

Sygn. akt: KIO 2174/19
KIO 2180/19

WYROK
z dnia 13 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 12 listopada 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Krajowa Izba Gospodarcza, World Expo International Sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa**

B. w dniu 28 października 2019 r. przez wykonawcę **Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Berm Sp. z o.o., Sp. k., ul. Wiśniowa 40B/17, 02-520 Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2174/19 po stronie zamawiającego oraz KIO 2180/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców: **Konsorcjum: Krajowa Izba Gospodarcza, World Expo International Sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa** oraz **Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania

odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania, tj. po 15 000 zł każdy i:

2.1. zasądza od wykonawców **Konsorcjum: Krajowa Izba Gospodarcza, World Expo International Sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa** na rzecz zamawiającego - **Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w sprawie KIO 2174/19;

2.2. 2.1. zasądza od wykonawcy **Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Sp. z o.o., w Warszawie** na rzecz zamawiającego - **Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii, Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w sprawie KIO 2180/19;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.**

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2174/19

KIO 2180/19

Uzasadnienie

Zamawiający: Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest realizacja 8 programów promocji branż priorytetowych, w tym na rynkach perspektywicznych, na lata 2020-2022, w ramach projektu „Promocja gospodarki w oparciu o polskie marki produktowe - Marka Polskiej Gospodarki - Brand” 3.3.2. Program Operacyjny Inteligentny Rozwój (nr ref.: BDG-Y.2611.8.2019.SK) Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2019/S 134-329785.

Sygn. akt KIO 2174/19

Odwołujący: wykonawcy Krajowa Izba Gospodarcza w Warszawie oraz World Expo International sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej jako „odwołujący”) wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu lub zaniechania czynności, do której Zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy.

Odwołanie zostało złożone w zakresie:

części I - realizacja programu promocji branży części samochodowe i lotnicze

części II - realizacja programu promocji branży meble

części IV - realizacja programu promocji branży budowa i wykańczanie budowli

części V - realizacja programu promocji branży maszyny i urządzenia.

Czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzucają niezgodność z przepisami Ustawy pzp to:

- 1) wykluczenie Odwołujących z postępowania i w konsekwencji uznanie oferty Odwołujących za odrzuconą,
- 2) Zaniechanie czynności wezwania Odwołujących, jako wykonawców występujących wspólnie, do wyjaśnienia: (i) treści oświadczeń w przedmiocie przynależności Krajowej Izby Gospodarczej do grupy kapitałowej, (ii) celu złożenia aż pięciu takich oświadczeń, osobno dla każdej części zamówienia, (iii) poprawienia błędów formalnych w złożonych oświadczeniach.

Wymienionym czynnościom Zamawiającego Odwołujący stawiają zarzuty naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp - wskutek bezzasadnego uznania, że Odwołujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w

postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji lub zataili te informacje lub nie są w stanie przedstawić wymaganych dokumentów,

2) art. 26 ust. 3 pzp - przez zaniechanie wezwania Krajowej Izby Gospodarczej do wyjaśnienia treści oświadczeń w przedmiocie jej przynależności do grupy kapitałowej, celu złożenia takich oświadczeń osobno dla każdej części zamówienia i poprawienia błędu formalnego poprzez złożenie jednolitego oświadczenia dla całego postępowania.

3) art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp przez bezzasadne uznanie, że wykonawcy którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty częściowe, każdy z nich na odrębne części zamówienia, złożyli oświadczenia o braku porozumień z innymi wykonawcami mających na celu zakłócenie konkurencji oraz o braku podstaw do wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym, określonych w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia, nie wykazali tym samym, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

4) naruszenie art. 7 ust. 1 pzp - wyrażające się w zaniechaniu przeprowadzenia rzetelnego badania i oceny oferty Odwołującego, w postawieniu mu bezzasadnego zarzutu umyślnego, względnie spowodowanego rażącym niedbalstwem, wprowadzenia Zamawiającego w błąd, w uniemożliwieniu Odwołującemu złożenia szczegółowych wyjaśnień, co jest równoznaczne z naruszeniem zasady przejrzystości.

Odwołujący wnoszą o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wykluczenia Odwołujących z postępowania w zakresie części I, II, IV i V zamówienia,

- wezwanie Odwołujących do złożenia wyjaśnień i poprawienia błędów w dokumentach, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 pzp.

Odwołującym przysługuje prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 179 ust. 1 pzp, jako że złożona przez nich oferta jest ważna, nie podlega odrzuceniu (poza częścią VI) a Zamawiający wbrew przepisom prawa wykluczył Odwołujących z całości postępowania. Czynności i zaniechania Zamawiającego narażają Odwołujących na szkodę w postaci niezyskania zamówienia, mimo że zgodnie z przepisami, to Odwołującym przysługuje prawo dalszego ubiegania się o wybór ich oferty w zakresie części I, II, IV i V.

Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powzięli w dniu 18 października 2019 roku, tj. w dniu przesłania za pośrednictwem poczty elektronicznej informacji dotyczącej nazw i adresów wykonawców, którzy podlegają wykluczeniu i których oferty podlegają odrzuceniu.

Uzasadnienie

Ad 1) Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp

Przede wszystkim nie jest zgodne ze stanem rzeczywistym dokonane przez Zamawiającego ustalenie, że „Wykonawca Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji sp. z o. o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa (oferta nr 4 złożona w częściach: II, VI, VIII) oświadczył, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369) oraz nie wskazując żadnego podmiotu z grupy kapitałowej” .

Treść dokumentu złożonego przez Krajową Izbę Gospodarczą Centrum Promocji sp. z o. o. nie pozostawia wątpliwości, że wymieniony wykonawca, złożył oświadczenie o odwrotnej treści. Stwierdził w nim mianowicie, że należy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy, tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369), co Krajowa Izba Gospodarcza, 00-074 Warszawa, ul. Trębacka 4.

Oświadczenie to zostało złożone na wymaganym przez Zamawiającego formularzu, stanowiącym Załącznik nr 4 do SIWZ i zamieszczone na Platformie Zamawiającego, to jest w sposób, który uniemożliwia wykonawcom późniejszą ingerencję w treść tego dokumentu, a zwłaszcza dokonywanie w nim zmian.

Dowód: wydruk Załącznika nr 4 do SIWZ z dnia 03.09.2019 r. złożonego przez Krajową Izbę Gospodarczą Centrum Promocji sp. z o. o.

Krajowa Izba Gospodarczą Centrum Promocji sp. z o. o. w związku ze złożeniem oferty nr 4 w częściach III, VI i VIII, zamieściła na Platformie Zamawiającego w zakładce „Korespondencja” tylko jeden Załącznik nr 4 do SIWZ. Przekazując Zamawiającemu jednolite oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej dla wszystkich części zamówienia, wykonawca ten zgodnie ze stanem rzeczywistym wskazał na istniejące powiązanie z Krajową Izbą Gospodarczą uznając, że fakt ten może być istotny dla każdej części zamówienia.

Inaczej postąpiła Krajowa Izba Gospodarcza, która w związku ze złożeniem (wspólnie z World Expo International sp. z o. o.) oferty nr 4 w częściach I, II, IV, V i VI, złożyła oświadczenia o odmiennej treści w zależności od tego, czy na daną część zamówienia ofertę złożyła także jej spółka zależna - Krajowa Izba Gospodarczą Centrum Promocji sp. z o. o.

W konsekwencji, Krajowa Izba Gospodarcza zamieściła na Platformie Zamawiającego pięć osobnych oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, odpowiednio dla części:

- I, II, IV i V oświadczać, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej, w wyżej wskazanym rozumieniu, co którykolwiek z pozostałych wykonawców,

-VI oświadczając, że należy do tej samej grupy kapitałowej, w wyżej wskazanym rozumieniu, co Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji sp. o. o.

Rzeczona sprzeczność oświadczeń złożonych przez Krajową Izbę Gospodarczą Centrum Promocji sp. o. o. oraz przez Krajową Izbę Gospodarczą w oczywisty sposób nie była skutkiem umyślnej próby wprowadzenia w błąd Zamawiającego, ani rażącego niedbalstwa w prezentowaniu informacji Zamawiającemu, lecz raczej wynikiem dezorientacji i niepewności wywołanej przez samego Zamawiającego.

W pkt 7.2 SIWZ Zamawiający zastrzegł m.in., że „Wykonawca może złożyć ofertę na osiem części zamówienia, przy czym może złożyć jedną ofertę na każdą część zamówienia”.

Zgodnie z pkt 7.11 SIWZ Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty: (...) Formularz Oferty wraz z wybranymi załącznikami (...) w zależności od wybranej części zamówienia.”

Odczytując te postanowienia dosłownie Krajowa Izba Gospodarcza uznała, że składając częściową ofertę na pięć z ośmiu części zamówienia wykonawca składa w istocie „Jedną ofertę” na każdą z tych pięciu części, co pociąga za sobą możliwość złożenia osobnych i odmiennych w treści oświadczeń o przynależności do grupy kapitałowej dla każdej spośród tych części. Chciał w ten sposób podkreślić brak formalnego i gospodarczego związku pomiędzy poszczególnymi częściami zamówienia oraz niewystępowanie możliwości zaburzenia konkurencji w przypadku, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej ubiegają się o inne części zamówienia.

Złożenie przez obu wykonawców zamówienia w części VI świadczy o braku koordynacji ich działań, zatem o nieistnieniu zмовы przetargowej między nimi.

Wykonawca sugerował się tym, że dla każdej z części zamówienia określono osobno kwotę wadium, możliwe jest odmienne rozstrzygnięcie postępowania dla każdej części, każda część dotyczy całkiem innej branży gospodarki itd.

Informacja przekazana Zamawiającemu w złożonych oświadczeniach nie zmierzała do ukrycia rzucającego się nota bene w oczy powiązania kapitałowego pomiędzy Krajową Izbą Gospodarczą i Krajową Izbą Gospodarczą Centrum Promocji sp. z o. o. Była to informacja co najwyżej nadmiernie szczegółowa wskutek jej zbędnego „rozbicia” na poszczególne części zamówienia.

Zamawiający mógł wysnuć wniosek o tym, że Odwołujący oraz Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji sp. z o. o., są „wykonawcami, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej (...) złożyli odrębne oferty lub oferty częściowe” w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp wyłącznie w oparciu o informacje zawarte w oświadczeniach Krajowej Izby Gospodarczej.

Nie jest zatem trafne stwierdzenie, że potrzebne było do tego samodzielne pozyskanie danych o powiązaniach kapitałowych przez Zamawiającego za pomocą bezpłatnych i ogólnie dostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych, zgodnie z art. 26 ust. 6 pzp. Sugerując, iż decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania została podjęta wyłącznie w konsekwencji zapoznania się z danymi ujawnionymi w rejestrze przedsiębiorców KRS, Zamawiający uchybia obowiązkowi rzetelnego przedstawienia wykonawcy przyczyn jego wykluczenia, przewidzianemu w art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp.

Konkludując Odwołujący, w tym zwłaszcza Krajowa Izba Gospodarcza, nie przekazali Zamawiającemu żadnej informacji „nieprawdziwej”, „wprowadzającej w błąd ani „nie złożyli oświadczenia, którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy”.

Oświadczenia Odwołujących, jak wyżej wskazano, nie są sprzeczne z treścią oświadczeń złożonych przez KIG Centrum Promocji sp. z o. o. Jednakże, przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp nie stanowiłby uzasadnienia dla wykluczenia Odwołujących z postępowania nawet w przypadku, gdyby rzeczywiście „każdy z wykonawców złożył ofertę na część VI, jednocześnie składając sprzeczne oświadczenia odnośnie przynależności do grupy kapitałowej”.

W takim przypadku, to nie Odwołujący byłiby tym wykonawcą, który wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Dokumenty złożone przez Konsorcjum nie zawierają żadnych informacji niezgodnych ze stanem rzeczywistym. Zawarte w nich oświadczenia nie mogły zatem wprowadzić Zamawiającego w błąd co do jakichkolwiek okoliczności.

Sama ewentualna sprzeczność oświadczenia złożonego przez Odwołujących odnośnie przynależności do grupy kapitałowej, z treścią oświadczenia w tym przedmiocie złożonego przez innego wykonawcę, nie stanowi na gruncie regulacji art. 24 ust. 1 pkt 16 pzp podstawy do wykluczenia tego wykonawcy, którego oświadczenie jest zgodne z rzeczywistością.

Ad 2) Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp.

W wyrokach wydanych sprawach o sygnaturach KIO 2053/17; KIO 2054/17; KIO 2244/17 Izba wyraziła pogląd, że oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej składane przez wykonawców powinny obejmować całe postępowanie, nie zaś jego pojedyncze części. W świetle tych orzeczeń oświadczenia w tym przedmiocie, złożone przez Krajową Izbę Gospodarczą są dokumentami wypełnionymi z formalnego punktu widzenia błędnie.

Świadczą one nie o tym, że wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego, tylko o tym, że sam pozostawał w błędzie sądząc, że ma prawo, względnie obowiązek, złożyć odrębne oświadczenia o grupie kapitałowej dla każdej części zamówienia.

Błąd ten został wywołany, choćby nieumyślnie, przez Zamawiającego. Sposób w jaki KIG wypełniła formularze Zał. 4 do SIWZ był następstwem tego, że wykonawca dokonał wadliwej wykładni niejednoznacznie brzmiących postanowień pkt 7.2 i 7.11 SIWZ.

W konsekwencji, wykonawca błędnie sporządził dokumenty, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 pzp. Powinno to spotkać się z reakcją w postaci wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 pzp, a nie wykluczenia Odwołujących z całego postępowania bez wzywania do poprawienia błędów i złożenia wyjaśnień (nie dotyczy to części VI) .

Jedynie teoretycznie trafne jest spostrzeżenie Zamawiającego , że nie powinien on wzywać wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających, iż pomimo istnienia powiązań kapitałowych między wykonawcami nie doszło do zakłócenia konkurencji, gdyż ich złożenie nie jest obowiązkiem prawnym wykonawców, a jedynie ciężarem dowodowym.

Złożenie oświadczeń w przedmiocie przynależności do tej samej grupy kapitałowej co inni wykonawcy uczestniczący w postępowaniu jest jednak właśnie obowiązkiem prawnym wykonawcy, przewidzianym w art. 25 ust. 1 pkt 3 pzp, a nie tylko ciężarem dowodowym. Ponieważ dokumenty zawierające takie oświadczenia zawierały błędy lub budziły wątpliwości, to Zamawiający miał obowiązek wskazać na czym te błędy lub wątpliwości polegają i wezwać wykonawcę do ich wyjaśnienia (por. 26 ust. 3 pzp), czego bezprawnie zaniechał.

Ad 3 Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp

W orzecznictwie KIO zaprezentowano pogląd, że nie można wykluczyć sytuacji, kiedy oferty składane przez podmioty należące do wspólnej grupy kapitałowej na różne części w danym postępowaniu są działaniem, które może prowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W szczególności, dotyczy to sytuacji, gdy zamawiający wprowadził w SIWZ ograniczenie polegające na tym, że dany wykonawca może złożyć ofertę tylko na określonej maksymalną ilość części zamówienia. Wówczas bowiem, jeżeli podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej dokonają ustalenia na jakie części zamówienia złożą ofertę każdy z nich, a następnie każdy z nich składa ofertę na tak uzgodnione części zamówienia, faktycznie dochodzi do zмовы przetargowej, której skutkiem jest faktyczne obejście zapisów SIWZ i naruszenie limitów, które wiążą w równym stopniu każdego z wykonawców .

Opisana sytuacja ma poniekąd charakter szczególny.

Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w niniejszym postępowaniu. Stosownie do zapisu pkt 7.2 SIWZ wykonawca może złożyć ofertę na osiem części zamówienia, to znaczy na wszystkie jego części. Nie przewidziano zatem ograniczenia, którego obejście mogłoby być celem takiej zмовы przetargowej, jak ta której dotyczyło rozstrzygnięcie w sprawie o sygn. KIO 283/17.

W powołanym orzeczeniu Izba stwierdziła ponadto, że „ustawodawca nie wymaga do wykazania przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp ustalenia, iż złożenie ofert częściowych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wystarczającym jest wykazanie, że doszło do zakłócenia konkurencji”. Wnoskując a contrario, w niniejszej sprawie wykluczenie Odwoływających z postępowania byłoby zgodne z prawem, gdyby wskutek złożenia ofert częściowych jednocześnie przez Odwoływających i przez KIG Centrum Promocji doszło do zakłócenia konkurencji. Jeśli do zakłócenia nie doszło, samo ustalenie, że obaj wykonawcy złożyli częściowe oferty w świetle powołanego orzeczenia „nie jest wystarczające”.

Przedmiot zamówienia podzielony jest na osiem części, z których każda dotyczy innej branży przemysłu lub usług, odrębnego rynku (części samochodowe i lotnicze, meble, moda, budownictwo, maszyny i urządzenia, kosmetyki, biotechnologia i farmaceutyka, jachty i łodzie). W przeszłości Zamawiający udzielał odrębnych zamówień dla każdej z wymienionych branż, każda z nich była przedmiotem odrębnego postępowania.

Biorąc pod uwagę treść SIWZ (brak ograniczeń co do liczby części zamówienia, o które może ubiegać się jeden wykonawca), Odwoływającym nie jest znany inny mechanizm obejścia prawa, który w niniejszym postępowaniu nawet teoretycznie można byłoby zastosować, aby zakłócić konkurencję poprzez złożenie odrębnych ofert na różne części zamówienia przez podmioty powiązane kapitałowo. Z pewnością nie jest zadaniem wykonawców obmyślanie takich ewentualnych mechanizmów, tylko po to, by następnie wykazać, że ich nie stosują. W takich okolicznościach, obiektywnie brak jest podstaw do przyjęcia domniemania, że powiązania kapitałowe pomiędzy Krajową Izbą Gospodarczą i Krajową Izbą Gospodarczą Centrum Promocji sp. z o. o., w takim zakresie w jakim ubiegają się one o różne części zamówienia, zakłócają konkurencję w całym postępowaniu.

„Wykazanie” przez wykonawcę, że jego powiązanie z innym wykonawcą nie zakłóca konkurencji, nie musi w każdym przypadku polegać na złożeniu dowodów (zwłaszcza w postaci dokumentów). Brak jest podstaw do takiego zawężenia. Wykazanie braku zakłócenia konkurencji może także sprowadzać się do złożenia oświadczeń obejmujących twierdzenia dotyczące faktów lub argumentację prawną. W sytuacji, gdy brak możliwości zakłócenia konkurencji jest oczywisty i trudno sobie nawet wyobrazić w jaki sposób mogłoby do niego dojść, wystarczy złożenie przez wykonawcę oświadczeń zawartych w treści JEDZ (tj. o braku porozumień z innymi wykonawcami mających na celu zakłócenie konkurencji, o braku podstaw do wykluczenia o charakterze wyłącznie krajowym, określonych w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia).

Ad 4) Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 p. z. p.

Zamawiający zaniechał, wbrew ciążącemu na nim obowiązkowi, przeprowadzenia rzetelnego badania i oceny oferty Odwoływającego. Pochopnie postawił Odwoływającym, w tym zwłaszcza

Krajowej Izbie Gospodarczej, bezzasadny zarzut umyślnego, względnie spowodowanego rażącym niedbalstwem, wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy ubieganiu się o zamówienie publiczne. Zarzut taki, sformułowany publicznie, poważnie narusza zaufanie do Krajowej Izby Gospodarczej i narusza jej dobra osobiste, podlegające ochronie na gruncie przepisów prawa cywilnego.

Następnie Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu złożenie szczegółowych wyjaśnień, zmierzających do wykazania, że Krajowa Izba Gospodarcza jedynie nieprawidłowo wypełniła formularze Załącznika nr 4 do SIWZ i nie ma możliwości zakłócenia konkurencji wskutek złożenia odrębnych ofert na różne części zamówienia przez Odwołujących i Krajową Izbę Gospodarczą Centrum Promocji sp. z o. o. oraz że Zamawiający był w stanie zorientować się jaki jest rzeczywisty zakres powiązań kapitałowych wykonawców ubiegających się o zamówienie na podstawie samych błędnie wypełnionych formularzy.

Jest to równoznaczne z naruszeniem zasady przejrzystości. Zamawiający naruszył zasadę tę wykluczając Odwołujących z postępowania w zakresie części I, II, IV i V zamówienia na podstawie przesłanek, które w rzeczywistości nie istniały.

KIO 2174/19 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Berm sp. z o.o. s. k. z siedzibą w Warszawie

Pisemne stanowisko na odwołanie zamawiający przedstawił łącznie z odpowiedzią na odwołanie w sprawie sygn. akt KIO 2180/19 – omówione poniżej.

Sygn. akt KIO 2180/19

Odwołujący: Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w WARSZAWIE, wniósł odwołanie od czynności wykluczenia odwołującego z tego postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. dowolne ustalenie, że Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Spółka z o.o. w Warszawie (oferta 4 w częściach: III, VI, VIII złożyła oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp, tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369) oraz nie wskazuje żadnego podmiotu z grupy kapitałowej, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z faktami, że Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Spółka z o.o. w Warszawie złożyła oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w postępowaniu na platformie mpit.ezamawiajacy.pl:

a) nr 40 do części VI, branża kosmetyki, oświadczenie z 03.09.2019 r., że należy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp, tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, wskazując podmiot z grupy kapitałowej tj. Krajową Izbę Gospodarczą;

b) nr 39 i 41 do części III i VIII, branża jachty i łodzie oraz moda polska, oświadczenie z 3.09.2019 r., że nie należy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp, tj. w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, co wprost stanowi o naruszeniu art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp,

2. bezzasadne pominięcie art. 2 pkt 7a Prawa zamówień publicznych,

3. niewłaściwe zastosowanie art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 23 pzp wskutek pominięcia, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania.

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia wykonawcy Krajowej Izby Gospodarczej Centrum Promocji Spółki z o.o. w Warszawie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp i odrzucenia jego ofert na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Postępowanie dotyczy realizacji 8 programów promocji, przy czym każdy program stanowi odrębną część, posiadającą osobny Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia i do każdej części Wykonawcy przedstawiali osobny JEDZ, formularze ofertowe, wpłacali odrębną wadą, każda z części była oceniana oddzielnie przez Zamawiającego i oddzielnie jest wybierana najkorzystniejsza oferta dla każdej z części.

Zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy pzp, zwanej dalej „Pzp”, przez postępowanie o udzielenie zamówienia należy rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Wszczęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z podziałem na części oznacza, że mimo opublikowania jednego ogłoszenia o zamówieniu (w trybach z ogłoszeniem) Zamawiający prowadzi tyle niezależnych procedur udzielenia zamówienia, ile przewidział części postępowania, a w konsekwencji w każdej części Zamawiający dokonuje wyboru odrębnej oferty i zawiera odrębną umowę w sprawie zamówienia publicznego, co jest zgodne z treścią art. 2 pkt 7a Pzp, który odnosi się do "wyboru oferty" (w liczbie pojedynczej), a więc przy podziale zamówienia na części, definicja określona w tym przepisie odnosi się do postępowania w każdej części odrębnie (tak np. KIO w wyroku z dnia 28 czerwca 2019 r., LEX nr 2713351).

Konsorcjum: Krajowa Izba Gospodarcza w Warszawie oraz World Expo International Spółka z o.o. w Bydgoszczy złożyło ofertę 3 w częściach: I, II, IV, V i VI (samochody, meble, budownictwo, maszyny, kosmetyki).

Krajowa Izba Gospodarcza w Warszawie jest 100% udziałowcem Krajowej Izby Gospodarczej Centrum Promocji Spółka z o.o. w Warszawie.

Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Spółka z o.o. w Warszawie złożyła ofertę 4 w częściach: III, VI, VIII (branża jachty i łodzie, kosmetyki oraz moda polska).

Pismem z dnia 18.10.2019 r., zawierającym informację o wykluczeniu Krajowej Izby Gospodarczej Centrum Promocji Spółka z o.o. w Warszawie i odrzuceniu jej oferty, Zamawiający stwierdził, że Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Spółka z o.o. w Warszawie (oferta 4 złożona w częściach: III, VI, VIII) złożyła oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy, oraz nie wskazuje żadnego podmiotu z grupy kapitałowej. Powyższe ustalenie pozostaje w sprzeczności z faktami, bowiem Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Spółka z o.o. w Warszawie złożyła następujące oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w w/w postępowaniu na platformie mpit.ezamawiajacy.pl w sekcji Korespondencja skierowana do Zamawiającego pod numerem:

- nr 40 do części VI, branża kosmetyki, oświadczenie z dnia 03.09.2019 r., że należy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369), wskazując podmiot z grupy kapitałowej tj. Krajową Izbę Gospodarczą;

- nr 39 i 41 do części III i VIII, branża jachty i łodzie oraz moda polska, oświadczenie z dnia 03.09.2019 r., że nie należy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369).

Ponadto, Wykonawca - Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Spółka z o.o. w Warszawie w dniu 03.09.2019 r. złożyła wyjaśnienia, że powiązania wynikające z faktu przynależności do tej samej grupy kapitałowej co inny oferent tj. Krajowa Izba Gospodarcza, nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Powołane fakty wprost przeczą ustaleniom Zamawiającego, iż Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji Spółka z o.o. w Warszawie (oferta 4 złożona w częściach: III, VI, VIII) złożyła oświadczenie, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy, tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369) oraz nie wskazuje żadnego podmiotu z grupy kapitałowej.

Konsekwentnie należy stwierdzić, że Zamawiający wprost naruszył art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp przez dokonanie sprzecznych z faktami ustaleń stanu faktycznego w uzasadnieniu wykluczenia Wykonawcy, jak i wprost naruszył art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie.

Niewątpliwie Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp wykluczeniu podlegają wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, 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.

Jak z powyższego wynika, Ustawodawca wskazał ramy wykluczenia członków grupy kapitałowej biorących udział w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i dotyczą one jedynie powiązania pomiędzy samymi wykonawcami i złożenia odrębnych ofert przez członków grupy kapitałowej, przy czym i w takim przypadku wykluczenie to nie jest bezwzględne, gdyż Ustawodawca nie zakłada, że w każdym przypadku musi skutkować zakłóceniem konkurencji w postępowaniu.

Skoro Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w częściach, z których każdy stanowi przedmiot odrębnego postępowania, to art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp znajduje zastosowanie wyłącznie w części VI (branża kosmetyki), przy czym jego zastosowanie wymaga odwołania się do celu tej regulacji, którym jest przeciwdziałanie zakłóceniu konkurencji polegające na tym, że podmioty z jednej grupy kapitałowej, składając oferty w ramach danego postępowania, zapewniają sobie określone uprzywilejowanie względem innych wykonawców, co nie ma miejsca w realiach niniejszej sprawy.

Wskazując na powyższe wniesienie odwołania stało się konieczne i uzasadnione.

KIO 2180/19 przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Berm sp. z o.o. s. k. z siedzibą w Warszawie

Zamawiający przedstawił wykonawcom dnia 18 października 2019 r. informację o wykonawcach, którzy podlegają wykluczeniu, i których oferty podlegają odrzuceniu:

- Wykonawcy występujący wspólnie: Krajowa Izba Gospodarcza, ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa oraz World Expo International sp. z o.o., ul. Fordońskiej 296, 85-752 Bydgoszcz (oferta nr 3 złożona w częściach: I, II, IV VI);
- Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa (oferta nr 4 złożona w częściach: III, VI, VIII).

Uzasadnienie wykluczenia wykonawców z postępowania:

Podstawa prawna:

art. 24 ust. 1 pkt 16 — wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

art. 24 ust. 1 pkt 23 — 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 2019 r. poz. 369, 1571 i 1667). 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.

art. 24 ust. 11 — Wykonawca, w terminie 3 dni od dnia przekazania informacji, o której mowa w art. 51 ust. 1a, art. 57 ust. 1 lub art. 60d ust. 1, albo od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5, przekazuje zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt 23. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

art. 24 ust. 4 — Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Uzasadnienie faktyczne:

Konsorcjum: Krajowa Izba Gospodarcza, ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa oraz World Expo International sp. z o.o., ul. Fordońskiej 296, 85-752 Bydgoszcz (oferta nr 3 złożona w częściach: I, II, IV, V, VI)

Wykonawca Krajowa Izba Gospodarcza - Lider Konsorcjum w składzie Krajowa Izba Gospodarcza i World Expo International sp. z o.o. w dniu 02.09.2019 r. złożył przez Platformę zamawiającego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy, odpowiednio dla części:

- I, II, IV, V oświadczając, że „nie należy do grupy kapitałowej”, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369) oraz nie wskazując żadnego podmiotu z grupy kapitałowej;
- VI oświadczając, że należy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i

konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369), co podmioty wymienione poniżej tj. Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji sp. z o.o., ul. Trębacka 4; 00-074 Warszawa.

Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca nie przedstawił dowodów, że powiązania z wykonawcą Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji sp. z o.o. nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Natomiast Wykonawca Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji sp. z o.o., ul. Trębacka 4, 00-074 Warszawa (oferta nr 4 złożona w częściach: III, VI, VIII) oświadczył, że nie należy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy tj. w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369) oraz nie wskazując żadnego podmiotu z grupy kapitałowej.

Każdy z wykonawców złożył ofertę na część VI, składając sprzeczne oświadczenia odnośnie przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający odstępując od żądania dokumentów wskazanych w pkt 5.3 d SIWZ, z uwagi na fakt samodzielnego pozyskania ich za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych, zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy, samodzielnie pobrał KRS wykonawcy Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji sp. z o.o. nr 0000098072, gdzie w Rubryce 7 - Dane wspólników wskazana została Krajowa Izba Gospodarcza Regon: 006210187.

Jednocześnie, w załączonych dokumentach JEDZ w sekcji C Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi w punkcie porozumienia z innymi wykonawcami mające na celu zakłócenie konkurencji, ww. wykonawcy wskazali, że nie zawarli z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji.

W ustawie brak jest definicji pojęcia „nieprawdziwych informacji”, jednak z pomocą przychodzi orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (KIO), która m.in. w wyroku z 18 kwietnia 2017 r., KIO 576/17 zdefiniowała, że przez przedstawienie nieprawdziwych informacji (wprowadzających w błąd) należy rozumieć „m.in. złożenie przez wykonawcę własnego oświadczenia wiedzy (lub przedstawienie oświadczenia wiedzy podmiotu trzeciego), którego treść pozostaje w sprzeczności z rzeczywistym stanem rzeczy.”

Jak wskazuje Włodzimierz Dzierżanowski „Zamówienia Publiczne DORADCA” Nr 8, 2016, s. 54-59, Publicus sp. z o.o., W-wa 2016) „obowiązkiem wykonawcy jest złożenie oświadczenia o przynależności lub braku przynależności jedynie do wspólnej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, którzy złożyli, odpowiednio, wnioski lub oferty. Nie jest wymagane złożenie listy członków grupy kapitałowej. Dopiero wspólna przynależność do tej

samej grupy kapitałowej wymaga wykazania, że udział w tym samym postępowaniu nie zakłóca konkurencji”.

Na koniec warto odnieść się do sytuacji, gdy mamy do czynienia ze złożeniem odrębnych ofert, ofert częściowych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców, należących do tej samej grupy kapitałowej. W takiej sytuacji składając oświadczenie powinni oni od razu wykazać, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pod rygorem wykluczenia z udziału w postępowaniu, na co wskazuje art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp). Jak stwierdza dalej dr Dzierżanowski w artykule: „fakultatywne i zależne od woli wykonawcy jest złożenie dowodów, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji. Ich nie złożenie będzie jednak oznaczać, że wykonawca nie skorzystał z przysługującego mu prawa, aby wykazać, zgodnie z obciążającym go ciężarem dowodu, że konkurencja nie została zakłócona przez czynność udziału dwóch powiązanych wykonawców w jednym postępowaniu. (...) Zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów (w odróżnieniu od obowiązku wezwania do złożenia oświadczenia). Dokumenty te nie są bowiem obowiązkowe, a tym samym trudno uznać je za niezbędne, co konieczne byłoby przy ocenie przesłanek wezwania z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 3 pzp)”.

W odpowiedzi na obydwa odwołania zamawiający wniósł o ich oddalenie.

Wskazał, jakie oświadczenia dotyczące przynależności do grupy kapitałowej złożył w toku postępowania każdy z odwołujących, w szczególności o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej we wszystkich częściach, w której wykonawcy składali oferty oraz o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp, co drugi z odwołujących w części VI – branża kosmetyki). Oświadczenia te nosiły daty 2.09.2019 r. i 3.09. 2019 r.

Zamawiający przypomniał, że odwołujący – konsorcjum w sprawie KIO 2174/19 złożył oferty w częściach I, II, IV oraz VI, a odwołujący w sprawie KIO 2180/19 złożył oferty w częściach III, VI i VIII. Wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, o ich oferty uznano za odrzucone.

Zamawiający uznał, że wykonawcy jako pozostający w tej samej grupie kapitałowej nie wykazali, iż istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w całym postępowaniu.

Wskazał, że odwołujący konsorcjum nie kwestionował rozstrzygnięcia w części VI, co może być uznane za przyznanie zasadności wykluczenia go w tym zakresie z postępowania.

Zdaniem zamawiającego, zasadność decyzji dotyczy w konsekwencji także pozostałych części.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz art. 26 ust. 3 ustawy pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia treści oświadczeń osobno dla 5 części oraz poprawienia błędów formalnych w oświadczeniach i błędu formalnego poprzez złożenie jednolitego oświadczenia dla całego postępowania zamawiający wskazał, że treść oświadczeń Krajowej Izby Gospodarczej – członka konsorcjum, nie budziła wątpliwości i nie było podstaw do wzywania o wyjaśnienie ich treści. Według zamawiającego profesjonalista na rynku ma świadomość swoich powiązań kapitałowych. Złożenie odmiennych oświadczeń zamawiający uznał za próbę wprowadzenia w błąd i sprzeczność faktami w wyniku co najmniej niedbalstwa autorów oświadczeń.

Podkreślił potrzebę składania przedmiotowego oświadczenia w odniesieniu do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co potwierdza przytoczone orzecznictwo KIO i sądowe.

Zamawiający ocenił oświadczenia w oparciu o art. 24 ust. 11 pzp zauważając, że odwołujący wraz ze złożeniem oświadczeń przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej nie przedstawili dowodów, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Zaniechań w tym zakresie odwołujący nie może próbować niejako „przerzucić” na czynności podejmowane przez zamawiającego.

Przynależność odwołujących do grupy kapitałowej jest oczywista i niesporna i jako kryterium obiektywne jest niezależne od złożonych oświadczeń wiedzy wskazując na konieczność wykluczenia odwołujących z postępowania wobec spełnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp. Zamawiający podnosi, że odwołujący nie wykazali za pomocą odpowiednich dokumentów braku możliwości zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw do żądania wyjaśniania celu złożenia 5 oświadczeń osobno dla każdej części. Żądał jednego oświadczenia dla całego postępowania składającego się z 8 części, o czym świadczy treść pkt 5.2 siwz oraz wzoru oświadczenia stanowiącego załącznik nr 4 do siwz; ich treści są spójne i logiczne.

Odwołujący potwierdził popełnienie błędu uznając potrzebę jego poprawienia przez złożenie jednolitego oświadczenia dla całego postępowania. W ocenie zamawiającego nastąpiło uchybienie merytoryczne w treści oświadczenia, które nie podlega wyjaśnieniu i poprawieniu na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, gdyż prowadziłyby to do nierównego traktowania wykonawców.

Wskazał na definicję postępowania określoną w art. 2 pkt 7a ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp zamawiający wskazał, że przepis zawiera ustawowe domniemanie prawne, iż wykonawcy należący do tej samej

grupy kapitałowej, którzy złożyli np. oferty częściowe w postępowaniu, podlegają wykluczeniu, a ciężar dowodowy, o którym mowa w przepisie, leży na wykonawcy a nie na zamawiającym. Jeżeli więc wykonawca nie skorzystał ze swego uprawnienia i nie obalił domniemania, które wynika z ustawy, uznać należy, że istniejące pomiędzy nim a KIG Centrum Promocji sp. z o.o. powiązania prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

Złożenie oferty przez wykonawcę należącego do tej samej grupy kapitałowej jest podstawą do wykluczenia z postępowania. Celem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp jest zapewnienie konkurencyjności ofert składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Grupy kapitałowe tworzone są w celu wspólnego działania przedsiębiorców, którzy posiadają oddzielną osobowość prawną, jednak są zależni od podmiotu dominującego. Wystąpienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej budzi wątpliwość, jeżeli chodzi o konkurencyjność wzajemną ich ofert. Zgodnie z art. 82 ust. 1 pzp wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. W przypadku grupy kapitałowej, która działa jak jeden organizm gospodarczy, złożenie ofert przez jednego lub kilku jej członków może powodować obejście tego przepisu.

Zamawiający przypomniał, że wraz ze złożeniem oświadczenia wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu, ergo obalić domniemanie wynikające z przepisu. W braku takiej czynności następuje obligatoryjne wykluczenie wykonawcy. W związku z tym, że dowody obalające domniemanie nie stanowią obowiązkowych dokumentów, uznaje się, że zamawiający nie powinien wzywać wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów (z komentarza M. Sieradzkiej).

Zamawiający nie zgada się także z twierdzeniem odwołującego, że przedmiot zamówienia podzielony na 8 części, w każdej dotyczy odrębnego rynku usług czy przemysłu. Wskazuje, że główną usługą zamawianą w ramach wszystkich 8 części postępowania jest usługa promocji polskiej gospodarki.

W zakresie odwołania w sprawie KIO 2180/19 zamawiający stwierdził, że wskazanie nieprawidłowego stanu faktycznego w części VI zamówienia nie ma wpływu na wynik postępowania wobec braku dowodów lub wyjaśnień, które wskazywałyby, że istniejące między KIG a KIG Centrum Promocji sp. o.o. powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Odwołującego wykluczono ze wskazanej w informacji podstawy prawnej.

Zamawiający stwierdził, że nie otrzymał od wykonawcy wyjaśnień, iż powiązania wynikające z przynależności do tej samej grupy kapitałowej co KIG, nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Wskazał, że w informacji o wykluczeniu odwołującego w cz. II, VI i VIII postępowania wskazane zostały dwie różne podstawy prawne wykluczenia, jednakże dla osiągnięcia skutku w postaci wykluczenia wystarczające jest wystąpienie już jednej ze wskazanych przesłanek wykluczenia, co w niniejszej sprawie ma miejsce.

Odnosnie zarzutów pominięcia art. 2 pkt 7a oraz niewłaściwego zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 i pkt 23 ustawy pzp zamawiając podtrzymał swoje argumenty w tym zakresie podniesione w odpowiedzi na odwołanie sygn. akt KIO 2174/19.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na posiedzeniu i rozprawie.

Sygn. akt KIO 2174/19.

Odwołujący przypomniał, że odwołanie dotyczy części pierwszej, drugiej, czwartej i piątej, natomiast nie odwołuje się w zakresie części szóstej wobec zasadności stanowiska zamawiającego w tym zakresie. Stwierdził, iż złożone przez niego oświadczenia, oparte na załączniku nr 4 SIWZ, wymagały wyjaśnienia i poprawienia błędów formalnych - zawierały one wzajemnie sprzeczne informacje. Przyznał, iż oświadczenie z art. 24 ust. 11 pzp powinno być jedno dla całego postępowania, z czego wynika fakt popełnienia błędu formalnego wobec złożenia kilku oświadczeń zawierających przy tym treść uzupełnioną w stosunku do wzoru o wskazane części zamówienia, którego dotyczył. Podkreślił, że oświadczenie o powiązaniach kapitałowych jest dokumentem obowiązkowym, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy. Stwierdził, że złożone dokumenty nie zawierały żadnej nieprawdziwej informacji, i w związku z tym nie zaistniały przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 16. Uznał, że przyczyny wskazanych nieprawidłowości leżą w sformułowaniu specyfikacji w pkt 7.2, w którym dopuszczono składanie ofert na poszczególne części, tj. jednej oferty na każdą z części lub całość zamówienia .

Zauważył, że złożone oświadczenia oraz przedmiot zamówienia w poszczególnych częściach zawierały informacje świadczące o braku zagrożenia konkurencji. W warunkach tego postępowania nie nastąpiło zagrożenie konkurencji przewidziane w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy. Przypomniał, iż ewentualne naruszenie zasad z art. 7 ust. 1 można by przypisać zamawiającemu, a nie wykonawcom. Wskazał na brak powodu do uznania, iż doszło do błędu w skutek zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przypomniał, iż w specyfikacji użyto sformułowania „jedną ofertę na każdą część zamówienia”, z czego można

wnioskować o dopuszczalności złożenia kilku ofert w tym postępowaniu. Stwierdził, iż nie ma żadnych dowodów doszukiwania się ewentualnego porozumienia wykonawców w celu naruszenia konkurencji, a także teoretycznie nie było ono możliwe.

Podtrzymał stanowisko, iż wykonawca może wykazać brak zagrożenia konkurencji także składając dokumenty lub oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3, nie tylko w razie braku w ogóle takiego oświadczenia, lecz także w razie oświadczenia o treści wewnętrznie sprzecznej lub z błędami formalnymi. Przypomniął, że treść złożonych oświadczeń była oczywista i zrozumiała dla zamawiającego, a podjęta przez niego próba oceny hipotetycznego zakłócenia konkurencji była nieudana.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z argumentacją w piśmie. Stwierdził, że w specyfikacji prawidłowo przedstawił wymogi dotyczące składania oświadczenia w sprawie grupy kapitałowej w pkt 5.2 oraz zał. nr 4 o jednoznacznej treści, natomiast pkt 7.2 nie dotyczył oświadczenia, lecz sposobu przygotowania i składania ofert, do których załącznikami były inne oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia pkt 7.11.2 SIWZ. Podkreślił, że oświadczenie nie jest dokumentem ofertowym, lecz w razie błędu lub niezłożenia podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3. Natomiast ewentualne dowody i inne metody wykazania braku zakłócenia konkurencji nie podlegają uzupełnieniu, gdyż są częścią składową oświadczenia.

Przyznał jak odwołujący, że oświadczenie dotyczy całego postępowania, bez względu na fakt podzielenia na części (wyrok KIO 2053 i 2054/17 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII GA 1921/17). Stwierdził, że domniemania z art. 24 ust. 1 pkt 23 jest ustawowe, a dowód przeciwny obciąża wykonawcę.

Uznał, że nie można wykluczyć ewentualnego porozumienia podmiotów składających ofertę w tym postępowaniu na różne części, w sumie uzupełniające się na prawie cały przedmiot zamówienia o podobnym sposobie realizacji. Pozostali wykonawcy prawidłowo rozumieli wymogi składając jedno oświadczenie dotyczące grupy kapitałowej w całym postępowaniu.

Z definicji ustawowej postępowania wywiódł obowiązek złożenia oświadczenia w sprawie grupy kapitałowej w odniesieniu do całego postępowania (okoliczność niesporna). Złożone oświadczenia były jednoznaczne, lecz wzajemnie sprzeczne i zamawiający nie mógł zastosować art. 26 ust. 3 PZP. Przypomniął art. 26 ust. 1 pkt 23, art. 24 ust. 11 zdanie 2 i art. 24 ust. 1 pkt 16 wskazując na czynności w tym zakresie leżące po stronie wykonawcy oraz ich ocenę dokonywaną przez zamawiającego.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podzielił w całości stanowisko zamawiającego i podkreślił jednoznaczny wymóg treści oświadczenia z zał. 4 do SIWZ. Przypomniął

domniemanie z art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP z możliwością jego obalenia niewykorzystaną przez odwołującego. Uznał, że nie zaistniały powody do zastosowania art. 26 ust. 3 w stosunku do wykonawcy, gdyż dotyczyłoby to dokumentów, które nie są niezbędne, zgodnie z komentarzem do ustawy wskazanym w piśmie.

Sygn. akt KIO 2180/19

Odwołujący poparł odwołanie. Uznał, że treścią złożonych oświadczeń wykazał brak naruszenia konkurencji w postępowaniu. Oceniał, że oświadczenia zostały złożone zasadnie, odrębnie dla każdej części zamówienia, w tym dla części VI, gdzie wskazano na powiązanie kapitałowe z Krajową Izbą Gospodarczą. Wskazał na orzeczenie KIO 1104/19. Na poparcie powyższego stanowiska stwierdził, że ocena taka wynika ze specyfiki postępowania, rodzaju zamówienia, podziału na części, dopuszczenia składania odrębnych ofert, a wraz z nimi stosownej dokumentacji, a następnie wymaganych oświadczeń (dotyczących grupy kapitałowej). Stwierdza, że w okolicznościach tego postępowania nie została przez niego naruszona zasada uczciwej konkurencji. Wykonawcy, mimo powiązania kapitałowego dla wskazanej części, nie zawierali żadnego porozumienia. Podobieństwo sposobu realizacji zamówienia przedstawionego w ofertach jest skutkiem wymogów szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji. Zauważył, że dla każdej części zamówienia jednoznacznie były wymienione odrębnie wymagane dokumenty, w tym, w szczególności, oświadczenie w sprawie przynależności do grupy kapitałowej. Przypomniał błąd w decyzji o wykluczeniu z postępowania, gdzie zamawiający na stronie drugiej w czwartym akapicie niewłaściwie wskazał szóstą część, dla której jakoby złożono wadliwe oświadczenie w sprawie grupy kapitałowej.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uzasadnieniem stanowiska przedstawionym w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że podział zamówienia na części ma charakter techniczny, postępowanie o udzielenie zamówienia jest dalej jednym postępowaniem, w tym również wymogi dotyczące dokumentacji, dotyczą postępowania, a w szczególności oświadczenia o grupie kapitałowej. Należało wypełnić dokument nr 4, gdzie wskazano, iż przedmiotem zamówienia jest całość opisana w specyfikacji i ogłoszeniu. Stwierdził, że poza oświadczeniami nie otrzymał od odwołującego dodatkowych wyjaśnień, w szczególności sygnalizowanego w treści uzasadnienia odwołania (strona 4). Stwierdził, że pomimo błędu w treści uzasadnienia wynik postępowania został ustalony prawidłowo. Zauważył, że podziału na części dokonano poprawnie – podział wadium jest naturalną tego konsekwencją. Stwierdził, że złożone oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej nie jest

potwierdzeniem niezakłócania konkurencji. To oświadczenie nie zostało uzupełnione żadnymi innymi wyjaśnieniami mającymi wykazać tezę o niezakłócaniu konkurencji.

Przystępujący podtrzymał stanowisko stwierdzając, iż wykluczenie odwołującego z postępowania było prawidłowe wobec braku wykazania przez wykonawcę, iż nie naruszył on konkurencji składając ofertę w postępowaniu, pomimo pozostawania w grupie kapitałowej.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Rozpoznając odwołania w granicach podniesionych w nich zarzutów Izba uznała, że nie podlegają one uwzględnieniu.

Ustalono niespornie, jakie oświadczenia dotyczące przynależności do grupy kapitałowej złożyli wykonawcy w toku postępowania, w szczególności o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej we wszystkich częściach, w której wykonawcy składali oferty oraz o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp, co drugi z odwołujących, w części VI (branża kosmetyki). Oświadczenia te nosiły daty odpowiednio 2 września 2019 r. i 3 września 2019 r.

Odwołujący – konsorcjum w sprawie KIO 2174/19 - złożył oferty w częściach I, II, IV oraz VI, a odwołujący w sprawie KIO 2180/19 złożył oferty w częściach III, VI i VIII. Wykonawcy zostali wykluczeni z postępowania, o ich oferty uznano za odrzucone.

Ustalenie, że wykonawcy, tj. członek konsorcjum odwołującego w sprawie KIO 2174/19, czyli Krajowa Izba Gospodarcza i odwołujący w sprawie KIO 2180/19, czyli Krajowa Izba Gospodarcza Centrum Promocji sp. z o.o. należą do tej samej grupy kapitałowej uznać należy za potwierdzone. W tym miejscu za istotne należy uznać pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zdefiniowane w art. 2 pkt 7a ustawy pzp w sytuacji, gdy zamówienie podzielone jest, tak jak w sprawie rozpatrywanej, na części. Zdaniem składu orzekającego podział zamówienia na części nie zmienia statusu postępowania jako nadal jednego postępowania, w którym ze względu na szczególną specyfikę, niektóre czynności są odnoszone do poszczególnych części zamówienia (np. oferty składane w częściach, wadia dotyczące poszczególnych części). Natomiast pozostałe czynności odnoszą się do postępowania zdefiniowanego ustawowo jako jedna całość. W kontekście obydwu spraw rozpatrywanych znaczenie podstawowe, jako stanowiące przedmiot sporu i rozpoznania, ma czynność złożenia przez wykonawców oświadczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 11

ustawy pzp o przynależności lub braku przynależności wykonawcy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp. W tym zakresie Izba uznała, co także przyznała w toku postępowania odwoławczy w sprawie KIO 2174/19, oświadczenie powinno dotyczyć całego postępowania, nie zaś być odrębnie formułowane w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia, w których oferty wykonawca składał. Tym samym skład orzekający wyrażając niniejsze stanowisko nie podziela odmiennego poglądu odwołującego wykonawcy KIO Centrum Promocji sp. z o.o. Mając na uwadze wskazany wyżej przepis art. 24 ust. 11 ustawy pzp należy podkreślić, że w zdaniu drugim tego ustępu zawarto treść: „Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” Analogiczna regulacja dotycząca oświadczenia przedstawiona jest w § 5 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów /.../, gdzie wskazano, iż w przypadku przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawca może złożyć wraz z oświadczeniem dokumenty bądź informacje potwierdzające, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego podkreślenia wymaga stwierdzenie w obydwu powołanych wyżej przepisach, że wraz z oświadczeniem wykonawca może /.../. Oznacza to wymóg jednoczesności przedstawiania informacji o pozostawaniu w grupie kapitałowej z wyjaśnieniami opartymi np. na określonych dowodach, które mają wykazać, że powiązania kapitałowe wykonawców nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym po stronie wykonawcy leży wymóg wykazania braku zakłócenia konkurencji pomimo przedstawionej przynależności do grupy kapitałowej. Wobec określenia „wraz z...” chwila złożenia wyjaśnień nie może odbiegać od daty przedstawienia faktu przynależności do grupy kapitałowej.

Jak wskazuje nadto przepis art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy pzp, wykluczenie z powodu przynależności do grupy kapitałowej następuje z mocy tego przepisu, natomiast wykonawca może doprowadzić do nie nastąpienia takiego skutku przez wykazanie, że istniejące powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. W tym zakresie ciężar dowodu (ciężar wykazania) i inicjatywa spoczywa na wykonawcy, którego dotyczy omawiany stan faktyczny.

W konsekwencji wymogu wykazania zachowania konkurencji wraz z informacją o pozostawaniu w grupie kapitałowej uzasadniony jest pogląd, że złożenie samej informacji o przynależności bez wykazania braku zakłócenia konkurencji w takiej sytuacji, nie jest okolicznością powalającą na zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy pzp przez nakazanie zamawiającemu, by ten wzywał wykonawcę do przedstawienia okoliczności wyjaśniających zachowanie zdrowej konkurencji bądź braku zakłócenia konkurencji. Za przedstawionym

poglądem przemawia fakt, że dokument o przynależności do grupy kapitałowej i wyjaśnienia (w tym dowody) nie stanowią dokumentów składanych z ofertą niezbędnych do prowadzenia postępowania i na potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu (art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy pzp), lecz jest dokumentem szczególnym składanym w wyniku sytuacji powstałej po otwarciu ofert. Przede wszystkim jednak za niedopuszczalnością uzupełniania części dokumentu, a za jego część uznać należy wyjaśnienia o zachowaniu konkurencji przemawiają okoliczność, że wybór, sposób i inicjatywa wykazania braku naruszenia zdrowej konkurencji leży po stronie wykonawcy, a nie zamawiającego działającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp skład orzekający uznaje, że przedstawione informacje jakkolwiek formalnie niepoprawne, jako że przedłożone odrębnie do poszczególnych części zamówienia, nie zawierały wprost informacji wprowadzających w sposób zamierzony zamawiającego w błąd. Świadomość stanu rzeczywistego w kontekście treści oświadczeń składanych zamawiającemu była znana, zatem skutek w postaci wykluczenia z postępowania na podstawie w/w przepisu nie powinien nastąpić.

Podkreślając zatem potrzebę składania przedmiotowego oświadczenia w odniesieniu do całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała, że zamawiający ocenił poprawnie oświadczenia wykonawców- odwołujących w oparciu o art. 24 ust. 11 ustawy pzp zauważając, że odwołujący wraz ze złożeniem oświadczeń przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej nie wykazali np. przez przedstawienie dowodów, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Zaniechań wykonawców w tym zakresie, jak wynika z wcześniejszego wyводу, nie można przenosić na czynności przewidziane dla zamawiającego, w tym wynikające z zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Skoro zatem przynależność odwołujących do grupy kapitałowej jest oczywista i niesporna, ma też charakter obiektywny, a przez to jest niezależna od złożonych oświadczeń, konsekwencją tego stanu rzeczy w postaci wykluczenia odwołujących z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wobec spełnienia przesłanki określonej w art. 24 ust. 1 pkt 23 pzp, nastąpiła zgodnie z przepisami zważywszy, że odwołujący nie wykazali za pomocą dowolnych środków braku możliwości zakłócenia konkurencji w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 b, 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....