

WYROK

z dnia 27 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 stycznia 2017 r. przez **P. W.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Myszków w Myszkowie**

przy udziale wykonawcy **FITTERS Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **P. W.** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną **P. W.** tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od **P. W.** na rzecz **Gminy Myszków w Myszkowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od

dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Myszków w Myszkowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług serwisowych i naprawczych 661 instalacji solarnych zamontowanych w ramach projektu pn. „Ograniczenie niskiej emisji poprzez wykorzystanie odnawialnych źródeł energii w postaci instalacji solarnych na terenie miasta Myszkowa.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 stycznia 2017 roku wykonawca P. W. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 3 stycznia 2017 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FITTERS Sp. z o.o., z uwagi na to, iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania oraz z powodu niewykluczenia wykonawcy Passive Instal J. P., pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług serwisowych i naprawczych, w tym usuwanie awarii 661 instalacji solarnych. (Nr referencyjny postępowania: ZP.271.45.2016.AI)

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie wykonawcy FITTERS Sp. z o.o., pomimo przynależności do tej samej grupy kapitałowej, co wykonawcy Kolormix R. B. oraz Flexipower Group Sp z o.o. Sp.k.;
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie wykonawcy Passive Instal J. P., pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

Na podstawie powyższego odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 3 stycznia 2017 r. dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FITTERS Sp. z o.o.;
2. ponowne przeprowadzenie procesu badania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem oferty odwołującego;

3. wykluczenie z postępowania wykonawców FITTERS Sp. z o.o., Kolormix R. B. oraz Flexipower Group Sp z o.o. Sp.k. z uwagi na przynależność do tej samej grupy kapitałowej, a także wykluczenie z postępowania wykonawcy Passive Instal J. P., z uwagi na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
4. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w toku postępowania wpłynęły oferty następujących wykonawców:

- 1) FITTERS Sp. z o.o., ul. K. Gierdziejewskiego 7 lok. 16, 02-495 Warszawa,
- 2) KOLORMIX B. R., ul. Żbikowska 30 m 24,05-820 Piastów,
- 3) FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska,
- 4) GRUPA SOLAR P. W., ul. Mickiewicza 161, 34-200 Sucha Beskidzka,
- 5) Passive Instal J. P., ul. Jasna 37,42-152 Zwierzyniec Pierwszy,
- 6) Polska Ekologia Sp. z o.o., ul. Piaskowa 7, 47-400 Racibórz.

Wykonawca Passive Instal J P., składając Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, oświadczył, iż w okresie od dnia 3 listopada 2015 r. do dnia 3 października 2016 r. wykonał naprawy serwisowe oraz pełne przeglądy instalacji solarnych w Gminie Żarki, odbiorcą których był wykonawca Polska Ekologia Sp. z o.o.

Dnia 16 listopada 2016 roku zamawiający wezwał wykonawcę FITTERS Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.). Wezwanie zostało wystosowane ze względu na to, iż wykonawca FITTERS Sp. z o.o. złożył oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcami KOLORMIX B. R. oraz FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.

W odpowiedzi na pismo z dnia 16 listopada 2016 r. wykonawca FITTERS Sp. z o.o. wyjaśnił, że nie kontroluje on wykonawcy KOLORMIX B. R. ani FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., z uwagi na fakt, iż Pan R. B. posiada 50% udziałów w spółce FITTERS Sp. z o.o., jednak wykonawca KOLORMIX B. R. stanowi jednoosobową działalność gospodarczą p. R. B., dlatego wykluczone jest, aby wykonawca FITTERS Sp. z o.o. wywierała na nią decydujący wpływ. Wykonawca FITTERS Sp. z o.o. nie jest także komplementariuszem ani

komandytariuszem w spółce komandytowej FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., zatem również w tym przypadku nie można stwierdzić, że FITTERS Sp. z o.o. posiada w stosunku do tej spółki pozycję dominującą.

Pismem z dnia 25 listopada 2016 r. Zamawiający wskazał na rozbieżności w treści dokumentów, przedstawionych przez wykonawcę FITTERS Sp. z o.o. w toku postępowania, powziętych na podstawie definicji grupy kapitałowej zawartej w art. 4 pkt. 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.), wzywając jednocześnie wykonawcę FITTERS Sp. z o.o. do:

- 1) wyjaśnienia w jaki sposób, bezpośredni czy pośredni, są kontrolowane podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej, co FITTERS Sp. z o.o., ze względu na to, że pozostali dwaj wykonawcy złożyli oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej;
- 2) wykazania, że powiązania istniejące pomiędzy wykonawcami deklarującymi przynależność do tej samej grupy kapitałowej nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w tym samym postępowaniu, w szczególności że nie doszło do wymiany informacji odnoszących się do oferowanych cen oraz innych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, przyjętych w niniejszym postępowaniu, mających wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej;
- 3) zajęcia jednoznacznego stanowiska, opartego na stanie faktycznym i spójnym ze złożonymi wyjaśnieniami, czy wykonawca podtrzymuje przynależność do grupy kapitałowej z wykonawcami KOLORMIX B. R. oraz FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., nad którymi sprawuje kontrolę w myśl przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.).

Wykonawca FITTERS Sp. z o.o. w dniu 28 listopada 2016 r. wyjaśnił, że powiązanie pomiędzy FITTERS Sp. z o.o., a KOLORMIX B. R. skupia się w osobie Pana R. B., który prowadzi działalność gospodarczą pod firmą KOLORMIX Błaszczyk. R. oraz posiada 50% udziałów w FITTERS Sp. z o.o. oraz jest prezesem zarządu tej spółki.

Odnosząc się natomiast do powiązań pomiędzy FITTERS Sp. z o.o. a FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., poinformował on, że pan M. P. jest wiceprezesem zarządu FITTERS Sp. z o.o. i posiada w niej 50% udziałów. Z tego też faktu wywiódł on, że powiązania pomiędzy wymienionymi wykonawcami występują na liniach FITTERS Sp. z o.o. - KOLORMIX B. R. oraz FITTERS Sp. z o.o. - FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. Odwołał on jednocześnie swoje oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej złożone wcześniej.

W dniu 1 grudnia 2016 r. Zamawiający wezwał wykonawcę KOLORMIX B. R. do wykazania, czy wykonawca FITTERS Sp. z o.o. kontroluje w sposób pośredni lub bezpośredni tego wykonawcę, tj. KOLORMIX B. R. czy też odwrotnie, i na czym ta kontrola w przedmiotowym stanie faktycznym polega.

W odpowiedzi wykonawca KOLORMIX B. R. oświadczył, iż wykonawca FITTERS Sp. z o.o. nie kontroluje go w sposób pośredni lub bezpośredni. Wyjaśnił także, że powiązanie pomiędzy FITTERS Sp. z o.o., a KOLORMIX B. R. skupia się w osobie Pana R. B., który prowadzi działalność gospodarczą pod firmą KOLORMIX B. R. oraz posiada 50% udziałów w FITTERS Sp. z o.o. oraz jest prezesem zarządu tej spółki. Cofnął on jednocześnie swoje oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej złożone wcześniej.

Zamawiający w dniu 3 stycznia 2016 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. i wykluczył jednocześnie z postępowania następujących wykonawców:

- 1) Polska Ekologia Sp. z o.o.,
- 2) KOLORMIX B. R.,
- 3) FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.

Odwołujący podniósł, że w wyniku zaniechania wykluczenia wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. oraz Passive Instal J. P. i wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FITTERS Sp. z o.o., poniósł szkodę w postaci braku wyboru jego oferty w toku postępowania. Gdyby nie wskazane wyżej zaniechania Zamawiającego, oferta odwołującego najprawdopodobniej zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do ponownego zbadania i oceny ofert przez zamawiającego, w tym oferty odwołującego. Poza tym, wskutek nieuzasadnionego i nieuprawnionego zaniechania wykluczenia ww. wykonawców, doszło do naruszenia prawa odwołującego do należytego rozpatrzenia i sklasyfikowania złożonej przez niego oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy P.z.p. odwołujący stwierdził, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia zarówno przez wykonawcę FITTERS Sp. z o.o., Kolormix R. B. oraz Flexipower Group Sp z o.o. Sp.k. jednoznacznie wskazują, że ww. podmioty należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów {Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.).

W związku z powyższym niezwykle istotne, wręcz kluczowe, jest ustalenie obowiązującej wykładni wspomnianego wyżej przepisu ustawy P.z.p. Stanowisko

zaprezentowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje wyraźnie, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 (obecnie art. 24 ust. 1 pkt. 23) ustawy stanowi samoistną przesłankę do wykluczenia wykonawcy, w sytuacji, gdy co najmniej dwóch wykonawców ubiegających się odrębnie o udzielenie tego samego zamówienia publicznego (złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) należy do tej samej grupy kapitałowej. Ponadto, w świetle przywołanego przepisu ustawy, grupa kapitałowa została zdefiniowana w konkretny sposób, tj. przez pryzmat regulacji ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.). W ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 4 pkt 14. W świetle tego przepisu przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Definicja grupy kapitałowej w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wprost odwołuje się do pojęcia przedsiębiorcy, przy czym zauważyć należy, że przepisy tej ustawy, w art. 4 pkt 1, pojęcie przedsiębiorcy kształtują w sposób szerszy niż zostało to określone w przepisach o swobodzie działalności gospodarczej. Tylko zatem pozostawanie w tak rozumianym związku jest kwalifikowane jako pozostawanie w grupie kapitałowej i tylko ono wymaga złożenia pozytywnego oświadczenia o pozostawaniu w grupie kapitałowej. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 kwietnia 2015 r., sygn. akt: KIO 703/15). Powyższy pogląd jest w pełni zasadny, gdyż przyjęcie odmiennej interpretacji treści art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy P.z.p. wypaczałoby sens wskazanej powyżej przesłanki wykluczenia.

Odwołujący wskazał, że zarówno z treści złożonego oświadczenia, jak i okoliczności faktycznych *prima face* wynika, że wykonawcy FITTERS Sp. z o.o., Kolormix R. B. oraz Flexipower Group Sp z o.o. Sp.k. należą do tej samej grupy kapitałowej. Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, reprezentowany jest przez swój zarząd składający się z Pana R. B. oraz M. Przystępujący, choć ten ostatni nie został ujawniony w KRS, jednakże z oświadczenia wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. z dnia 28 listopada 2016 roku wynika, że został ustanowiony wiceprezesem zarządu. Odwołujący zauważył, że z wydruku z KRS spółki FITTERS Sp. z o.o. wynika, iż do dnia dzisiejszego nie został on ujawniony w rejestrze. Wobec rozbieżności pomiędzy danymi z KRS a wspomnianym oświadczeniem wykonawcy, zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentów, takich jak uchwała o powołaniu członka zarządu oraz umowa spółki, z których wynikałby fakt prawidłowego ustanowienia wiceprezesa zarządu w spółce. W tych okolicznościach, ze względu na istniejące w tych podmiotach powiązania osobowe, należy domniemywać, iż jedynym celem powołania Pana M. Przystępujący na to stanowisko, była próba wykazania, iż Pan R. B. nie dysponuje większością głosów w zarządzie innego

przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego). Zresztą, jeżeli w odnośnej spółce zarząd jest dwuosobowy, należałoby w ogóle się zastanowić, czy jakiegokolwiek oświadczenia złożone w toku postępowania przez tę spółkę, w tym przedstawiona przez nią oferta, były podpisane prawidłowo. Złożenie oferty podpisanej niezgodnie z zasadami reprezentacji spółki też powinno prowadzić do jej odrzucenia. Nawet, jeżeli powołanie Pana M. Przystępujący na stanowisko wiceprezesa zarządu było skuteczne, to i tak należy uznać, że Pan R. B. nadal dysponuje większością głosów w zarządzie spółki FITTERS Sp. z o.o. na podstawie porozumień z innymi osobami. Nie sposób też przyjąć, iż osoby wchodzące w skład zarządu i wywierające w ten sposób decydujący wpływ na decyzje wykonawcy FITTERS Sp. z o.o., nie posiadały informacji prowadzących do zakłócenia konkurencji w tym samym postępowaniu, w szczególności, że nie doszło do wymiany informacji odnoszących się do oferowanych cen oraz innych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, przyjętych w niniejszym postępowaniu, mających wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej. W niniejszym przypadku zachodzi tożsamość personalna we wspomnianych wyżej podmiotach, co wynika wprost z treści wypisów KRS oraz CEiDG, a także treści pism kierowanych do zamawiającego przez wykonawców przynależnych do tej samej grupy kapitałowej, w tym formularza ofertowego.

Ponadto ww. wykonawcy na wezwanie zamawiającego nie byli w stanie wykazać, iż istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji, pomimo tego, iż ta okoliczność uchylałaby omawianą tu przesłankę ich wykluczenia. Co więcej, sam zamawiający wzywał wykonawcę FITTERS Sp. z o.o. do zajęcia jednoznacznego stanowiska, opartego na stanie faktycznym i spójnym ze złożonymi wyjaśnieniami, czy wykonawca podtrzymuje przynależność do grupy kapitałowej z wykonawcami KOLORMIX B. R. oraz FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., nad którymi sprawuje kontrolę w myśl przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.). Tym samym, w ocenie odwołującego, bezsprzecznie należy stwierdzić, iż zamawiający w myśl art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy P.z.p. powinien był wykluczyć z postępowania wszystkich trzech wspomnianych wyżej wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, a złożone przez nich oferty uznać za odrzucone zgodnie z treścią art. 24 § 4 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 12 ustawy P.z.p., odwołujący podniósł, że wykonawca Passive Instal J. P., składając Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, oświadczył, iż w okresie od dnia 3 listopada 2015 r. do dnia 3 października 2016 r. wykonał naprawy serwisowe oraz pełne przeglądy instalacji solarnych w Gminie Żarki, odbiorcą których był wykonawca Polska Ekologia Sp. z o.o., o łącznej wartości 102 300 zł.

Odwołujący stwierdził, że po zapoznaniu się z treścią s.i.w.z. postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykorzystanie energii przyjaznej środowisku poprzez montaż instalacji solarnych na terenie posesji prywatnych w gminie Żarki.” (dalej SIWZ - Żarki), wynika iż wykonawca Passive Instal J. P. nie zrealizował usług serwisowych instalacji solarnych o łącznej wartości co najmniej 100 000,00 zł brutto, których realizację zamawiający wymagał w rozdz. V ust. 2 pkt. 2) lit. a) SIWZ w niniejszym postępowaniu, w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu (zdolności technicznej i zawodowej do realizacji zamówienia).

Powyższe uzasadniają następujące okoliczności: zgodnie z treścią rozdz. IV SIWZ-Żarki, termin wykonania zamówienia przypadał na 2 października 2015 r., tymczasem z treści informacji zamieszczonych w w/w JEDZ wykonawca Passive Instal J. P. wskazał, iż przeglądy i naprawy były już rzekomo wykonywane od 3 listopada 2015 r. do 3 października 2016 r., a przecież niemożliwym jest, aby były potrzebne naprawy wszystkich 91 Instalacji zamontowanych w ramach w/w zamówienia w przeciągu tak krótkiego okresu od dnia ich instalacji. Co więcej, z informacji zamieszczonych na stronie internetowej Gminy Żarki wynika, że w terminie 10-13.10.2016 r. przedstawiciele wykonawcy Polska Ekologia będą przeprowadzali pierwszy serwis urządzeń. Z treści rozdz. V ust. 2 5WIZ - Żarki wynika, że koszt 70 instalacji solarnych oscyluje w granicach 700 000 zł, czyli założenie nowej instalacji wyceniane jest na 10 000 zł. W przetargu organizowanym przez Gminę Żarki, zaoferowano ofertę o cenie 878 267,76 zł, czyli koszt jednej instalacji solarnej wyniósł 9 651,29 zł. Tymczasem zakładając, że następnie wydano 102 300 zł na naprawy i serwis wykonywany przez podwykonawcę Passive Instal J. P., koszt napraw i serwisów każdej Instalacji wyniósł 1 124,17 zł (102 300,00 zł : 91), czyli ponad 10% wartości nowej instalacji solarnej. Tymczasem zgodnie z treścią rozdz. XIII ust. 2 lit. a SIWZ - Żarki, okresy gwarancji poszczególnych elementów wynoszą od 5 do 12 lat, więc bardzo mało prawdopodobnym jest, żeby wszystkie zamontowane w ramach w/w postępowania instalacje solarne wymagały napraw w tak krótkim czasie.

Odwołujący stwierdził, że analizując również postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ - Żarki, należy podkreślić, iż zgodnie z treścią § 6 ust. 1 - przegląd serwisowy musi być wykonany co najmniej 1 raz w roku, czyli za jeden przegląd pojedynczej instalacji solarnej podwykonawca musiałby otrzymać co najmniej kilkaset złotych, przy założeniu, że nieznaną część kosztów z zadeklarowanej kwoty 102 300,00 zł to usługi naprawcze. Taka stawka za dokonanie jednego przeglądu jest całkowicie nierealna i sprzeczna z występującymi na rynku. Zresztą w niniejszym postępowaniu tenże wykonawca zaproponował za dokonanie przeglądu jednej instalacji solarnej kwotę 182,00 zł netto. Z kolei § 6 ust. 6 umowy stanowi, iż wykonawca wskaże wyspecjalizowany serwis, który dokonywać

będzie naprawy awarii i usterek oraz przeglądów serwisowych, za który trudno uznać Passive Instal J. P., z uwagi na fakt, iż wykonał on tylko jedną tego typu usługę.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 23 stycznia 2017 roku wniósł o

1. oddalenie odwołania;
2. obciążenie odwołującego kosztami postępowania w wysokości 3600 złotych, jakie zamawiający poniósł.

W odniesieniu do zarzutu odwołującego, iż zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie wykonawcy Passive Instal J. P., pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający podniósł, że norma art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu z możliwości, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp skorzystał wskazując w Rozdziale 2 SIWZ, że „postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w tzw. procedurze „odwróconej”, opisanej w rozdz. 13 ust. 2 SIWZ”. W Rozdziale 13 ust. 2 SIWZ wskazano, że zgodnie z art. 24 aa ustawy Pzp zamawiający przewidział, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu (procedura odwrócona). Procedura odwrócona polega tym, że dopiero jeżeli wykonawca, o którym mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy P.z.p., uchyła się od zawarcia umowy lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może zbadać, czy nie podlega wykluczeniu oraz czy spełnia warunki udziału w postępowaniu wykonawca, który złożył ofertę najwyżej ocenioną spośród pozostałych ofert. Powyższy przepis stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 56 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, w świetle którego w procedurach otwartych instytucje zamawiające mogą podjąć decyzję o rozpatrzeniu ofert przed sprawdzeniem, że nie ma podstaw wykluczenia, i przed weryfikacją spełnienia kryteriów kwalifikacji.

Zamawiający podniósł, że nie miał podstaw do badania oferty złożonej przez wykonawcę Passive Instal J. P. pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż procedura odwrócona polega na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełnienia warunków udziału

w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Zamawiający dokonał oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy P.z.p.) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w rozdziale 13 SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza dokonywana była ocena podmiotowa wykonawcy. Z przyczyn powyższych zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie wykonawcy Passive Instal J. P., pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest nietrafny.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. pomimo przynależności do tej samej grupy kapitałowej, co wykonawcy Kolormix R. B. oraz Flexipower Grup Sp. z o.o. Sp.k. zamawiający stwierdził, że z przedłożonego przez wykonawcę -FITTERS Sp. z o.o. do pisma z dnia 19 grudnia 2016 r. wydruku informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobranej na podstawie art. 4ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym według stanu na dzień 2 listopada 2016 roku godz. 07:56:29 wynika, że w dziale 2 Podrubryka: Dane osób wchodzących w skład organu ujawnieni są: P. M. jako wiceprezes zarządu i B. R.-jako prezes zarządu. Odwołujący załączył do odwołania wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobranej na podstawie art. 4ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym według stanu na dzień 13 stycznia 2017 roku godz. 08:25:59, z którego wynika, że w dziale 2 Podrubryka: Dane osób wchodzących w skład organu ujawniony jest B. R. jako Prezes Zarządu, przy czym z wydruku wynika, że ostatni 6 wpis dokonany został 20 grudnia 2016 roku. W Monitorze Sądowym i Gospodarczym numer 250/2016 (5135) z 28 grudnia 2016r. pod poz. 420204 ogłoszono dokonanie wpisu numer 6 w rejestrze dla podmiotu FITTERS Sp. z o.o. w postaci wykreślenia wpisu M.P. jako pełniącego funkcję Wiceprezesa Zarządu.

W ocenie zamawiającego, wnioski odnośnie nienależytej reprezentacji FITTERS Sp. z o.o., które odwołujący wyprowadza z treści wydruku informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobranej na podstawie art. 4ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym według stanu na dzień 13 stycznia 2017 roku godz. 08:25:59, są nietrafne. Oferta wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. została złożona przez R. B. - Prezesa Zarządu, któremu drugi członek zarządu M. P. udzielił w dniu 28 października 2016 roku pełnomocnictwa do reprezentowania spółki w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie.

Zamawiający powołał się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 24 kwietnia 2014 r. (sygn. akt: fil CZP 17/14), zgodnie z którą członek zarządu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, uprawniony według umowy spółki do jej reprezentowania łącznie z drugim członkiem zarządu, może być ustanowiony pełnomocnikiem do czynności określonego rodzaju. W uchwale tej Sąd Najwyższy jednoznacznie potwierdził, iż członkowi zarządu spółki może być udzielone nie tylko pełnomocnictwo do określonej czynności, ale również pełnomocnictwo rodzajowe. Zamawiający nie miał zatem podstaw do kwestionowania reprezentacji wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. w przedmiotowym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie i zarzut nie odrzucenia „oferty podpisanej niezgodnie z zasadami reprezentacji spółki” jest nieuprawniony.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 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 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), 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.

W dniu 4 listopada 2016 roku złożone zostało zamawiającemu oświadczenie wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. o przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015r. poz. 184 ze zm.) wraz z pismem datowanym na dzień 31.10.2016r., zatytułowanym „Wyjaśnienia do oświadczenia wykonawcy o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp”, z których treści wynikało, że „firma Fitters Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej z firmami Kolormix B. R. i FlexiPower sp. z o.o. Sp.k., jednak nie istnieją między nimi powiązania prowadzące do zachwiania uczciwej konkurencji. Pomiędzy tymi wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia na świadczenie usług serwisowych i naprawczych, w tym usuwanie awarii 661 instalacji solarnych (...) nie dochodziło do żadnych uzgodnień i konsultacji. Żadna z wyżej wymienionych firm nie ma decydującego wpływu na działanie spółki Fitters. Oferta cenowa Fitters Sp. z o.o. była przygotowana samodzielnie i niezależnie, bez porozumiewania się ze wskazanymi podmiotami”. W kolejnym piśmie z dnia 4 listopada 2016r. wykonawca Fitters Sp. z o.o. wskazał, że omyłkowo w załączniku nr 7 do SIWZ „nie została zaznaczona przynależność do grupy kapitałowej”.

Zamawiający stwierdził, że zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów ilekroć jest mowa o grupie kapitałowej - rozumie się

przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. FITTERS Sp. z o.o. zawarła w piśmie z dnia 31.10.2016r. oświadczenie „Żadna z wyżej wymienionych firm nie ma decydującego wpływu na działanie spółki Fitters”, co nie oznaczało, że Fitters Sp. z o.o. nie mogła mieć decydującego wpływu na wskazane dwie firmy.

Zamawiający, chcąc dokonać oceny wyjaśnień złożonych przez FITTERS Sp. z o.o. pod kątem art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy P.z.p. i móc ocenić wpływ istniejących powiązań w ramach grupy kapitałowej na możliwość zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia przeanalizował, czy zachodzą sytuacje wskazane w art. 4 ust. 4 lit. a-e, ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów w oparciu o dane zawarte w wydrukach informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobranej na podstawie art. 4ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym dla wykonawców wchodzących wedle oświadczenia FITTERS Sp. z o.o. w skład grupy kapitałowej.

Zamawiający poczynił ustalenia, że R. B. prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą Kolormix R. B. z siedzibą w Piastowie ul. Żbikowska 30/24 i jest jako osoba fizyczna współnikiem posiadającym 50 % udziałów w kapitale zakładowym FITTES Sp. z o.o. oraz pełni funkcję Prezesa Zarządu dwuosobowego w FITTERS Sp. z o.o. Drugim współnikiem FITTERS Sp. z o.o. był M. P. posiadający 50 % udziałów w kapitale zakładowym i pełniący funkcję Wiceprezesa Zarządu FITTERS Sp. z o.o.. FITTERS Sp. z o.o. ma siedzibę w Warszawie przy ul. K. Gierdziejewskiego 7 lok 16. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej jest spółką komandytową, której komplementariuszem jest FlexiPower Group Sp. z o.o. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej a komandytariuszem M. P. . W FlexiPower Group Sp. z o.o. M. P. posiada 95 udziałów o łącznej wysokości 4.750,00 złotych czyli 95 % udziałów w kapitale zakładowym i pełni funkcję Prezesa Zarządu w jednoosobowym zarządzie. FlexiPower Group sp. z o.o. nie składała oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że dane zawarte w wydrukach informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobranych na podstawie art. 4ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym dotyczące powiązań osobowo-kapitałowych pomiędzy wykonawcami: FITTERS Sp. z o.o., FlexiPower Group Sp. z o.o.Sp.k., KOLORMIX R. B., nie pozwalają na stwierdzenie zaistnienia przesłanek z art. 4 ust. 4 lit. a-d ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Do przejścia kontroli może dojść także w innych sytuacjach, niż wskazane w art. 4 ust. 4 lit. a-f, ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów bowiem każda sytuacja prawna lub faktyczna

prowadząca w efekcie do uzyskania decydującego wpływu na określonego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców, będzie się mieściła w pojęciu "przejęcia kontroli".

Wobec treści oświadczenia z dnia 31.10.2016r., że firma FITTERS Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej z firmami KOLORMIX R. B. i FlexiPower Group Sp. z o.o. sp.k. zamawiający zwrócił się o:

1) wskazanie czy FITTERS Sp. z o.o. kontroluje w sposób bezpośredni lub pośredni firmy KOLORMIX R. B. i FlexiPower Group Sp. z o.o. sp.k. i na czym ta kontrola w przedmiotowym stanie faktycznym polega. Zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów ilekroć mowa o grupie kapitałowej - rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę;

2) wykazanie, że istniejące pomiędzy członkami grupy kapitałowej powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności, że nie doszło do wymiany informacji odnoszących się do oferowanych cen oraz innych kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty przyjętych w niniejszym postępowaniu mających wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. (Zamawiający zwrócił uwagę, że Pan R. B. -Prezes Zarządu Fitters Sp. z o. o. złożył w imieniu FITTERS Sp. z o.o. ofertę w ramach niniejszego postępowania, jak i złożył ofertę działając we własnym imieniu w ramach prowadzonej działalności gospodarczej KOLORMIX R. B.).

W piśmie z dnia 17 listopada 2016 roku Wykonawca Fitters Sp. z o.o. wskazał, że nie kontroluje bezpośrednio lub pośrednio firmy Kolormix R. B. ani FlexiPower Sp. z o.o. Sp.k.. Zamawiający po analizie dotychczas złożonych wyjaśnień i oświadczeń wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. pismem z dnia 25 listopada 2016 roku znak 5674/11/2016 zwrócił się do wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień dotyczących oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów wskazując na rozbieżność pomiędzy treścią oświadczenia wykonawcy o przynależności do grupy kapitałowej a składanymi na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniami.

W odpowiedzi wykonawca FITTERS Sp. z o.o. w piśmie z dnia 28 listopada 2016 roku wskazał, że należy do dwóch grup kapitałowych. Jedną grupę kapitałową tworzą FITTERS Sp. z o.o. i Kolormix R. B. a drugą: FITTERS Sp. z o.o. i FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.

Zamawiający w piśmie z dnia 1 grudnia 2016 roku znak 5797/12/2016 po raz kolejny zwrócił się do wykonawcy Fitters Sp. z o.o. min. o wyjaśnienie w jaki sposób FITTERS Sp. z

o.o. jest kontrolowany przez podmioty Kolormix R. B. oraz FlexiPower group Sp. z o.o. Sp.k. w ramach odrębnych grup kapitałowych, gdyż w oświadczeniu z dnia 31.10.2016r. wykonawca oświadczył, że żadna z ww. firm nie ma decydującego wpływu na działanie spółki FITTERS Sp. z o.o..

Zamawiający skierował też w dniu 1 grudnia 2016 roku pisma do podmiotów, które oświadczyły, że należą do grupy kapitałowej z FITTERS Sp. z o.o. tj. Kolormix R. B. oraz FlexiPower group Sp. z o.o. Sp.k.. W odpowiedzi podmioty te zmieniły oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej wskazując, że nie należą do grupy kapitałowej.

Wykonawca -FITTERS Sp. z o.o. w piśmie z dnia 28 listopada 2016 roku (wpływ do zamawiającego 05.12.2016r.) oświadczył, że nie należy do grupy kapitałowej i odwołuje oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej złożone wcześniej. W treści pisma wskazano, że zwrócono się o poradę prawną i stąd zmiana stanowiska w sprawie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający stwierdził, że oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej jest oświadczeniem wiedzy. Zamawiający wobec wyjaśnień wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. i przedłożenia oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej (przy jednoczesnym stwierdzeniu przez zamawiającego braku istnienia przesłanek, które mogłyby wskazywać, że przedmiotowe oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej zawiera nieprawdziwe informacje) nie miał podstaw do wykluczenia wykonawcy. Zamawiający brał również pod uwagę, że w orzecznictwie sądów okręgowych na tle interpretacji art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. z uwzględnieniem art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy 2004/18/WE zajęto również stanowisko, że wykluczenie może dotyczyć wyłącznie wykonawcy działającego z winy umyślnej. W szczególności Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 19 lipca 2012 r. (sygn. akt IV CA 683/12) wskazał, że przepis ten ma zastosowanie w warunkach celowego, zawinionego i zamierzonego zachowania wykonawcy, podjętego z zamiarem podania nieprawdziwych informacji w celu wprowadzenia zamawiającego w błąd i wykorzystania tego błędu dla uzyskania zamówienia publicznego. Złożenie nieprawdziwej informacji, ze skutkiem w postaci wykluczenia z postępowania, to czynność dokonana z winy umyślnej, nie zaś w wyniku błędu czy niedbalstwa. Ze stanu faktycznego wynika, że wykonawca FITTERS Sp. z o.o. złożył oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej na skutek błędu co do prawa, stąd nie sposób uznać, że jego celem było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Zamawiający uznał, że nie mogło być podstawą wykluczenia nieświadome wprowadzenie w błąd odnośnie złożonego pierwotnie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający podniósł, że odwołujący zdaje się twierdzić, że przedsiębiorcą dominującym jest R. B. . Jakkolwiek problematyczna pozostaje kwestia uznania ww. osoby za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, to niezbędne jest również przypisanie ww. posiadania kontroli nad FITTERS Sp. z o.o.. Zamawiający stwierdził, iż R. B. w FITTERS Sp. z o.o. nie ma większości udziałów, brak informacji, czy udziały są uprzywilejowane co do prawa głosu. Nadto, nie był on jedynym członkiem zarządu FITTERS Sp. z o.o., a mając na względzie regulację przepisów art. 201 i 208 KSH nie sposób na podstawie wydruków informacji odpowiadających odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców pobranej na podstawie art. 4ust. 4aa ustawy z dnia 20 sierpnia 1997r. o Krajowym Rejestrze Sądowym, rozstrzygnąć, że R. B. kontroluje ww. spółkę. Jednocześnie odwołujący nie wskazał dowodów na istnienie porozumień w rozumieniu art. 4 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca FITTERS Sp. z o.o. Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W toku postępowania wpłynęły oferty następujących wykonawców:

- 1) FITTERS Sp. z o.o., ul. K. Gierdziejewskiego 7 lok. 16, 02-495 Warszawa,
- 2) KOLORMIX B. R., ul. Żbikowska 30 m 24,05-820 Piastów,
- 3) FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska,
- 4) GRUPA SOLAR P. W., ul. Mickiewicza 161, 34-200 Sucha Beskidzka,
- 5) Passive Instal J. P., ul. Jasna 37,42-152 Zwierzyniec Pierwszy,
- 6) Polska Ekologia Sp. z o.o., ul. Piaskowa 7, 47-400 Racibórz.

Wykonawca Passive Instal J. P., składając Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, oświadczył, iż w okresie od dnia 3 listopada 2015 r. do dnia 3 października 2016 r. wykonał naprawy serwisowe oraz pełne przeglądy instalacji solarnych w Gminie Żarki, odbiorcą których był wykonawca Polska Ekologia Sp. z o.o.

R. B. prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą Kolormix R. B. z siedzibą w Piastowie ul. Żbikowska 30/24 i jest jako osoba fizyczna współnikiem posiadającym 50 % udziałów w kapitale zakładowym FITTES Sp. z o.o. oraz pełni funkcję Prezesa Zarządu dwuosobowego w FITTERS Sp. z o.o. Drugim współnikiem FITTERS Sp. z o.o. był M. P. posiadający 50 % udziałów w kapitale zakładowym i pełniący funkcję Wiceprezesa Zarządu FITTERS Sp. z o.o.. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej jest spółką komandytową, której komplementariuszem jest FlexiPower Group Sp. z o.o. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej a komandytariuszem M. P. . W FlexiPower Group Sp. z o.o. M. P. posiada 95 udziałów o łącznej wysokości 4.750,00 złotych czyli 95 % udziałów w kapitale zakładowym i pełni funkcję Prezesa Zarządu w jednoosobowym zarządzie. FlexiPower Group sp. z o.o. nie składała oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu.

Dnia 16 listopada 2016 roku zamawiający wezwał wykonawcę FITTERS Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184 z późn. zm.). Wezwanie zostało wystosowane ze względu na to, iż wykonawca FITTERS Sp. z o.o. złożył oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej z wykonawcami KOLORMIX B. R. oraz FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.

W odpowiedzi na pismo z dnia 16 listopada 2016 r. wykonawca FITTERS Sp. z o.o. wyjaśnił, że nie kontroluje on wykonawcy KOLORMIX B. R. ani FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., z uwagi na fakt, iż Pan R. B. posiada 50% udziałów w spółce FITTERS Sp. z o.o., jednak wykonawca KOLORMIX B. R. stanowi jednoosobową działalność gospodarczą p. R. B., dlatego wykluczone jest, aby wykonawca FITTERS Sp. z o.o. wywierała na nią decydujący wpływ. Wykonawca FITTERS Sp. z o.o. nie jest także komplementariuszem ani komandytariuszem w spółce komandytowej FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k., zatem również w tym przypadku nie można stwierdzić, że FITTERS Sp. z o.o. posiada w stosunku do tej spółki pozycję dominującą.

Zamawiający pismem z dnia 25 listopada 2016 roku znak 5674/11/2016 zwrócił się do wykonawcy FITTERS Sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień dotyczących oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów, wskazując na rozbieżność pomiędzy treścią oświadczenia wykonawcy o przynależności do grupy kapitałowej a składanymi na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniami.

W odpowiedzi wykonawca FITTERS Sp. z o.o. w piśmie z dnia 28 listopada 2016 roku wskazał, że należy do dwóch grup kapitałowych. Jedną grupę kapitałową tworzą FITTERS Sp. z o.o. i Kolormix R. B. a drugą: FITTERS Sp. z o.o. i FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k.

Zamawiający w piśmie z dnia 1 grudnia 2016 roku znak 5797/12/2016 po raz kolejny zwrócił się do wykonawcy Fitters Sp. z o.o. min. o wyjaśnienie, w jaki sposób FITTERS Sp. z o.o. jest kontrolowany przez podmioty Kolormix R. B. oraz FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. w ramach odrębnych grup kapitałowych, gdyż w oświadczeniu z dnia 31.10.2016r. wykonawca oświadczył, że żadna z ww. firm nie ma decydującego wpływu na działanie spółki FITTERS Sp. z o.o..

Zamawiający skierował też w dniu 1 grudnia 2016 roku pisma do podmiotów, które oświadczyły, że należą do grupy kapitałowej z FITTERS Sp. z o.o. tj. Kolormix R. B. oraz FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. W odpowiedzi podmioty te zmieniły oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej wskazując, że nie należą do grupy kapitałowej.

Wykonawca FITTERS Sp. z o.o. w piśmie z dnia 28 listopada 2016 roku (wpływ do zamawiającego 05.12.2016r.) oświadczył, że nie należy do grupy kapitałowej i odwołuje oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej złożone wcześniej. W treści pisma wskazano, że zwrócono się o poradę prawną i stąd zmiana stanowiska w sprawie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W myśl art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy P.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się 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 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), 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.

Zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ilekroć w ustawie jest mowa o grupie kapitałowej, rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Pojęcie przejęcia kontroli reguluje pkt 4 wskazanego artykułu stwierdzając, że poprzez przejęcie kontroli rozumie się przez to 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) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Ze wskazanych wyżej definicji wynika, że kluczowa dla istnienia grupy kapitałowej jest osoba jednego przedsiębiorcy, który kontroluje w sposób pośredni lub bezpośredni pozostałych przedsiębiorców. W rozpoznawanym przypadku powiązania istniejące pomiędzy FITTERS Sp. z o.o., FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. oraz Panem R. B. prowadzącym jednoosobowo działalność gospodarczą nie wskazują na pozycję dominującą żadnego z tych podmiotów uzasadniającą przejęcie kontroli nad podmiotami pozostałymi. Co więcej, wykonawcy nigdy nie wskazali na istnienie takich powiązań. Ze złożonych przez nich początkowo oświadczeń wynikało jedynie, że należą do grup kapitałowych, jednak

konsekwentnie twierdzili, iż żaden z podmiotów nie sprawuje kontroli nad pozostałymi. W ostateczności cofnęli oświadczenie o przynależności do jednej grupy kapitałowej.

W ocenie Izby czynność polegająca na cofnięciu oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej nie budzi wątpliwości pod względem formalnoprawnym. W szczególności wynika to z faktu, iż ustalone powiązania istotnie nie pozwalają na stwierdzenie istnienia takiej grupy (grup). Ponadto czynności tej nie da się też zarzucić intencjonalnego działania lub rażącego niedbalstwa prowadzącego do wprowadzenia w błąd zamawiającego przy przedstawieniu informacji, iż nie podlega on wykluczeniu. Podkreślenia wymaga, iż to właśnie pierwotnie złożone oświadczenia uzasadniały wykluczenie wykonawców, chyba że wykazaliby oni, iż istniejące pomiędzy nimi powiązania nie naruszają konkurencji. Wskazać przy tym należy, iż zarzut zaniechania wykluczenia wykonawców na podstawie art. 24 ust. 16 ustawy P.z.p. nie został przez odwołującego podniesiony.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż nie był on uprawniony do tego, by badać kwestię przynależności wskazanych podmiotów do jednej grupy kapitałowej w sposób głębszy niż pozwalają mu na to przepisy ustawy P.z.p. i dokumenty, których może żądać w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Izby, zamawiający - działając w ustalonych prawem granicach – dokonał prawidłowych czynności i ustaleń w tym zakresie. Odwołujący zaś nie udowodnił, iż zarzut przynależności do grupy kapitałowej jest zarzutem zasadnym. Na tę okoliczność nie zostały przez odwołującego przedstawione żadne inne dowody poza dokumentami zgromadzonymi w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia, a te – jak już wyżej wskazano – nie dowodzą istnienia grupy kapitałowej w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się do podnoszonych przez odwołującego na rozprawie takich okoliczności, jak np. fakt udzielenia pełnomocnictwa do złożenia oferty przez Pana R. B. Panu M. P. - pracownikowi drugiego podmiotu, Izba wskazuje, że tego rodzaju okoliczności nie uzasadniają tezy, iż wskazane podmioty należą do jednej grupy kapitałowej. Niemniej jednak mogłyby one budzić wątpliwości w zakresie tego, czy wskazane podmioty nie podlegałyby wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy P.z.p., tj. z uwagi na istniejące pomiędzy wykonawcami porozumienie zakłócające konkurencję bądź też czy złożenie przez nich ofert nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, uzasadniającego odrzucenie ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy P.z.p. Jednakże wobec faktu, iż

tego rodzaju zarzuty nie zostały przez odwołującego podniesione, ich rozpoznawanie pozostawało poza zakresem orzekania Izby w tej konkretnej sprawie.

Izba oddaliła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie wykonawcy Passive Instal J. P., pomimo braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, iż w związku z tym, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące przystępującego, jego oferta pozostaje najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu, a zatem wynik postępowania o udzielenie zamówienia pozostaje bez zmian. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy P.z.p., Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ewentualne stwierdzenie naruszeń w zakresie postawionego zarzutu nie miałyby wpływu na wynik postępowania, rozumiany jako wybór najkorzystniejszej oferty, w związku z czym jego rozpoznawanie Izba uznała za bezprzedmiotowe.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....