

WYROK

z dnia 21 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2020 r. przez Odwołującego "Przedsiębiorstwo PROJ-BUD" Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. (ul. Jagiellońska 1, 85-067 Bydgoszcz) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Szubin (ul. Kcyńska 12, 89-200 Szubin)

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego "Przedsiębiorstwo PROJ-BUD"

Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. (ul. Jagiellońska 1, 85-067 Bydgoszcz) i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez Odwołującego

"Przedsiębiorstwo PROJ-BUD" Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. (ul. Jagiellońska 1, 85-067 Bydgoszcz) tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego "Przedsiębiorstwo PROJ-BUD" Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. (ul. Jagiellońska 1, 85-067 Bydgoszcz) na rzecz Zamawiającego Gmina Szubin (ul. Kcyńska 12, 89-200 Szubin) kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1699/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Szubin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi gminnej nr 090942C - ulicy Sportowej w Szubinie.”

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19.06.2020 roku pod numerem 552194-N-2020.

Odwołujący „Przedsiębiorstwo PROJ - BUD” Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz sp. z o.o. sp.k. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów polegające na uznaniu, że Odwołujący w sposób zamierzony lub skutkiem rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, albowiem w ocenie Zamawiającego nieprawdziwie wskazał, iż nie należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów OKiKu z innymi podmiotami, które złożyły odrębne oferty, a tym samym złożył nieprawdziwe oświadczenie, o którym mowa w art. 23 ust. 11 PZP, co skutkowało wykluczeniem Odwołującego z udziału w Postępowaniu i uznaniem jego oferty za odrzuconą; podczas gdy Odwołujący nie należy do tej samej grupy kapitałowej z którymkolwiek z podmiotów składających odrębne oferty w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; dokonania czynności wezwania Odwołującego do przedłożenia dokumentów, o których mowa w części VIII SIWZ, Etap III, wyboru oferty Odwołującego; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Odwołujący złożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP i uznaniu jego oferty za odrzuconą na mocy art. 24 ust. 4 PZP.

W zakresie wykluczenia Odwołującego Zamawiający powołał się na fakt złożenia przez niego nieprawdziwego oświadczenia o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, co Wykonawca EL-KAJO, a tym samym wprowadzenie Zamawiającego w błąd co do niepodlegania przez Odwołującego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. W ocenie Zamawiającego PROJ-BUD i EL-KAJO przynależą do tej samej grupy kapitałowej, na skutek zachodzących pomiędzy nimi powiązań osobowych, polegających na fakcie, że jednym z komandytariuszy Odwołującego, a także członkiem zarządu jego komplementariusza uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji jest ta sama osoba (J. J.), która jest głównym udziałowcem i Prezesem Zarządu EL-KAJO. W ocenie Zamawiającego powoduje to, że Odwołujący i EL-KAJO należą do tej samej rodzinnej grupy kapitałowej, albowiem J. J. i J. J. mogą samodzielnie lub w porozumieniu prowadzić sprawy obydwu Wykonawców, a ponadto p. J. J. formalnie miał możliwość dostępu do wszelkich dokumentów i spraw prowadzonych przez Odwołującego. Zamawiający powołał się także na fakt, że pomiędzy w/w wykonawcami zachodzi relacja, która może zakłócić zasady uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający dokonał błędnej wykładni pojęcia grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów o OKiKu i w konsekwencji wadliwej oceny prawdziwości złożonych przez Odwołującego w toku postępowania oświadczeń. Wskazał, że Zamawiający stosując przesłankę odrzucenia z art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP powołuje się na fakt rzekomej przynależności Odwołującego i Wykonawcy EL-KAJO do tej samej grupy kapitałowej i z tego wywodzi niekorzystne dla Odwołującego wnioski.

Odwołujący podkreślał, że powoływane przez Zamawiającego argumenty odnośnie powiązań osobowych pomiędzy Odwołującym a Wykonawcą EL-KAJO nie stanowią o wypełnieniu definicji grupy kapitałowej, uregulowanej w art. 4 pkt. 4 uOKiKu. Nie każde powiązania pomiędzy Wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu stanowią o zaistnieniu przesłanek ich wykluczenia, ponadto w zależności od ich rodzaju rozważane być mogą być różne przesłanki, których znamiona Zamawiający w treści zawiadomienia z dnia 16.07.2020r. w sposób nieuprawniony sprowadza do wspólnego mianownika.

Zdaniem Odwołującego możliwość zakłócenia uczciwej konkurencji - utożsamiona przez Zamawiającego z formalną możliwością uzyskania przez członka zarządu EL-KAJO dostępu

do dokumentów i spraw Odwołującego - nie stanowi elementu definicji grupy kapitałowej, tym samym nie może być rozważana w ramach przesłanki wykluczenia zastosowanej przez Zamawiającego.

Wskazane przez Odwołującego relacje pomiędzy spółkami w jego opinii nie wyczerpują definicji grupy kapitałowej w rozumieniu, art. 4 pkt 14 OKIKu. Odwołujący wskazał, że nie pozostaje wraz z firmą El Kajo w stosunku dominacji/ zależności w rozumieniu przepisów Kodeksu Spółek Handlowych.

Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Zgodnie z art. 4 § 1 pkt 4 ksh relacja dominacji / zależności może zachodzić co do zasady - na linii spółka handlowa - spółka kapitałowa. Spółką zależną może być (z jednym wyjątkiem, opisanym w art. 4 § 1 pkt 4 lit e) ksh, wyłącznie - spółka kapitałowa. W badanej relacji spółką dominującą, a więc posiadającą cechy wyszczególnione w tym przepisie, musiałby być Odwołujący. W konsekwencji brak jest możliwości stwierdzenia takiej relacji, albowiem Odwołujący:

a) nie dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innej spółki kapitałowej (spółki zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub - PROJ-BUD nie jest w ogóle wspólnikiem EL-KAJO

b) nie jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami - PROJ-BUD nie posiada jakichkolwiek uprawnień korporacyjnych w EL-KAJO

c) nie jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków rady nadzorczej innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej), także na podstawie porozumień z innymi osobami - PROJ-BUD nie posiada jakichkolwiek uprawnień korporacyjnych w EL-KAJO członkowie jej zarządu stanowią więcej niż połowę członków zarządu innej spółki kapitałowej (spółki zależnej) albo spółdzielni (spółdzielni zależnej) - PROJ-BUD nie posiada zarządu, zarząd EL-KAJO jest 2-osobowy

d) nie wywiera decydującego wpływu na działalność spółki kapitałowej zależnej albo spółdzielni zależnej, w szczególności na podstawie umów określonych w art. 7- PROJ BUD nie uczestniczy, w tym na podstawie umów z art. 7 ksh. w działalności EL-KAJO

e) w odniesieniu do relacji dominacji mogącej zachodzić w przeciwnym kierunku, EL- KAJO: nie dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami, lub - EL-KAJO nie jest w ogóle wspólnikiem PROJ-BUD, podobnie taką większością nie dysponują członkowie zarządu ani wspólnicy EL-KAJO, nie posiadają żadnych wspólnych obowiązków informacyjnych względem instytucji krajowych takich jak ZUS i Urząd Skarbowy.

Dalej Odwołujący podkreślał, że nie stanowią co do zasady o stosunku zależności i dominacji a w konsekwencji o powstaniu grupy kapitałowej relacje zachodzące pomiędzy osobami fizycznymi, będącymi wspólnikami przedsiębiorców/ członkami ich zarządu. Jeżeli

dla powstania stosunku kontroli (i w konsekwencji grupy kapitałowej) w ocenie ustawodawcy relewantne są określone powiązania osobowe - są one wyszczególnione wprost w treści art. 4 pkt 4 lit a)- f) OKIKu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że: „omawiane przez Zamawiającego relacje personalne (dot. zarządu obu spółek/ ich składu wspólniczego) zachodzą w istocie rzeczy nie - pomiędzy PROJ-BUD a EL-KAJO, a pomiędzy EL-KAJO a komplementariuszem PROJ-BUD, co nie powinno być przedmiotem badania. W orzecznictwie KIO przesądzono bowiem, że spółka komandytowa i jej komplementariusz nie pozostają w relacji tworzącej grupę kapitałową przez sam fakt udziału spółki z o.o. w reprezentacji Spółki komandytowej. W efekcie bezzasadne jest rozważanie wpływu, który mógłby być wywierany na spółkę komandytową za pośrednictwem jej komplementariusza, skoro ten nie pozostaje w pozycji dominującej względem spółki komandytowej, w której uczestniczy. Tylko bowiem sytuacja, w której dane przedsiębiorstwo (zależne od przedsiębiorstwa dominującego) jest jednocześnie przedsiębiorstwem dominującym dla innego przedsiębiorstwa zależnego, może być rozważana jako zaistnienie stosunku dominacji pośredniej. Ponadto wskazać należy, że relacje pomiędzy EL-KAJO a PROJ-BUD nawet przy uwzględnieniu powiązań z

komplementariuszem Odwołującego nie determinują wniosku o powstaniu grupy kapitałowej, albowiem i tak nie wypełniałyby definicji zawartej w art. 4 pkt 4 OKIKu (sprawowanie kontroli). Dla zaistnienia grupy kapitałowej konieczne jest, by kontrolę nad innym podmiotem sprawował jeden przedsiębiorca (przedsiębiorca dominujący), nie zaś - grupa przedsiębiorców (tak M. Sieradzka (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018r., z powołaniem na orzecznictwo KIO, m.in. wyroki KIO: z 8.12.2014 r., KIO 2454/14 oraz z 13.1.2016 r., KIO 2811/15). Tym samym niedopuszczalne jest rozważanie wpływu jednego przedsiębiorstwa na inne, który to wpływ wywierałoby ono wspólnie z innymi przedsiębiorstwami”.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że stosunek sprawowania kontroli (zależności) pomiędzy EL-KAJO a PROJ-BUD ani pomiędzy PROJ-BUD a EL-KAJO nie zachodzi, albowiem nie występują pomiędzy nimi zależności, o których mowa w art. 4 pkt 4 OKIKu. W szczególności:

- a) „żadna z w/w spółek nie dysponuje większością głosów na zgromadzeniu wspólników ani w zarządzie drugiej z nich (PROJ-BUD, tak bezpośrednio jak i pośrednio, nie posiada udziałów w EL-KAJO ani nie uczestniczy w jej zarządzie, EL- KAJO nie jest wspólnikiem PROJ-BUD która jako spółka komandytowa nie posiada zarządu).
- b) w/w spółki nie posiadają względem siebie uprawnień do powoływania / odwoływania większości członków swoich organów korporacyjnych (ponadto PROJ-BUD jako spółka komandytowa nie posiada zarządu ani rady nadzorczej,
- c) nie zachodzi tożsamość ponad połowy składu zarządu lub rady nadzorczej obu podmiotów (PROJ-BUD nie ma zarządu w ogóle)
- d) EL-KAJO nie dysponuje bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w PROJ-BUD,
- e) w/w przedsiębiorcy nie posiadają względem siebie prawa do całości ani części swojego mienia
- f) pomiędzy PROJ-BUD a EL-KAJO nie zawarto umowy o zarządzanie lub przekazanie zysku”

Odwołujący zwrócił także uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który wyprowadzając określone wnioski względem oświadczeń złożonych przez PROJ-BUD, jednocześnie odmiennie ocenił analogiczne oświadczenie złożone przez EL-KAJO, nie dokonując jego wykluczenia z postępowania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podstawą faktyczną wykluczenia była okoliczność, że Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd, iż nie przynależy do grupy kapitałowej z żadnym z podmiotów, które złożyły ofertę w niniejszym postępowaniu. Zamawiający ustalił, że Odwołujący oraz Wykonawca El-Kajo sp. z o.o. należą do jednej grupy kapitałowej.

W ocenie Izby ustalenia i wnioski Zamawiającego są prawidłowe.

Zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. 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.

Odwołujący swoją argumentację opiera na okoliczności, że co do zasady nie stanowią o stosunku zależności lub dominacji, a w konsekwencji - o powstaniu grupy kapitałowej - relacje zachodzące pomiędzy osobami fizycznymi, będącymi wspólnikami przedsiębiorców

lub członkami ich zarządu. Jeżeli dla powstania stosunku kontroli i (w konsekwencji - powstania grupy kapitałowej) w ocenie ustawodawcy relewantne są określone powiązania osobowe, są one wyszczególnione wprost w treści art. 4 pkt 4 lit a)- f) ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W trakcie rozprawy Izba ustaliła, że Pan J. J. prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „ERPOL” J. J., co potwierdza wydruk z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej. Na tę okoliczność wskazywał także Zamawiający. Z wydruku wynika także, że Pan J. J. jest aktywnym przedsiębiorcą, nie zaprzestał, ani nie zawiesił prowadzenia działalności gospodarczej. W trakcie rozprawy również obecny na niej Pan J. J. przyznał, że prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą. Zgodnie z art. 4 ustawy Prawo przedsiębiorców, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, wykonująca działalność gospodarczą. Zatem skoro Pan J. J. oraz Pan J. J. prowadzą działalność gospodarczą, to są przedsiębiorcami w myśl ustawy Prawo przedsiębiorców.

Ustalenie, czy przedsiębiorcy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, powinno zostać dokonane poprzez sprawdzenie, czy doszło do przejęcia kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z tym przepisem, za przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności:

- a) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów na zgromadzeniu wspólników albo na walnym zgromadzeniu, także jako zastawnik albo użytkownik, bądź w zarządzie innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- b) uprawnienie do powoływania lub odwoływania większości członków zarządu lub rady nadzorczej innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego), także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- c) członkowie jego zarządu lub rady nadzorczej stanowią więcej niż połowę członków zarządu innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- d) dysponowanie bezpośrednio lub pośrednio większością głosów w spółce osobowej zależnej albo na walnym zgromadzeniu spółdzielni zależnej, także na podstawie porozumień z innymi osobami,
- e) prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego),
- f) umowa przewidująca zarządzanie innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcą zależnym) lub przekazywanie zysku przez takiego przedsiębiorcę.

Wymienione powyżej w pkt a) - f) uprawnienia prowadzące do przejęcia kontroli mają charakter przykładowy, na co jednoocześnie wskazuje użyte przez ustawodawcę określenie „w szczególności”.

Kluczowym elementem dla ustalenia, czy przedsiębiorca przejął kontrolę nad innym

przedsiębiorcą (a co za tym idzie - czy powstała grupa kapitałowa), jest wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę.

W niniejszej sprawie przesłanka ta została spełniona. Pan J. J. będący przedsiębiorcą, wywiera decydujący wpływ na spółkę Odwołującego, na komplementariusza tej spółki oraz

na spółkę EL-KAJO sp. z o.o., a tym samym Pan J. J., EL-KAJO sp. z o.o., „Przedsiębiorstwo PROJ - BUD Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., stanowią jedną grupę kapitałową.

Jak trafnie wskazał Zamawiający, w przypadku spółek pod firmą EL-KAJO sp. z o.o. i „Przedsiębiorstwo PROJ - BUD Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., powiązania pomiędzy wykonawcami i ich organami

oraz wspólnikami, a w szczególności powiązania osobowe i rodzinne, są oczywiste i pozwalają na ustalenie, że spółki te działają w ramach tej samej rodzinnej grupy kapitałowej, w której zarówno wspólnikami, jak i członkami zarządu z jednoosobową reprezentacją, są te same osoby. Takie powiązania wyczerpują znamiona definicji grupy kapitałowej.

Pan J. J. i Pan J. J., będący jednocześnie:

- członkami zarządu komplementariusza - Przedsiębiorstwa Budowy Dróg Bydgoszcz z o.o. wykonawcy - spółki pod firmą „Przedsiębiorstwo PROJ - BUD Bud Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., każdy z nich z reprezentacją samoistną,
- wspólnikami o statusie komandytariusza wykonawcy - spółki pod firmą „Przedsiębiorstwo PROJ - BUD Bud Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k.,
- a Pan J. W. J. głównym wspólnikiem (posiadającym 95% udziałów w kapitale zakładowym) i uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji Prezesem Zarządu wykonawcy - EL-KAJO sp. z o.o.
- samodzielnie lub w porozumieniu mogą prowadzić sprawy obydwu wykonawców, w tym w zakresie składania i kształtowania treści ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Pan J. J. pozostaje w zarządzie spółki EL - Kajo sp. z o.o. i posiada uprawnienia do jednoosobowej reprezentacji tej spółki. Spółka ta złożyła ofertę w niniejszym postępowaniu. W spółce pod firmą „Przedsiębiorstwo PROJ - BUD Bud Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k., Pan J. J. jest jednym z trzech wspólników (komandytariuszem) jednakże może podejmować decyzje nie tylko jako komandytariusz będący osobą fizyczną (wspólnik), lecz także może podejmować decyzje za komplementariusza (jako jego przedstawiciel - członek zarządu uprawniony do jednoosobowej reprezentacji). Spółkę komandytową reprezentuje komplementariusz. Pan J. J., jako członek zarządu, jest uprawniony do jednoosobowej reprezentacji komplementariusza, a zatem może jednoosobowo występować w imieniu spółki komandytowej. Pan J. J. jest zatem uprawniony do jednoosobowej reprezentacji Odwołującego (spółki komandytowej), co wynika z odpisu z KRS.

