

Sygn. akt KIO 2264/22

WYROK

z dnia 16 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Członkowie: Ewa Sikorska

Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 września 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. z siedzibą w Świdniku w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Biała Podlaska

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. z siedzibą w Świdniku i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. z siedzibą w Świdniku tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od Odwołującego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. na rzecz Zamawiającego – Gminy Biała Podlaska 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. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Gmina Biała Podlaska, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Dowożenie uczniów i dzieci do szkół i placówek oświatowych na podstawie biletów miesięcznych w roku szkolnym 2022 / 2023”*.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 lipca 2022 r. pod nr 2022/BZP 00279884/01.

W dniu 29 sierpnia 2022 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca prowadzący działalność pod firmą GARDEN SERVICE J. P. z siedzibą w Świdniku, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, tj. od czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MARIO PRESTO M. B. z siedzibą w Sapiehowie (dalej jako „wykonawca MARIO PRESTO”) oraz odrzucenia oferty Odwołującego z powodu wykluczenia Odwołującego z postępowania wskutek nieuwzględnienia wyjaśnień Odwołującego w przedmiocie przynależności do tej samej grupy kapitałowej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy nie podlega on wykluczeniu z postępowania, gdyż nie została wypełniona przesłanka wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, w szczególności nie wskazano na czym miałyby polegać zakłócenie konkurencji,

2) art. 17 ust. 2 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy PZP, w szczególności poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w przypadku, gdy nie zaistniały warunki do wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści swojego odwołania na okoliczności szczegółowo opisane w jego uzasadnieniu, a także zwrot kosztów postępowania według norm przepisanych.

Na posiedzeniu niejawnym w dniu 12 września 2022 r. Odwołujący dokonał modyfikacji wniosków odwołania w ten sposób, że w pkt 3 odwołania wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego odwołania skarżący czynności Zamawiającego Wykonawca podał, że spośród trzech ofert złożonych w postępowaniu jego oferta była najkorzystniejsza cenowo. Zamawiający na realizację zamówienia przeznaczył kwotę 449 962 zł 80 gr (słownie: czterysta czterdzieści dziewięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt dwa złote osiemdziesiąt groszy), natomiast oferta Odwołującego była jedyną ofertą, która mieściła się w kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia. Odwołujący uważa, że jego oferta została bezpodstawnie odrzucona, albowiem pomimo złożonych wyczerpujących pisemnych wyjaśnień w dniu 16 sierpnia 2022 r. Zamawiający błędnie uznał że Odwołujący należy do tej samej grupy kapitałowej co wykonawca METROFLIX Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdniku (dalej jako „wykonawca METROFLIX” lub „spółka METROFLIX”). Odwołujący podniósł, że Zamawiający uznając, że zarówno on jak i wykonawca METROFLIX należą do tej samej grupy kapitałowej, nie wskazał, na czym miałyby polegać przejście kontroli oraz który podmiot w stosunku do drugiego byłby podmiotem kontrolowanym, a w szczególności nie wskazano na czym miałyby polegać wywieranie wpływu jednego przedsiębiorcy na drugiego w świetle przedłożonych

dokumentów. Odwołujący przywołał regulację art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którą przynależność do tej samej grupy kapitałowej i pojęcie przejęcia kontroli należy oceniać zgodnie z definicjami z art. 4 pkt 14 i art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odwołujący wskazał, iż nie została spełniona żadna z przesłanek wymienionych przykładowo w art. 4 pkt 4 lit. od a do f ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w stosunku do wykonawcy METROFLIX, ponieważ:

a) decydujący głos na zgromadzeniu wspólników spółki METROFLIX ma Pani A. P., czyli matka Pana J. P. (przesłanka z art. 4 pkt 4 lit. a ww. ustawy), przy czym związki rodzinne same w sobie nie są podstawą do wykluczenia wykonawcy z postępowania według dotychczasowych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, natomiast sam Zamawiający nie motywował swojej decyzji tym faktem,

b) Pan J. P. nie jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu ani rady nadzorczej wykonawcy METROFLIX (przesłanka z art. 4 pkt 4 lit. b ww. ustawy),

c) Odwołujący prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, wobec czego nie posiada ani zarządu, ani rady nadzorczej (przesłanka z art. 4 pkt 4 lit. c ww. ustawy),

d) brak jest tu do czynienia ze spółką osobową tylko kapitałową (przesłanka z art. 4 pkt 4 lit. d ww. ustawy),

e) Pan J. P. nie ma prawa do całego bądź części mienia wykonawcy METROFLIX (przesłanka z art. 4 pkt 4 lit. e ww. ustawy),

f) Pan J. P. nie posiada umowy o zarządzanie wykonawcy METROFLIX (przesłanka z art. 4 pkt 4 lit. f ww. ustawy).

Ponadto Odwołujący zauważył, że w tym przypadku wykluczone jest też wypełnienie definicji przejęcia kontroli określonego w art. 4 pkt 4 zdaniu pierwszym ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, albowiem w piśmie z dnia 16 sierpnia 2022 r. Pan J. P. wskazał, że Zgromadzenie Wspólników spółki METROFLIX wyłączyło kwestie zamówień publicznych na przewóz osób spod swobodnej decyzji zarządu spółki. Uwzględniając zatem

powyższe okoliczności faktyczne zdaniem Odwołującego Pan J. P. nie miał możliwości wywierania decydującego wpływu na treść oferty wykonawcy METROFLIX. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na to, że zgodnie z art. 207 Kodeksu spółek handlowych wobec spółki członkowie zarządu podlegają ograniczeniom ustanowionym m. in. w uchwałach wspólników. Na podstawie decyzji większościowego udziałowca spółki METROFLIX zarząd spółki został zobowiązany do składania ofert w przetargach publicznych na dowozy osób na warunkach określonych przez Zgromadzenie Wspólników. Zdaniem Odwołującego nie może być zatem mowy o jakimkolwiek porozumieniu mającym na celu zakłócenie konkurencji pomiędzy Odwołującym a spółką METROFLIX, skoro Pan J. P. był zobowiązany do złożenia oferty w imieniu spółki METROFLIX na warunkach określonych przez Zgromadzenie Wspólników, na którym nie miał decydującej większości, natomiast oferta jego firmy została przygotowana niezależnie od oferty spółki METROFLIX.

Odwołujący wspierając swoje stanowisko prawne powołał się również na poglądy prawne wyrażane w literaturze prawniczej i orzecznictwie. W artykule naukowym autorstwa L. K. i A. S. pod tytułem: „Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy - Prawo zamówień publicznych” postawiona została teza, że *„w przypadku spółek pozostających w niekwalifikowanych stosunkach zależności - dominacji, o jakich mowa właśnie w art. 4 pkt 4 w zw. z art. 4 pkt 14 u.o.k.k., do którego ustawodawca odsyła w ustawie - Prawo zamówień publicznych, ich formalna (techniczna) i prawna autonomia, mimo istnienia określonych powiązań kapitałowych lub powiązań innego rodzaju, nie uprawnia do wysunięcia hipotezy, że te powiązania między wykonawcami biorącymi udział w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia zagrażają uczciwej konkurencji. Istnienie takich powiązań między przedsiębiorcami nie implikuje wspólnego interesu tych wykonawców (jako grupy „potencjalnie” kapitałowej); każdy z nich dąży do uzyskania zamówienia na własny rachunek, we własnym interesie ekonomicznym (gospodarczym)”* (Przegląd Prawa Handlowego 2015, nr 7, str. 16-22). Z kolei w wyroku z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stwierdził m. in., że grupy kapitałowe mogą przybierać różne formy i obierać odmienne cele, a zatem nie można całkowicie wykluczyć, iż przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej i tym samym będą działać w sposób konkurencyjny, a zasadnicze pozbawienie powiązanych ze sobą przedsiębiorstw prawa do udziału w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego byłoby niezgodne z prawem Unii Europejskiej, prowadziłyby bowiem

w konsekwencji do ograniczenia konkurencji na szczeblu wspólnotowym.

Odwołujący podniósł też, że Pan J. P. wstrzymał się od głosu przy podejmowaniu uchwał na Zgromadzeniu Wspólników spółki METROFLIX, a zatem nie potwierdzał zawartych w uchwale nr 1/8/2022 warunków finansowych na jakich zobowiązany został do złożenia oferty przez Zgromadzenie Wspólników tej spółki. Natomiast sam fakt poznania ceny ofertowej nie czyni jeszcze żadnego porozumienia między jego firmą a spółką METROFLIX, a tym bardziej porozumienia, które miałyby na celu zakłócenie konkurencji poprzez przynależność do tej samej grupy kapitałowej. Ponadto jego zdaniem bez znaczenia dla oceny tej sprawy pozostaje to, że znał on treść oferty spółki METROFLIX, że oferty obydwu wykonawców zostały przygotowane z myślą o wykorzystaniu tych samych zasobów osobowych, pojazdów, doświadczenia, a także to, że obydwie oferty zostały podpisane przez tą samą osobę. Odwołujący powołał się przy tym na poglądy prawne Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyrokach z dnia 4 czerwca 2021 r. w sprawie KIO 1083/21 i z dnia 19 stycznia 2022 r. w sprawie KIO 3745/21.

Odwołujący podkreślił również, iż w świetle podjętych przez Zgromadzenie Wspólników spółki METROFLIX uchwał nr 1/7/2022 oraz nr 1/8/2022, podpisanie czy też sporządzenie przez Pana J. P. oferty spółki METROFLIX było czynnością czysto techniczną sprowadzającą się do jej uzupełnienia zgodnie z wytycznymi Zgromadzenia Wspólników, w którym to organie Pan J. P. nie miał decydującego głosu, albowiem posiadał jedynie 9 ze 100 udziałów, natomiast czynność techniczna w postaci podpisania oferty w imieniu spółki METROFLIX nie rzutowała w żaden sposób na treść oferty złożonej przez Pana J. P. w imieniu Odwołującego, która była skalkulowana wyłącznie przez niego samego. Odwołujący zwrócił uwagę także na to, że Zamawiający wiąże wprost przynależność do tej samej grupy kapitałowej z istnieniem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, jednakże w przypadku braku stwierdzenia przynależności przez Odwołującego i wykonawcę METROFLIX do tej samej grupy kapitałowej Odwołujący nie podlegałby wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia

i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia wykonawcy MARIO PRESTO do udziału w postępowaniu odwoławczym w sprawie KIO 2264/22 po stronie Zamawiającego, albowiem na dzień posiedzenia z udziałem Stron w aktach sprawy odwoławczej brak było dowodu zgłoszenia przystąpienia przez tego wykonawcę. Jednocześnie w trakcie posiedzenia w dniu 12 września 2022 r. stawił się wykonawca MARIO PRESTO i oświadczył, że w dniu 2 września 2022 r. zgłoszenie przystąpienia zostało wysłane do Izby tradycyjną pocztą. Biorąc pod uwagę okoliczność, że w świetle informacji udzielonej Wiceprezesowi Izby przez Zamawiającego w dniu 1 września 2022 r. informacja o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią została przekazana wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 30 sierpnia 2022 r. za pośrednictwem platformy zakupowej Market Planet, dzień 2 września 2022 r. był ostatnim dniem na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Należy stanowczo stwierdzić, że w okolicznościach niniejszej sprawy nadanie ostatniego dnia ustawowego terminu w placówce pocztowej operatora publicznego przesyłki poleconej zawierającej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego było działaniem ewidentnie spóźnionym, które z góry nie mogło przynieść zamierzonego skutku.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia

w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 6 września 2022 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej, w tym dokumentów przedłożonych przez Strony jako załączniki do ich pism, tj. w szczególności:

- umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością zawartej w dniu 28 kwietnia 2022 r. przez Pana J. P. z Panią W. P.
- uchwały nr 1/7/2022 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników spółki METROFLIX z dnia 7 lipca 2022 r.
- uchwały nr 1/8/2022 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników spółki METROFLIX z dnia 1 sierpnia 2022 r.
- potwierdzenia przelewu kwoty 7 500 zł 00 gr z dnia 29 sierpnia 2022 r.

Izba uznała wiarygodność i moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

W dniu 31 sierpnia 2022 r. na wniosek wójta Gminy Biała Podlaska Izba wydała na posiedzeniu niejawnym postanowienie w sprawie uchylenia zakazu zawarcia umowy. Do dnia zamknięcia rozprawy przed Izbą Zamawiający nie zawarł jednak umowy z wykonawcą MARIO PRESTO.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający – Gmina Biała Podlaska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Dowożenie uczniów i dzieci do szkół i placówek oświatowych na podstawie biletów miesięcznych w roku szkolnym 2022 / 2023*”. Numer referencyjny tego zamówienia to FZP.271.1.21.2022.RW.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 lipca 2022 r. pod nr 2022/BZP 00279884/01.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło trzech wykonawców:

- 1) Odwołujący – z ceną 448 972 zł 00 gr (słownie: czterysta czterdzieści osiem tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt dwa złote zero groszy),
- 2) Wykonawca METROFLIX – z ceną 517 880 zł 00 gr (słownie: pięćset siedemnaście tysięcy osiemset osiemdziesiąt złotych zero groszy),
- 3) Wykonawca MARIO PRESTO – z ceną 507 993 zł 20 gr (słownie: pięćset siedem tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt trzy złote dwadzieścia groszy).

W dniu 9 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego i spółkę METROFLIX do złożenia w terminie do dnia 17 sierpnia 2022 r. wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy PZP celem wykazania braku podstaw do wykluczenia, a także braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w sytuacji, gdy:

- w postępowaniu w trybie podstawowym wpłynęły oferty Odwołującego, spółki METROFLIX i wykonawcy MARIO PRESTO,
- oferty Odwołującego i spółki METROFLIX zostały podpisane przez Pana J. P. – prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. z siedzibą w Świdniku będącego zarazem Prezesem Zarządu spółki METROFLIX uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji spółki, gdzie w obu przypadkach osobą do kontaktu jest Pan J.

P., a także podano ten sam numer telefonu i adres mailowy,

- do oferty złożonej przez spółkę METROFLIX złożono zobowiązanie Pana J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. z siedzibą w Świdniku do udostępnienia zasobów (ludzkich, doświadczenia, pojazdów) celem realizacji zamówienia,

- do oferty złożonej przez Odwołującego dołączono oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w którym Pan J. P. jako właściciel firmy zaznaczył, iż nie należy do tej samej grupy kapitałowej.

W dniu 16 sierpnia 2022 r. Odwołujący (Pan J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. z siedzibą w Świdniku) i spółka METROFLIX reprezentowana przez Prezesa Zarządu Pana J. P. udzielili Zamawiającemu niemalże identycznych w treści wyjaśnień. Pan J. P. wyjaśnił, że wprawdzie pełni funkcję Prezesa Zarządu spółki METROFLIX, lecz nie jest uprawniony do składania wiążących ofert w ogłaszanych przetargach publicznych w przedmiocie świadczenia dowozu bez uprzedniej zgody Zgromadzenia Wspólników Spółki. Jak wynika z przyjętej polityki w spółce METROFLIX, to Zgromadzenie Wspólników Spółki podejmuje wiążące decyzje o wyrażeniu zgody (lub nie) na złożenie przez Spółkę oferty oraz to Zgromadzenie Wspólników Spółki ustala przedmiotowo istotne warunki składanej oferty, w tym w szczególności cenę ofertową. W konsekwencji Pan J. P. jako Prezes Zarządu Spółki nie ma kompetencji do samodzielnego składania ofert, ani ustalania warunków udziału w tego typu postępowaniach i w związku z tym nie ma na to żadnego wpływu. Tym samym przygotowanie i złożenie ofert w przetargu przez spółkę METROFLIX oraz firmę Odwołującego nastąpiło niezależnie od siebie, a każdy z tych podmiotów działa i działał w celu uzyskania zamówienia na własny rachunek i we własnym interesie ekonomicznym (gospodarczym).

Dodatkowo zwrócił uwagę na to, że firma Odwołującego i spółka METROFLIX nie należą do tej samej grupy kapitałowej w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów - do którego odwołują się wspomniane przepisy ustawy PZP - pod pojęciem grupy kapitałowej rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Natomiast zgodnie z art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji

i konsumentów przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno lub łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Ustawa wymienia następujące okoliczności tworzące takie uprawnienie:

- 1) 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,
- 2) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- 3) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- 4) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- 5) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- 6) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Taka sytuacja, jak opisana wyżej, w ogóle nie występuje w przypadku spółki METROFLIX, gdzie pomimo iż Pan J. P. pełni funkcję Prezesa Zarządu, jest ograniczony w swoim działaniu przez decyzje najwyższego organu Spółki, jakim jest Zgromadzenie Wspólników Spółki. Jak stanowi art. 207 Kodeksu spółek handlowych „wobec spółki członkowie zarządu podlegają ograniczeniom ustanowionym w niniejszym dziale, w umowie spółki oraz, jeżeli umowa spółki nie stanowi inaczej, w uchwałach wspólników”. I tak, Zgromadzenie Wspólników Spółki podjęło uchwałę nr 1/7/2022 w sprawie konieczności uzyskiwania każdorazowej uprzedniej zgody na składanie ofert w toku przetargów publicznych na dowóz. Następnie uchwałę nr 1/8/2022 Zgromadzenie Wspólników ustaliło cenę ofertową w przetargu na dowożenie uczniów i dzieci do szkół i placówek oświatowych na podstawie biletów miesięcznych w roku szkolnym 2022/2023 dla Gminy Biała Podlaska. Jak wynika z art. 245 Kodeksu spółek handlowych w spółce

METROFLIX uchwały Zgromadzenia Wspólników zapadają bezwzględną większością głosów. Na poparcie swoich tez Odwołujący powołał się na poglądy prawne wyrażone w artykule naukowym autorstwa L. K. i A. S. pod tytułem: „Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy - Prawo zamówień publicznych” (Przeгляд Prawa Handlowego 2015, nr 7, str. 16-22) oraz tezy zawarte w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C-538/07.

W dniu 24 sierpnia 2022 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy MARIO PRESTO jako ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu przyznając jej zgodnie z kryteriami oceny ofert 100 punktów. Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego i wykonawcy METROFLIX stwierdzając, że oferty obydwu tych wykonawców zostały podpisane przez Pana J. P. – jako prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. z siedzibą w Świdniku i jako Prezesa Zarządu spółki METROFLIX uprawnionego do jednoosobowej reprezentacji spółki. W obu przypadkach osobą do kontaktu był Pan J. P., podany został ten sam numer telefonu i ten sam adres mailowy. Do oferty złożonej przez wykonawcę METROFLIX złożono zobowiązanie Pana J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. do udostępnienia zasobów (ludzkich, doświadczenia, pojazdów) celem realizacji zamówienia.

Z kolei do oferty złożonej przez Pana J. P. – prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. dołączono oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w którym Pan J. P. zaznaczył, iż nie należy do tej samej grupy kapitałowej.

Zdaniem Zamawiającego treść zgromadzonych w postępowaniu dokumentów dowodzi, iż Pan J. P. – prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. oraz spółka METROFLIX należą do tej samej grupy kapitałowej pomimo innego brzmienia oświadczenia złożonego przez Pana J. P. – prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P.. Zamawiający nie przyjął wyjaśnień złożonych przez obydwu wykonawców odnośnie przynależności do grupy kapitałowej, ponieważ zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Zarówno oferta Odwołującego, jak i oferta wykonawcy METROFLIX została przygotowana przez tą samą osobę, z myślą o wykorzystaniu

tych samych zasobów osobowych, pojazdów i doświadczenia. Wynika z tego, iż ponieważ obydwie oferty zostały podpisane przez tą samą osobę, która dodatkowo zobowiązuje się do udostępnienia zasobów jednego Wykonawcy drugiemu Wykonawcy celem realizacji zamówienia, obaj Wykonawcy znali swoje oferty przed momentem ich otwarcia, co jednoznacznie dowodzi, iż nie zostały one przygotowane niezależnie od siebie. Potwierdzeniem powyższego jest fakt, iż:

- oferta Odwołującego została podpisana w dniu 4 sierpnia 2022 r. o godz. 20:30, a złożona w dniu 5 sierpnia 2022 r. o godz. 02:14,

- oferta wykonawcy METROFLIX została podpisana w dniu 4 sierpnia 2022 r. o godz. 20:35, a złożona w dniu 5 sierpnia 2022 r. o godz. 02:45,

- Pan J. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GARDEN SERVICE J. P. znał ofertę spółki METROFLIX kilka godzin przed złożeniem swojej oferty (co więcej, kwotę oferty jako Prezes Zarządu spółki METROFLIX znał już od dnia 1 sierpnia 2022 r. – według załączonej do wyjaśnień obydwu Wykonawców uchwały nr 1/8/2022 Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników), a Pan J. P. podpisywał oferty praktycznie jednocześnie.

W ocenie Odwołującego powyższe okoliczności wypełniły przesłanki wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust 1 pkt 5 ustawy PZP, albowiem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. W konsekwencji Zamawiający odrzucił oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP jako że oferty te zostały złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania.

W dniu 29 sierpnia 2022 r. wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą

GARDEN SERVICE J. P. z siedzibą w Świdniku złożył odwołanie w niniejszej sprawie. Do odwołania załączył dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy). Wpis został uiszczony z rachunku bankowego prowadzonego przez Powszechną Kasę Oszczędności Bank Polski Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie o numerze 93 1020 3176 0000 5102 0296 6687 należącego do spółki METROFLIX, a nie do Odwołującego.

Izba ustaliła ponadto, że w dniu 28 kwietnia 2022 r. Pan J. P. zawarł ze swoją matką Panią W. P. umowę spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Spółka działa pod firmą METROFLIX. Jako siedziba spółki zostało obrane miasto Świdnik. Spółka została wpisana w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 1 czerwca 2022 r. pod numerem 974875. Na dzień zamknięcia rozprawy przed Izbą jedynym wspólnikiem spółki METROFLIX posiadającym 91 udziałów była Pani W. P.. Natomiast Pan J. P. był Prezesem Zarządu Spółki uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji. Jako adres poczty elektronicznej spółki METROFLIX do kontaktu został wskazany w Krajowym Rejestrze Sądowym następujący adres: j.p.@gardenservice.pl.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej doprowadziła Izbę do przekonania, że odwołanie jest niezasadne w stopniu oczywistym i że żaden z zarzutów odwołania nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z regulacją art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te

oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Art. 17 ust. 2 ustawy PZP stanowi natomiast, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba rozpoznając odwołanie w niniejszej sprawie nie miała żadnych wątpliwości, iż Zamawiający zachował się prawidłowo wykluczając w trybie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP Odwołującego i wykonawcę METROFLIX z postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP odrzucając ich oferty jako złożone przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania.

W art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostało zdefiniowane pojęcie „grupy kapitałowej”. W świetle tego przepisu „grupą kapitałową” są wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Natomiast poprzez „przejęcie kontroli” ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów rozumie 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 (art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). W ocenie Izby okoliczności podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu jego decyzji z dnia 24 sierpnia 2022 r. o wykluczeniu z postępowania Odwołującego i wykonawcy METROFLIX bez cienia wątpliwości przesądzają, iż między tymi wykonawcami doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, tj. przygotowanie i podpisanie ofert przez tą samą osobę (Pana J. P.) niemalże w tym samym czasie (w odstępie kilku minut), zamiar wykorzystania tych samych zasobów osobowych, pojazdów oraz doświadczenia do realizacji zamówienia, poza tym wykonawcy znali nawzajem swoje oferty przed dniem otwarcia ofert, co dowodzi temu, iż nie zostały one przygotowane niezależnie od siebie. Nie bez znaczenia dla oceny tej sprawy są też bliskie powiązania rodzinne pomiędzy jedynym współnikiem, co zostało wprost przyznane przez Odwołującego, że Pani W. P. jest jego matką. Dodatkową okolicznością wskazującą na bardzo bliskie wzajemne powiązania obydwu przedsiębiorców jest to, że Pan J.

P. wpis od odwołania w niniejszej sprawie, które złożył jako właściciel jednoosobowej działalności gospodarczej (firma GARDEN SERVICE), uiścił bezpośrednio z rachunku bankowego należącego do spółki METROFLIX. Co więcej, firma jego jednoosobowej działalności gospodarczej cały czas widnieje w nazwie oficjalnego adresu poczty elektronicznej spółki METROFLIX, który został ujawniony w Krajowym Rejestrze Sądowym jako adres do kontaktu. Zdaniem Izby ciężko o bardziej namacalne dowody na sprawowanie kontroli nad innym przedsiębiorcą niż wykorzystywanie w obrocie gospodarczym rachunku bankowego innego przedsiębiorcy do regulowania własnych zobowiązań oraz korzystanie z własnego oficjalnego adresu poczty elektronicznej przy prowadzeniu spraw innego przedsiębiorcy.

Z kolei powoływane przez Odwołującego okoliczności wskazujące jego zdaniem na to, iż nie doszło do wypełnienia przesłanek „przejęcia kontroli” opisanych szczegółowo w art. 4 pkt 4 lit. od a do f ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy, gdyż katalog tych przesłanek to jedynie przykładowe wymienienie praw stanowiących podstawę uzyskania przez przedsiębiorcę możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Poza tym żadnego znaczenia nie miały też dwie uchwały podjęte przez Zgromadzenie Wspólników spółki METROFLIX, które w ocenie Izby miały jedynie pozorny charakter i miały na celu jedynie uwiarygodnienie na zewnątrz, że Pan J. P. nie ma żadnego wpływu na złożenie i sam kształt oferty spółki METROFLIX w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Biała Podlaska.

Reasumując, zdaniem Izby odrzucenie oferty Odwołującego w trybie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP było nieuzasadnione w stanie faktycznym tej sprawy. Mając powyższe na uwadze w tym zakresie zarzut odwołania podlegał zatem oddaleniu.

Równocześnie Izba uznała za nieuzasadniony zarzut dotyczący naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy PZP. Skoro Zamawiający odrzucił oferty wykonawców podlegających wykluczeniu i wybrał ofertę wykonawcy, który jako jedyny złożył zgodną z prawem i skuteczną ofertę w postępowaniu, nie może być mowy o naruszeniu wskazanego przepisu ustawy PZP. Tym zarzut naruszenia art. 17 ust. 2 ustawy PZP nie mógł zostać uwzględniony.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574-576 ustawy

PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba oddalając odwołanie w całości zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, tj. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....