

Wyrok
z dnia 04 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 czerwca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.05.2019 r. przez wykonawcę **S-PROBUD Sp. z o.o., ul. Rzeźnicza 6-8, 73-110 Stargard** w postępowaniu prowadzonym przez **Starostwo Powiatowe w Sławnie, ul. Sempołowskiej 2a, 76-100 Sławno**

przy udziale wykonawcy **Firma Wielobranżowa "ROL-WAP" Ż.O., ul. Zaleskie 65, 76-270 Ustka** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić umowy nr 30 i 31/19 z dnia 30 kwietnia 2019 roku zawarte z Firmą Wielobranżową „ROL-WAP” Ż.O, Zaleskie 65, 76 -270 Ustka w zakresie zobowiązań niewykonanych
2. nakłada na zamawiającego Starostwo Powiatowe w Sławnie, ul. Sempołowskiej 2a, 76-100 Sławno karę finansową w wysokości 25 000,00 (dwadzieścia pięć tysięcy) złotych
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i:
 - 3.1 zasądza od zamawiającego Starostwa Powiatowego w Sławnie, ul. Sempołowskiej 2a, 76-100 Sławno na rzecz odwołującego S-PROBUD Sp. z o.o., ul. Rzeźnicza 6-8, 73-110 Stargard kwotę 10 000,00 (dziesięć tysięcy) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczonego wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Starostwo Powiatowe w Sławnie, ul. Sempołowskiej 2a, 76-100 Sławno, zwany dalej „Zamawiającym” prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie remontów cząstkowych nawierzchni bitumicznych na drogach powiatowych powiatu Sławieńskiego w 2019 roku. Zamówienie zostało podzielone na dwa zadania. Odwołanie dotyczyło łącznie, czynności Zamawiającego podjętych w obu zadaniach.

Postępowanie było prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczących robót budowlanych.

Zamawiający w dniu 24 kwietnia dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, a w dniu 29 kwietnia wybrał do realizacji zamówienia kolejnego wykonawcę i w dniu 30 kwietnia zawarł umowę z wykonawcą Firma Wielobranżowa "ROL-WAP" Ź.O, ul. Zaleskie 65, 76-270 Ustka, który to wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca S-PROBUD Sp. z o.o., ul. Rzeźnicza 6-8, 73-110 Stargard, zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania oraz nieodrzućenia ofert wykonawców - Przedsiębiorstwa Drogowego A.O.; Marszewo 51; 76-113 Postomino oraz Firmy Wielobranżowej „ROL- WAP” Ź.O., Zaleskie 65,76-270 Ustka, jako należących do tej samej grupy kapitałowej, a którzy nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
2. naruszenie art. 91 ust. 1 i art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych, poprzez nieodrzućenie ofert zawierających rażąco niską cenę, co do wszystkich zadań złożonych przez wykonawców: Przedsiębiorstwo Drogowe A.O.; Marszewo 51; 76-113 Postomino oraz Firmę Wielobranżową „ROL-WAP” Ź.O., Zaleskie 65,76-270 Ustka.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert na oba zadania oraz o nakazanie wykonania czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia i odrzućenia ofert na wszystkie zadania Przedsiębiorstwa Drogowego A.O.; Marszewo 51; 76-113 Postomino oraz Firmy Wielobranżowej „ROL-WAP” Ź.O., Zaleskie 65,76-270 Ustka. Uzasadniając

podniesione zarzuty w zakresie zarzutu pierwszego podał, iż Przedsiębiorstwo Drogowe A.O. oraz Firma Wielobranżowa „ROL-WAP” Ż.O. to przedsiębiorcy wykonujący we własnym imieniu działalność gospodarczą na podstawie wpisu do CEiDG. A.O. oraz Ż.O. są małżeństwem i oboje złożyli oferty w przedmiotowym przetargu, działając w porozumieniu mającym ograniczyć zasady uczciwej konkurencji. Z wiadomości, które posiada Odwołujący wynika, że osoby te łączy również ustrój małżeńskiej wspólności ustawowej. Różnice, co do miejsca wykonywania działalności gospodarczej i jej przedmiotu różne są od siebie tylko pozornie. W przypadku Firmy Wielobranżowej „ROL-WAP” Ż.O. jest to miejscowość o nazwie Zaleskie, a dla Przedsiębiorstwa Drogowego A.O. jest to Marszewo w gminie Postomino. Miejscowości te dzieli od siebie 5 km i stanowią najprawdopodobniej związane ze sobą place bądź biura wykorzystywane wspólnie do prowadzenia przez małżonków, formalnie osobno, działalności gospodarczej.

Podkreślił, że w z posiadanych przez Odwołującego wiadomości wynika, iż w/w ofercie wypełniają hipotezę wynikającą z przywołanego przepisu. Dodał, że ani Przedsiębiorstwo Drogowe A.O., ani Firma Wielobranżowa „ROL-WAP” Ż.O. nie złożyli oświadczenia o treści, iż należą do grupy kapitałowej. Podmioty te będąc w jednej grupie kapitałowej powinny przedstawić również dowody, iż powiązania między nimi nie prowadzą do zakłócenia konkurencji. Obowiązek ten nie został dopełniony przez tych wykonawców.

W zakresie zarzutu drugiego podał, że ceny przedstawione przez Przedsiębiorstwo Drogowe A.O. w ofertach w odniesieniu do wszystkich zadań są rażąco niskie. Przedsiębiorstwo Drogowe A.O. złożyło ofertę na wykonanie zadania pierwszego zaoferowało cenę za mieszankę asfaltową (emulsyjno - grysową) w ilości 800 ton za cenę 300 zł netto za tonę oraz za mieszankę mineralno-bitumiczną na gorąco w ilości 600 ton za 500 netto za tonę. Przedsiębiorstwo Drogowe A.O. przedstawiło ofertę obliczoną w następujący sposób: $[(800 \text{ ton} \times 300 \text{ zł netto}) \times 123\%] + [(600 \text{ ton} \times 500 \text{ zł netto}) \times 123\%] = 295\,200 \text{ zł} + 369\,000 \text{ zł} = 664\,200 \text{ zł brutto}$.

W tym stanie rzeczy oferta cenowa Przedsiębiorstwa Drogowego A.O. powiększona o wartość podatku VAT stanowi 67,5 % wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT. Jest zatem niższa o 32,5 % od wartości zamówienia.

Oferta Przedsiębiorstwa Drogowego A.O. za zadanie 2. zaoferowało za mieszankę asfaltową (emulsyjno - grysową) w ilości 1.250 ton w cenie 300 zł netto oraz za mieszankę mineralno-bitumiczną na gorąco 800 ton za cenę 500 zł netto.

Tym samym wartość zamówienia za zadanie 2. powiększona o wartość podatku VAT wynosi 1 968 000 zł. Przedsiębiorstwo Drogowe A.O. przedstawiło ofertę obliczoną w następujący sposób: $[(1250 \text{ ton} \times 300 \text{ zł netto}) \times 123\%] + [(800 \text{ ton} \times 500 \text{ zł netto}) \times 123\%] = 461\,250 \text{ zł} +$

492 000 zł = 953 250 zł. Kwota ta stanowi 48,48 % wartości zamówienia i jest niższa od wartości zamówienia o 51,52%.

W odniesieniu zaś do Firmy Wielobranżowej „ROL-WAP” Ż.O., to przedstawiła ona ofertę za zadanie 1. na kwotę 873 300 zł brutto, a za zadanie 2 - 1 402 200 zł brutto. Kwota wartości zamówienia za zadanie pierwsze wynosiła 984 000 zł brutto, a za zadanie drugie 1 968 000 zł. Oferta tego wykonawcy była, zatem niższa w przypadku 1 zadania od wartości oferty o 11,25 % a w przypadku zadania drugiego jest niższa o 28,75 %. Pomimo, iż oferowana przez tego wykonawcę cena za zadanie 1 i 2 nie przekracza ustawowego progu 30%, nie mniej fakt ten nie wyłącza możliwości podjęcia przez Zamawiającego czynności wyjaśniających w tym przedmiocie.

Zauważył ponadto, że oferta Firmy Wielobranżowej „ROL-WAP” Ż.O. mogła zostać i pewnie została tak skonstruowana, że w przypadku odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Drogowego A.O., jego wykluczenia z postępowania przetargowego, bądź niepodpisania umowy w przypadku wybrania jego ofert jako najkorzystniejszych, to wyższe cenowo oferty Firmy Wielobranżowej „ROL-WAP” Ż.O. zostaną wybrane za najkorzystniejsze w drugiej kolejności i zrealizowane po podpisaniu umowy na wyższe kwoty, co będzie korzystniejsze dla wykonawców będących w jednej grupie kapitałowej.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zgłosił zarzut potrzeby odrzucenia odwołania z tego powodu, iż zostało ono wniesione po terminie, gdyż zgodnie z przepisem art. 182 ust.1 pkt.2 Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 10 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. Konstrukcja przepisu powoduje, iż początkiem biegu terminu na wniesienie odwołania staje się dzień przesłania przez zamawiającego informacji. Oznacza to, że to od tego dnia (a nie dnia jej doręczenia wykonawcy, uczestnikowi konkursu) liczyć należy termin na wniesienie odwołania.

Początek biegu terminu na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie przypada na dzień 24 kwietnia 2019 - data publikacji zawiadomienia o wyborze oferty na stronie internetowej BIP Starostwa Powiatowego w Sławnie, a zatem odwołanie, zgodnie ze wskazanym przez Odwołującego 5 - dniowym terminem winno być wniesione najpóźniej do dnia 29 kwietnia 2019 r. Wobec powyższego, odwołanie wniesione przez Odwołującego w dniu 14 maja 2019 r. zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Stwierdził, że brak jest podstaw prawnych do przyjęcia, iż początkiem biegu terminu do wniesienia odwołania była data otrzymania przez Odwołującego zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty pocztą.

Podał, że w Rozdziale XIII SIWZ „ Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się

kierował przy wyborze ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert" pkt.12 wskazano, iż niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający zamieści informację na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie". W ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 1.4 wskazano ponadto, iż nieograniczony, pełny, bezpośredni dostęp do dokumentów z postępowania można uzyskać pod adresem www.bip.powiatslawno.pl. Podkreślił, że przepis art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. stanowi, iż Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 189 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych wniósł o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym.

Jednocześnie oświadczył, że umowa z wykonawcą wyłonionym w przetargu została zawarta w dniu 30 kwietnia 2019r. Potrzeba szybkiego zawarcia umowy wynikała z apeli mieszkańców powiatu sławieńskiego, sołtysów, radnych gminnych, jak również wójtów poszczególnych gmin wiejskich oraz liczną korespondencją z Komendy Powiatowej Policji w Sławnie na temat katastrofalnego stanu technicznego nawierzchni bitumicznej dróg powiatowych na terenie całego powiatu sławieńskiego, wykonanie remontów częściowych musiało nastąpić w trybie pilnym.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca Firma Wielobranżowa "ROL-WAP" Ź.O., ul. Zaleskie 65, 76-270 Ustka z którym zostały podpisane umowy na zadania 1 i 2 przedmiotowego postępowania wniósł o oddalenie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu pozostawania w grupie kapitałowej podał, że Wykonawca - z całą stanowczością zaprzecza jakoby współtworzył z innym oferentem tj. A.O. „grupę kapitałową” w rozumieniu art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W świetle przytoczonego przepisu przesłanką uznania przedsiębiorcy za współtworzącego grupę kapitałową jest kontrolowanie „w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę”. Stwierdziła, że przedmiotowej sprawie złożył jednoznaczne oświadczenie, z którego treści w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż nie tworzę „grupy kapitałowej”. Nadto wskazano, że sam fakt posiadania ustawowej wspólności majątkowej nie stanowi wystarczającego warunku dla uznania, iż przedsiębiorca działa wraz ze swoim małżonkiem w ramach grupy kapitałowej.

Natomiast w zakresie zarzutu dotyczącego ceny rażąco niskiej Przystępujący podał, że zaoferowana cena odpowiada rynkowej kalkulacji, jest wystarczająca dla prawidłowej realizacji zamówienia, a nadto Odwołujący - w żaden sposób - nie wykazał na czym miałyby polegać „rażące” zniżenie ceny.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, treść odwołania, pisma Zamawiającego i

przystępującego, dowodów przedstawionych na rozprawie, stanowiska stron podanych do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne i zostało uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania.

Na wstępie Izba uznaje za niezbędne odniesienie się do wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania, jako złożonego po terminie. W tym zakresie biorąc pod uwagę dokumentację postępowania, a także oświadczenia stron podane w trakcie posiedzenia przed KIO Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotowe postępowanie jest drugim postępowaniem o udzielenie zamówienia na ten sam przedmiot zamówienia. Poprzednie postępowanie zostało unieważnione przez Zamawiającego z tego powodu, że zaofertowane w ofertach ceny przekraczały możliwości finansowe Zamawiającego. Postępowanie było podzielone na dwa zadania. Podniesione w odwołaniu zarzuty dotyczyły obu zadań. Dlatego też orzeczenie Izby ma zastosowanie do obu zadań objętych umowami z 30 kwietnia 2019 roku o nr 30 i 31/19.

W dniu 24 kwietnia 2019 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty za którą została uznana oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Drogowe A.O.; Marszewo 51; 76-113 Postomino. Jednakże wykonawca ten pismem z dnia 26 kwietnia 2019 roku poinformował Zamawiającego, iż rezygnuje z zawarcia umów na przedmiotowe zamówienie objęte zadaniami 1 i 2. W tej sytuacji Zamawiający Uchwałą nr XVIII/89/19 Zarządu Powiatu w Sławnie z dnia 29 kwietnia 2019 roku postanowił o udzieleniu zamówienia na oba zadania Firmie Wielobranżowej "ROL-WAP" Ź.O., ul. Zaleskie 65, 76-270 Ustka. Kwestia ta winna być także ewentualnie rozpatrywana pod kątem zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji – zмовы przetargowej, gdyż właścicielami obu ww. firm jest małżeństwo pozostające w majątkowej wspólnocie małżeńskiej, a oferta "ROL-WAP" Ź.O. była w sposób znaczący wyższa niż oferta pierwotnie wybrana tj. oferta Przedsiębiorstwo Drogowe A.O.; Marszewo 51; 76-113 Postomino.

Wracając do kwestii wniosku o odrzucenie odwołania z powodu niezachowania terminu na jego wniesienie wskazać należy, iż Zamawiający w dniu 24 kwietnia zamieścił informacje na swojej stronie internetowej BIP o rozstrzygnięciu przedmiotowego postępowania. Zamawiający nie przesłał jednak tej informacji do wykonawców. W tym zakresie wskazać należy, że zgodnie z postanowieniem rozdziału XIII pkt 1 SIWZ *„Zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomi o tym*

wykonawców pocztą elektroniczną lub faksem (...)”. Natomiast w pkt 12 SIWZ Zamawiający ustalił, że „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający zamieści informacje na stronie internetowej oraz w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie.” Z przebiegu postępowania jednoznacznie wywieziono, że Zamawiający mimo ww. ustaleń nie przekazał pocztą elektroniczną bądź faksem informacji w tym zakresie do wykonawców, a tylko zamieścił informacje zgodnie z ww. pkt 12. W tej sytuacji stwierdzić należy, że Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty tylko w formie pisemnej. Ustalono w trakcie rozprawy, że informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty w formie pisemnej została nadana w dniu 7 maja 2019 roku i dotarła do adresata-Odwołującego w dniu 9 maja 2019 roku.

Biorąc pod uwagę powyższe niesporne pomiędzy stronami ustalenia Izba nie uwzględniła wniosku o odrzucenie odwołania z powodu niezachowania terminu na jego wniesienie. Stwierdzić należy, że jedyną formą poinformowania Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej była informacja przesłana listownie. Tym samym Odwołujący zachował termin na wniesienie odwołania. W przypadku przekazania informacji w formie pisemnej termin ten wynosi 10 dni i jest liczony od daty przesłania przedmiotowej informacji o czynności zamawiającego. Prawo do złożenia odwołania na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej aktualizuje się i tym samym rozpoczyna się bieg terminu na złożenie odwołania dopiero od momentu przesłania - poinformowania wykonawcy o dokonaniu tej czynności przez zamawiającego.

Izba uznała, że zamieszczenie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty na stronie BIP nie wyczerpuje obowiązku zamawiającego poinformowania wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Informacja o czynności zamawiającego winna być skierowana wprost do konkretnych wykonawców co wynika zarówno z treści art. 92 ust. 1 Pzp, który stanowi, że Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, a także z ww. postanowień rozdziału XIII pkt 11 SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza nadto, że Zamawiający w przedmiotowym stanie faktycznym dopuścił się także naruszenia przepisu dotyczącego braku możliwości zawarcia umowy o udzielenie zamówienia przed upływem terminu na wniesienie odwołania, co wynika z brzmienia art. 94 ust. 1 Pzp.. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183 Pzp., przy zamówieniach podprogowych w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni – jeżeli zostało przesłane w inny sposób. W tym stanie faktycznym termin 10 dni winien być liczony od 7 maja 2019 roku(data przesłania informacji Odwołującemu).

Odnosząc powyższe do faktu, iż wybrany w dniu 24 kwietnia 2019 roku wykonawca zrezygnował z zawarcia umowy na realizację zadań objętych przedmiotowym zamówieniem i Zamawiający w dniu 29 kwietnia 2019 roku zdecydował o udzieleniu zamówienia kolejnemu na liście rankingowej wykonawcy. Zamawiający winien był o tej czynności poinformować wykonawców, gdyż jest to czynność na którą wykonawcom przysługuje odwołanie (art 180 ust.2 pkt 6 Pzp). Skoro na podstawie art. 94 ust. 3 Pzp zamawiający może podjąć w prowadzonym postępowaniu kolejną czynność zmierzającą do udzielenia zamówienia kolejnemu wykonawcy to również od niej winna istnieć możliwość skutecznego odwołania się przez zainteresowanego wykonawcę. Czynność wyboru kolejnego wykonawcy powoduje sytuację, że minimalny termin po upływie którego zamawiający może zawrzeć umowę biegnie nie od daty wyboru najkorzystniejszej oferty, ale od daty wyboru kolejnego wykonawcy. W tym stanie faktycznym Zamawiający wybrał kolejnego wykonawcę w dniu 29 kwietnia 2019 roku, a umowę z tym wykonawcą zawarł już w dniu następnym tj. 30 kwietnia 2019 roku.

Przechodząc do zarzutów odwołania Izba uznała za zasadny zarzut nr 1 dotyczący naruszenia art. 91 ust.1 w zw. z art. 24 ust.1 pkt 23 ustawy Pzp dotyczący zaniechania wykluczenia wykonawców Przedsiębiorstwa Drogowego A.O.; Marszewo 51; 76-113 Postomino oraz Firmy Wielobranżowej „ROL- WAP” Ź.O., Zaleskie 65,76-270 Ustka, jako należących do tej samej grupy kapitałowej, a którzy nie wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2015 r. poz. 184, 1618 i 1634), złożyli odrębne oferty lub oferty częściowe, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba w trakcie rozprawy ustaliła, iż poza sporem między stronami jest fakt, że A.O. i Ź.O. są małżeństwem, których łączy także małżeńska wspólność majątkowa. Ustawowy ustrój wspólności majątkowej powstaje z mocy ustawy z chwilą zawarcia małżeństwa. Tym samym z istoty małżeństwa wynika zarówno więź personalna jak i majątkowa. Powyższe zdaniem Izby powoduje sytuację, że małżonkowie tworzą więź która oddziałuje na ich majątek i wzajemne relacje. Tym samym fakt pozostawania w związku małżeńskim tworzy sytuację, która w sposób oczywisty może oddziaływać na podstawową zasadę prawa zamówień publicznych tj. zasadę uczciwej konkurencji. Wskazać należy, że zgodnie z orzecznictwem KIO małżonkowie, pomiędzy, którym istnieje małżeńska wspólność

majątkowa, którzy złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu lub na tę samą część zamówienia, należą do tej samej grupy kapitałowej, gdyż mogą bowiem wywierać na siebie wpływ / por. wyroki KIO z dnia 26 czerwca 2014 r., KIO 1181/14; KIO 1182/14; KIO 1183/14; KIO 1194/14; KIO 1195/14/.

Izba uznaje, że błędne jest utożsamianie faktu przynależności do grupy kapitałowej tylko z faktu powiązania kapitałowego wykonawców (spółek kapitałowych). Za przyjęciem faktu przynależności do grupy kapitałowej należy rozumieć każdą więź między wykonawcami, która może prowadzić do zakłócenia rzeczywistej konkurencji w postępowaniu. Niewątpliwie taką sytuacją jest fakt pozostawania wykonawców, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu w związku małżeńskim. Zdaniem Izby małżonkowie składający oferty w tym samym postępowaniu winni złożyć informację o pozostawaniu w grupie kapitałowej i równocześnie mogą wykazać, że istniejąca między małżonkami więź nie prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co podlega ocenie zamawiającego.

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

Za potwierdzeniem zasadności zarzutu odwołania, zdaniem Izby przemawiają także wykazane okoliczności (niezakwestionowane dowodowo przez Zamawiającego), iż pod adresem wskazanym jako siedziba firmy Ź.O. nie figuruje na budynku jakkolwiek informacja o siedzibie firmy, brak jest także pod tym adresem jakiegokolwiek sprzętu do prowadzenia działalności. Odwołujący podniósł iż według jego wiedzy którą posiadał w oparciu o raport sporządzony na jego zlecenie przez firmę Inwipol sp. z o.o (załącznik do pisma przystępującego) całość sprzętu znajduje się pod adresem firmy A.O., a to wskazuje, że tym samym należy uznać, że osoby te prowadzą wspólne przedsiębiorstwo.

Nadto Izba w oparciu o analizę dokumentacji złożonej przez Zamawiającego ustaliła, iż z bardzo dużym prawdopodobieństwem należy przyjąć, że oferty obu firm oraz oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej zostały sporządzone pismem tej samej osoby. Wystarczy chociażby porównać sposób napisania wyrazu „*właściciel*”. O****@..., *poszczególnych cyfr*, itd. Po raz kolejny należy podkreślić okoliczność, iż Zamawiający wybrał ofertę firmy A.O., który jednak zrezygnował z zawarcia umowy na wykonanie tego zamówienia. W konsekwencji tego, Zamawiający wybrał do realizacji

zamówienia kolejnego na liście rankingowej wykonawcą, tj. firmę „ROL- WAP” Ż.O., której właścicielem jest żona Pana A.O. właściciela firmy Przedsiębiorstwo Drogowe A.O.; Marszewo 51.

Podkreślić należy, że oferta „ROL- WAP” Ż.O. była ofertą dużo droższą. Wskazać należy chociażby na cenę oferowanej za tonę mieszanki mineralno- bitumicznej w zadaniu 2, która w ofercie „ROL- WAP” Ż.O. była wyższa o 60% od ceny takiej samej mieszanki w ofercie Przedsiębiorstwo Drogowe A.O. (z 500 zł na 800 zł).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że zarówno okoliczności prawne jak i faktyczne wskazuje iż obaj ww. wykonawcy tworzą grupę kapitałową, która zakłóciła konkurencję w tym postępowaniu. Na wycofaniu się z zawarcia umowy przez Pana A.O. niewątpliwą korzyść majątkową uzyskała jego żona prowadząca firmę „ROL- WAP” Ż.O.. Biorąc pod uwagę treść złożonych oświadczeń przez obie ww. firmy Zamawiający winien był wykluczyć obu wykonawców z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust.1 pkt 23 Pzp.

W zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny w ofertach wykonawców „ROL- WAP” Ż.O. oraz Przedsiębiorstwo Drogowe A.O., Izba przedmiotowy zarzut oddaliła. Wskazać należy, że Odwołujący wnosił o odrzucenie ofert tych wykonawców z powodu rażąco niskiej ceny. Izba oddaliła ten zarzut, gdyż po pierwsze, brak jest podstaw do badania w obecnym stanie faktycznym oferty Przedsiębiorstwa Drogowego A.O., gdyż wykonawca ten zrezygnował z podpisania umowy, a po drugie, niewątpliwym jest, że wykonawca „ROL- WAP” Ż.O. nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty. Za postanowieniem SO w Warszawie - Postanowienie z dnia 12 grudnia 2017 r Sygn. akt XXIII Ga 1886/17 wskazać należy, że jak wynika z ugruntowanego stanowiska orzecznictwa KIO a także Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości zwartego m.in. w wyroku z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonsa”) oraz w treści samego art. 90 ust.1 Pzp, procedura odrzucenia oferty z powodu jej rażąco niskiej ceny zawsze musi być poprzedzona procedurą wyjaśniającą wszczętą przez zamawiającego. Co za tym idzie zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Tym samym zarzut nieodrzczenia tej oferty z powodu rażąco niskiej ceny jest co najmniej zarzutem przedwczesnym.

Zarzut ten został zmodyfikowany przez Odwołującego na etapie rozprawy, ale Izba uznaje go za nowy zarzut złożony po terminie na wniesienie odwołania. Ponadto w sytuacji uwzględnienia odwołania i unieważnienia umów z wykonawcą, kwestia wysokości zaoferowanej ceny w ofercie „ROL- WAP” Ż.O. nie ma żadnego wpływu na wynik tego postępowania, gdyż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zakończyło się wraz z podpisaniem umowy z wykonawcą na jego realizację.

Uwzględniając powyższe ustalenia, Izba w oparciu o przepis art. 192 ust.3 pkt 2 nakazała zamawiającemu dokonać czynności unieważnienia umów o nr 30/19 i 31/19 z dnia 30 kwietnia 2019 roku w zakresie zobowiązań niewykonanych z powodu zaistnienia przesłanki z art. 146 ust.1 pkt 3, gdyż Zamawiający zawarł umowę z naruszeniem art. 94 ust.1 Pzp i 183 ust.1 Pzp. Naruszenie polegało na uniemożliwieniu Izbie uwzględnienia odwołania przed terminem zawarcia umów, a zawarcie umów nastąpiło także przed upływem okresu o którym mowa w art. 94 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Równocześnie zgodnie z treścią art. 192 ust.3 pkt 2 b Izba unieważniając zawarte umowy w zakresie zobowiązań niewykonanych zobowiązana była nałożyć karę finansową na Zamawiającego. Wymierzona kara jest zdaniem Izby niewysoka, gdyż oscyluje w granicach 1% wartości wynagrodzenia wykonawcy przewidzianego w zawartych umowach, a zgodnie z przepisem art. 193 Pzp może wynieść do 10 % wynagrodzenia wykonawcy. Za wymierzeniem kary przemawiał fakt rażącego naruszenia przepisów ustawy Pzp, a także fakt podany przez pełnomocnika Zamawiającego, który podał, że dotychczas już część robót została wykonana i wykonawca przedłożył Zamawiającemu faktury z tego tytułu na kwotę około 500 tys. złotych.

Izba nie uwzględniła stanowiska Zamawiającego podanego w odpowiedzi na odwołanie, iż potrzeba zawarcia umowy o remont dróg była tak pilna, że Zamawiający musiał zawrzeć umowy nie czekając na zakończenie postępowania odwoławczego. Zauważyć należy, że w takim przypadku Zamawiający mógł wystąpić do KIO z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy, jeżeli wniesione odwołanie zagrażało terminowej realizacji zamówienia publicznego (art. 183 ust.2 Pzp), czego nie uczynił naruszając w sposób rażący przepisy Pzp.

Izba orzekła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 94 ust. ust.1 pkt 2, 183 ust. 1, 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. ust 3 pkt 2b ustawy Pzp,.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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.).

Przewodniczący