Wszystkie te spółki, w tym Odwołujący, są zatem ze sobą powiązane. A ponieważ Pan J. J. jest aktywnym przedsiębiorcą, to spółki te tworzą grupę kapitałową w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zawarta w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów definicja przejęcia kontroli, prowadzącego do powstania grupy kapitałowej, odnosi się do uzyskania uprawnień w stosunkach między przedsiębiorcami, a przedsiębiorcami są zarówno Odwołujący, komplementariusz Odwołującego, EL-KAJO sp. z o.o., jak i Pan J. J. .

Trafnie zatem ocenił Zamawiający, że oświadczenie, w którym Odwołujący stwierdził, że nie przynależy do grupy kapitałowej z innym przedsiębiorcą (podmiotem), który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu (EL-KAJO sp. z o.o.) zawiera nieprawdziwą informację o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd. Zasadne było zatem wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie artykułu 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Odwołujący podlegał bowiem wykluczeniu na podstawie artykułu 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba podziela także stanowisko, że pomiędzy w/w wykonawcami zachodzi relacja, która może zakłócić zasady uczciwej konkurencji. W przedmiotowej sprawie mamy także do czynienia z przypadkiem dominacji lub zależności w rozumieniu Kodeksu spółek handlowych, bądź też wspólnym zarządem lub innego typu powiązaniami (w szczególności osobowymi i rodzinnymi), mogącymi uchybić zasadom uczciwej konkurencji. Spółki

posiadają własny zarząd, strukturę zarządczą i pracowników, w których uczestniczą ci sami członkowie zarządu lub wspólnicy. Zarówno „Przedsiębiorstwo PROJ - BUD

Przedsiębiorstwo Budowy Dróg Bydgoszcz spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp.k., jak i EL-KAJO sp. z o.o. są pod kontrolą właścicielską tych samych wspólników i zarządzane przez te same osoby, a każda z nich posiada wspólne obowiązki informacyjne względem różnych instytucji krajowych, np. ZUS, Urząd Skarbowy, itp. Wykonawcy ci są więc powiązani kapitałowo i osobowo.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że zarówno Pan J. J., jak i Pan J. J. pozostają w konflikcie, pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie. Pomijając nawet okoliczność braku wykazania takiego konfliktu, zarówno Pan J. . jak i Pan J. J. w dalszym ciągu są wspólnikami i pozostają w zarządach spółek, a zatem prowadzą wspólnie działalność. Potencjalny konflikt między nimi nie ma zatem znaczenia dla okoliczności pozostawiania, tak w relacji działalności gospodarczej, jak i wspólnej grupie kapitałowej.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie pozostaje także podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że Zamawiający nie wskazał w treści uzasadnienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania faktu, że Pan J. J. prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo „ERPOL” J. J. . Przede wszystkim jest to okoliczność, która powinna zostać wskazana przez Odwołującego. Dotyczy właśnie grupy kapitałowej i zadaniem Odwołującego w postępowaniu było wskazać na tę okoliczność. Ponadto, nawet jeśli informacja ta nie została przez Zamawiającego wskazana w treści informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, to ma ona charakter obiektywny, nie ma charakteru argumentacji, ale stanowi fakt, jest to także informacja powszechnie dostępna. Ponadto nawet w sytuacji, gdy informacja ta nie była wskazana przez Zamawiającego w treści informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, to nie zmienia to faktu, że Odwołujący podlegał i podlega wykluczeniu na tej samej podstawie w związku z przynależnością do grupy kapitałowej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: