępowania należących do tej samej grupy kapitałowej wykonawców M. N., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą "Chybo-Tex" M. N. w Łodzi (dalej: M. N.) i "Kawon" spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi (dalej: Kawon), którzy razem złożyli trzy oferty w postępowaniu.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Postępowanie prowadzone było w częściach. Zamawiający wymagał, aby wykonawca złożył ofertę w nie więcej, niż dwóch częściach postępowania.
2. M. N. i Kawon złożyli oferty w łącznie trzech częściach postępowania
3. Bezsporne było, że M. N. i Kawon należą do tej samej grupy kapitałowej. M. N. na dzień składania ofert posiadała 99% udziałów w spółce Kawon (w dniu 4 listopada 2019 r., dzień przed rozprawą, udziały darowała córce – będącej prokurentem spółki Kawon) i była uprawniona do powoływania i odwoływania jej zarządu. Prokurent spółki Kawon – S. N. – jest córką M. N. i A. N. . A. N. jest prezesem spółki Kawon.
4. Wraz z oświadczeniem o przynależności do grupy kapitałowej, M. N. i Kawon złożyli wyjaśnienia, które ich zdaniem miały uzasadnić, że wzajemne powiązania nie

doprowadziły do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazywali, że doszło do złożenia ofert na różne części zamówienia. Powoływali się na orzeczoną separację M. N. z prezesem zarządu spółki Kawon – A. N. oraz ustaloną między nimi umowną rozdzielność majątkową.

5. Odwołujący wnosili o wykluczenie M. N. i Kawon z części I i II postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych, wskazując, że złożenie ofert na trzy części postępowania przez członków tej samej grupy kapitałowej spowodowało zakłócenie konkurencji, a wyjaśnienia członków grupy kapitałowej nie uzasadniają, że do niej nie doszło.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba podzieliła stanowisko Odwołującego. Stanowisko obu Przystępujących ograniczało się do stwierdzenia, że mimo formalnych powiązań pomiędzy spółką Kawon, a M. N., nie istnieją stosunki faktyczne pomiędzy tymi podmiotami – nie kontaktują się oni ze sobą, i to właśnie brak tego kontaktu spowodował, że złożono w sumie ofertę na trzy części postępowania. Udziały w spółce Kawon należały do M. N. „jedynie formalnie”, należały one do niej jedynie „tymczasowo”, a od początku, miały należeć do S. N., która była niepełnoletnia. M. N. nie brała udziału w działalności spółki i nigdy nie uzyskiwała dywidendy. S. N. została prokurentem spółki Kawon „tuż przed terminem składania ofert w związku z dostrzeżeniem błędu w KRS”. Sara Nowak nie mieszka z matką od lutego 2019 r. i „nie kontaktowała się z nią w sprawie złożenia oferty w postępowaniu (pismo Kawon złożone w dniu 5 listopada 2019 r. do akt). Przystępujący wskazywali na różnice pomiędzy art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych, a art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych i podnosili, że sam fakt złożenia oferty nie może być uznany za zakłócanie konkurencji.

Izba podzieliła stanowisko, że sam fakt złożenia oferty w postępowaniu nie prowadzi do zakłócenia uczciwej konkurencji. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 19 maja 2009 roku wydanego w sprawie Assitur (C-538/07) wskazał m.in., że grupy kapitałowe mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, iż przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej i tym samym będą działać w sposób konkurencyjny, a zasadnicze pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłoby niezgodne z prawem Unii Europejskiej, prowadziłoby bowiem w konsekwencji do ograniczenia konkurencji na szczeblu wspólnotowym. Jednak w ocenie składu orzekającego to nie samo złożenie ofert w postępowaniu przez członków grupy kapitałowej spowodowało zakłócenie konkurencji w tymże postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego, ale okoliczność, że złożyli oni oferty w łącznie trzech częściach postępowania, mimo wyraźnego ograniczenia Zamawiającego do dwóch ofert postępowania. Zachowanie wykonawców należących do grupy kapitałowej powinno być oceniane w sposób zbliżony do oceny zachowania jednego wykonawcy – grupa kapitałowa nie może w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uzyskiwać przewagi konkurencyjnej tylko dlatego, że jej uczestnikami jest kilku członków. Gdyby zaakceptować wywody Przystępujących, to prowadziłyby to do możliwości złożenia ofert przez członków grupy kapitałowej na wszystkie części postępowania (może się jednak zdarzyć, że członków grupy kapitałowej byłoby tyle, ile części zamówienia). W tym postępowaniu Zamawiający nie chciał, aby wszystkie części zamówienia były realizowane przez jednego wykonawcę – ograniczył możliwość złożenia oferty do dwóch części zamówienia. W takich okolicznościach w ocenie Izby złożenie oferty na więcej, niż dwie części zamówienia jest zakłóceniem konkurencji, a przesłanką egzoneracyjną nie może być nieświadomość czy nieumyślność złożenia ofert przez członków grupy kapitałowej. Irrelevantny dla stwierdzenia zakłócenia konkurencji jest rzekomy brak faktycznych kontaktów między członkami grupy kapitałowej (czego zresztą Przystępujący nie wykazali – separacja czy odrębność majątkowa nie przesądza o braku kontaktów; dodatkowo Odwołujący zauważył, że z dokumentów wynika, że adres do korespondencji prokurenta spółki Kawon jest taki sam, jak adres zamieszkania M. N., a przeciwne oświadczenie Przystępujących nie zostało poparte żadnymi dowodami).

Obaj Przystępujący realizują podobne zamówienia na zbliżonym obszarze – złożyli oferty w postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego na oczyszczanie pasów dróg publicznych. Usługę realizowali w latach 2016 - 2019 (Kawon - w Rejonie II „Julianów - Hele nóvek” zaś Chybo-Tex w Rejonie IX „Górna- Rynek”). Biorąc pod uwagę powyższe, M. N. i Kawon mogli się spodziewać, że każdy z nich złoży ofertę również w tym postępowaniu.

Reasumując, brak kontaktów między członkami grupy kapitałowej i skomplikowana sytuacja rodzinna nie są wystarczające do stwierdzenia, że nie doszło do zakłócenia konkurencji. Nie można też stwierdzić, że co prawda do zakłócenia konkurencji doszło, ale „z winy nieumyślnej” – w ocenie składu orzekającego brak winy nie prowadzi do ustalenia istnienia bądź nieistnienia przesłanki wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Izby samo porozumiewanie się – czy brak porozumiewania – nie prowadzi do przesądzenia wpływu na konkurencję. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 20 Prawa zamówień publicznych obliguje do wykluczenia z postępowania wykonawców, którzy zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Natomiast inne porozumienia nie są zakazane. Domniemanie Przystępującego Kawon, że art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych dotyczy

wykonawców, którzy złożyli oferty w porozumieniu, nie ma w ocenie składu orzekającego oparcia w przepisach. Przystępujący niezasadnie, zdaniem Izby, wywodził, że jedynie zawarcie porozumienia przez członków grupy kapitałowej prowadzi do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych. Nie ma również żadnych podstaw do postulowanych przez Przystępujących działań Zamawiającego, mających mieć na celu „eliminację zakłócenia konkurencji”, czy wzywanie do dalszych wyjaśnień członków grupy kapitałowej. Nie ma również znaczenia, że dzień przed rozprawą M. N. darowała udziały w spółce Kawon S. N. – okoliczności zaistniałe po terminie składania ofert, a prowadzące do ustania grupy kapitałowej nie mogą *per se* rzutować, w ocenie Izby, na stwierdzenie przesłanek wykluczenia w związku z art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych. Nie ma również znaczenia, że w części 7 postępowania oferta jednego z Przystępujących została sklasyfikowana na dalszym miejscu w rankingu ofert.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania \(t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972\).](#)

Przewodniczący: