

WYROK

z dnia 1 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 maja 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2020 r. przez wykonawcę MARAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku,

w postępowaniu prowadzonym przez Tauron Wydobywanie S.A. z siedzibą w Jaworznie, przy udziale wykonawcy TRANZAX ŁOŻYSKA Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Bydgoszczy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę MARAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę MARAT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 9 marca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy MARAT Sp. z o.o., z siedzibą w Rybniku (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu TAURON Wydobycie S.A. w Jaworznie (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp poprzez wykluczenie z postępowania ofert wykonawców MARAT sp. z o.o. oraz WAMAR P. M. jako należących do tej samej grupy kapitałowej, podczas gdy podmioty nie należą do tej samej grupy kapitałowej, a istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 2) art. 4 pkt 1 i 14 ustawy o ochronie konkurencji konsumentów poprzez bezpodstawne uznanie, że MARAT Sp. z o.o. oraz WAMAR P. M. należą do jednej grupy kapitałowej, podczas gdy MARAT Sp. z o.o. oraz WAMAR P. M. nie należą do jednej grupy kapitałowej.
- 3) 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w sytuacji gdy nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołującego z przetargu, a co za tym idzie do poinformowania go o wykluczeniu;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie wymienionych w nich zasad proporcjonalności i przejrzystości, a to poprzez sporządzenie uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego w sposób uniemożliwiający poznanie toku rozumowania Zamawiającego i przyczyn leżących u podstaw zaskarżonej decyzji, albowiem treść uzasadnienia dowodzi iż Zamawiający nie poczynił żadnych kategoriycznych ustaleń w sprawie i wykluczył Odwołującego w oparciu o daleko idące domniemania i przypuszczenia, co w konsekwencji uniemożliwia merytoryczne odniesienie się do czynności wykluczenia;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie wymienionej w nim zasady równego traktowania Wykonawców polegające na zaniechaniu wyjaśnień sytuacji przedsiębiorców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu pod kątem pozostawania w tej samej grupie kapitałowej, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego jedynie w oparciu o hipotetyczne przypuszczenia;
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji gdy było to nieuprawnione, albowiem wbrew ustaleniom Zamawiającego Odwołujący nie podlegał wykluczeniu z przedmiotowego przetargu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i przywrócenie do tej oceny oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że pismem z 28.02.2020 r., Zamawiający w trybie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poinformował Odwołującego o wykluczeniu z postępowania o udzielenie Zamówienia Publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawy łóżysk dla TAURON Wydobycie S.A. ” Jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z w/w przetargu Zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Prawo Zamówień Publicznych zgodnie z którym 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.

W uzasadnieniu wykluczenia wskazano, iż dane z KRS Odwołującego mogą wskazywać na powiązania pomiędzy MARAT Sp. z o.o. a WAMAR P. M. Rybnik, które mogą wskazywać na uznanie obu podmiotów za członków tej samej grupy kapitałowej. Wskazano ponadto, że P.

M. (WAMAR P. M. Rybnik) oraz K. M. - M. (większościowy udziałowiec MARAT Sp. z o.o.) prawdopodobnie są małżonkami, pozostającymi we wspólności majątkowej oraz to, iż MARAT Sp. z o. o. w Rybniku oraz P. M. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod

firmą WAMAR P. M. Rybnik mają siedzibę pod jednym adresem (Brzezińska 8a. 44-203 Rybnik).

Odwołujący wskazał, że z tych samych przyczyn z przedmiotowego przetargu Zamawiający wykluczył również podmiot WAMAR P. M. Rybnik.

W ocenie Odwołującego wbrew przypuszczeniom Zamawiającego (uzasadnienie wykluczenia sformułowane jest w trybie przypuszczającym) opisany stan rzeczy w żadnym razie nie wskazuje na istnienie pomiędzy MARAT Sp. z o.o. a WAMAR P. M. takich relacji, które mają lub mogą mieć wpływ na wzajemne działania, w tym uznanie obu podmiotów za grupę kapitałową. Zgodnie z przepisami 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. O grupie kapitałowej mówimy w sytuacji, w której jeden przedsiębiorca ma możliwość decydującego wpływu (przejęcia kontroli) nad innymi przedsiębiorcami. W przypadku relacji pomiędzy MARAT Sp. z o.o. oraz WAMAR P. M. brak jest bezpośredniej możliwości wywierania decydującego wpływu na ich wzajemną działalność. W ocenie Odwołującego w przypadku obu podmiotów nie zachodzą również inne okoliczności, które mogłyby wskazywać na taką zależność, np. pośrednie dysponowanie jako zastawnik albo użytkownik udziałami innego wspólnika, o których mowa w ustawie o ochronie konsumentów.

W ocenie Odwołującego należy uznać, że MARAT Sp. z o.o. nie należy do grupy kapitałowej z WAMAR P. . Immanentną cechą grupy kapitałowej jest nie tylko relacja dominacji-zależności, jak przyjmuje ustawodawca na potrzeby stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych, lecz także wspólny interes członków grupy przesądzający o celowości utworzenia i funkcjonowania grupy kapitałowej jako takiej, z reguły będący wynikiem (następstwem) powstania stosunku dominacji-zależności. (tak; Kot Leszek, Stokłosa Angelina, Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy - Prawo zamówień publicznych, Opublikowano: PPH 2015/7/16-22). Zgodnie z art. 4 pkt 14 u.o.k.k. grupa kapitałowa oznacza wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Przez przejęcie kontroli według art. 4 pkt 4 u.o.k.k. 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". Zgodnie z art. 4 pkt 4 lit e) oraz lit a) u.o.k.k. o przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą można mówić m.in. wówczas, gdy przedsiębiorcy dominującemu przysługuje prawo do całego albo do części mienia przedsiębiorcy zależnego lub 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. W ocenie Odwołującego taki przypadek nie występuje pomiędzy oboma podmiotami. Odwołujący wskazał, że panujący ustroj wspólności ustawowej pomiędzy P. M. oraz K. M.-M. nie może prowadzić do wniosku, że jeden z podmiotów jest kontrolowany przez drugiego, a w konsekwencji obydwa funkcjonują w grupie kapitałowej, o jakiej mowa w u.o.k.k. Taki wniosek nie jest również uprawniony mając na względzie fakt, iż obie firmy posiadają siedziby pod tym samym adresem.

MARAT jest spółka kapitałowa, której bieżącą działalność wykonuje Zarząd. Zgodnie z działem 2 KRS do składania oświadczeń woli w imieniu spółki upoważniony jest samodzielnie każdy członek Zarządu. Pani K. M.-M. ani Pan P. M. nie wchodzi w skład Zarządu spółki i nie mają wpływu na jego bieżącą politykę. Prezesem Zarządu spółki jest Pan R. N., a Wiceprezesem

Zarządu jest Pani M. K. . Zgromadzenie Wspólników spółki nie ma prawa wydawania wiążących instrukcji Zarządowi spółki.

Odwołujący wskazał również, że obie firmy stanowią niezależne od siebie podmioty pod względem organizacyjnym i finansowym. Firmy posiadają odrębne zaplecze organizacyjno-techniczne. Obie firmy posiadają własny sprzęt i zatrudniają pracowników. MARAT Sp. z o.o. złożyła ofertę na wykonanie zadania, oferując dostawę łożysk firmy SKF i wskazując cenę danej usługi. MARAT Sp. z o.o. nie pozostawała w jakimkolwiek porozumieniu z WAMAR P. M. lub innym podmiotem w zakresie składanej oferty.

Odnosząc się do orzeczenia KIO z dnia 26 czerwca 2014 r., Odwołujący wskazał, że z jego treści wynika, że okoliczność pozostawania w związku małżeńskim (przy wspólności

ustawowej małżeńskiej) przez dwóch przedsiębiorców (co nie występuje w przedmiotowym przypadku) nie może prowadzić automatycznie do wniosku, że tworzą oni grupę kapitałową. Tymczasem Zamawiający nie poczynił żadnych ustaleń, które mogłyby prowadzić do uznania, że MARAT Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej z WAMAR P. M., poza ustaleniem, że K. M.-M. i P. M. są małżeństwem, w którym panuje ustrój wspólności majątkowej małżeńskiej.

W ocenie Odwołującego dokonując oceny Zamawiający powinien mieć na względzie brak jakichkolwiek istniejących powiązań pomiędzy tymi podmiotami, które mogłyby mieć wpływ na ich zachowanie w postępowaniu, a także na fakt, iż oba podmioty przestrzegają zasad uczciwej konkurencji. Należy mieć na względzie, że ustalenie istnienia wzajemnych powiązań w każdym przypadku wymaga precyzyjnych wyjaśnień. W orzecznictwie KIO nie dokonano oceny wykonawców będących małżonkami pod kątem przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W orzeczeniu KIO z 26 czerwca 2014 r. wskazano, że w praktyce obrotu gospodarczego takie przypadki się zdarzają, odnosząc się jednak do małżonków prowadzących jednoosobowe działalności gospodarcze, składających oferty w jednym postępowaniu, a nie do sytuacji gdzie oferty składa osoba fizyczna i spółka z o.o. Co więcej, KIO wskazało, iż takie ustalenie nie może być automatyczne a musi wynikać również z innych ustalonych okoliczności. Sam fakt pozostawiania małżonków w ustroju wspólności majątkowej małżeńskiej nie może stanowić jedyne kryterium.

Odwołujący wskazał, że praktyka stosowania art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp nie zna traktowania małżonków jako grupy kapitałowej. Taki wniosek jest zgodny z linią orzecniczą KIO oraz opiniami wydawanymi przez Departament Prawny UZP. Oba podmioty jak wskazano są odrębne, nie współdziałają ze sobą w celach antykonkurencyjnych, nie porozumiewały się ze sobą przy ustalaniu warunków ofert. Przede wszystkim należy podkreślić to, co zostało już wskazane powyżej, iż pani K. M.-M. jest wyłącznie większościovym udziałowcem w spółce MARAT, jednakże nie prowadzi spraw spółki i nie wpływa na jej bieżącą działalność, nie zarządza spółką, jak również nie ma instrumentów prawnych pozwalających na wydawanie Zarządowi spółki wiążących poleceń i wytycznych. Pani K. M.-M. jako lekarz okulista nie prowadzi spraw spółki w jakimkolwiek zakresie i jako wspólnik spółki nie może być traktowana jako przedsiębiorca. Spółka MARAT zarządzana jest przez Zarząd, który ani osobowo, ani organizacyjne w żaden sposób, w tym z uwagi na brak więzi rodzinnych (osoby obce) nie jest związany z WAMAR P. M. jak również z Panią K. M. - M. .

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie wykazał, aby oba podmioty przynależały do jednej grupy kapitałowej, a także, aby istniejące powiązania prowadziły do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. MARAT Sp. z o.o. złożył ofertę na zadanie przy zastosowaniu łożysk produkcji SKF, na bazie warunków jakie otrzymał od swego wieloletniego kontrahenta jakim jest ich producent SKF Polska S.A. Z otwarcia ofert wiadomo, iż WAMAR P. M. złożył również ofertę na to samo zadanie, lecz jego wartość znacznie odbiegała od ceny zaproponowanej przez MARAT Sp. z o.o. Okoliczność ta wyklucza, aby oferty obu podmiotów na siebie oddziaływały i prowadziły do zachwiania uczciwej konkurencji. Różnica w zakresie wskazanej, przez oba podmioty, wartości brutto oferty wskazuje na zaferowanie łożysk różnych producentów, co dodatkowo przemawia za tym, iż oferty nie konkurowały ze sobą.

W ocenie Odwołującego bez znaczenia jest przy tym, iż obaj wykonawcy tj. MARAT Sp. z o.o. oraz WAMAR P. M. w toku postępowania złożyli oświadczenia, iż nie przynależą do jednej grupy kapitałowej. Podstawa faktyczna domniemania zмовы przetargowej musi uprawniać do wniosku, iż wykonawcy pozostawali w nielegalnym porozumieniu, a wniosek ten musi być zgodny z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, nie może też być jedynie jednym z możliwych wniosków, które można powziąć z zaistniałych okoliczności. Można prezentować różne poglądy na temat tego, jak silny musi być taki dowód, czy też, czy może to być jedynie uprawdopodobnienie, jednak rzeczywiście jakaś forma dowodu musi zaistnieć. Same zaś twierdzenia, podejrzenia i wątpliwości, jakie można powziąć w danym stanie faktycznym, środka dowodowego nie stanowią, (tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2018 r., KIO 2095/18).

Ponadto, Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2017 r. sygn. KIO 2244/17 do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp koniecznym jest wykazanie, iż doszło do zakłócenia konkurencji. Tymczasem w realiach niniejszej sprawy okoliczność ta w żaden sposób nie została przez

Zamawiającego wykazana. Wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy

należącego do grupy kapitałowej może nastąpić w ściśle określonych okolicznościach:

- 1) w tym samym postępowaniu bierze udział więcej niż jeden członek tej samej grupy kapitałowej i jednocześnie istniejące między tymi podmiotami powiązania prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami w tym postępowaniu;
- 2) wykonawca umyślnie zataił fakt, że jest członkiem grupy kapitałowej, a w postępowaniu bierze udział więcej niż jeden członek tej grupy kapitałowej, (tak: Kot Leszek, Stokłosa Angelina, Pojęcie grupy kapitałowej w świetle ustawy - Prawo zamówień publicznych, Opublikowano: PPH 2015/7/16-22).

W ocenie Odwołującego opisane wyżej przesłanki w niniejszej sprawie nie zostały spełnione. Nie było zatem podstaw do wykluczenia Odwołującego, a co za tym idzie również odrzucenia

jego oferty.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu; (ii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; (iii) wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego z dnia 6 lutego 2020 r. oraz odpowiedź wykonawcy z dnia 10 lutego 2019 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień; (iv) informacje o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z dnia 28 lutego 2020 r. na okoliczność ustalenia przyczyn wykluczenia; (v) odpis pełny z KRS MARAT Sp. z o.o., odpis pełny z KRS ELROW Sp. z o.o., odpis pełny z KRS WANAR Sp. z o.o., wydruki z iMSiG (Internetowy Monitor Sądowy i Gospodarczy) dla MARAT Sp. z o.o., sprawozdanie Zarządu z działalności MARAT Sp. z o.o. za okres od 1 stycznia do 31 grudnia 2018, wprowadzenie oraz informacja dodatkowa do sprawozdania finansowego MARAT Sp. z o.o. za okres 01.01.2019 — 31.12.2019, wypis z CEIDG dla WAMAR P. M. wg stanu na dzień 06.12.2019 r., wypis z CEIDG dla WAMAR P. M., wydruk z Bazy Danych Urzędu Patentowego RP dla słowno — graficznego znaku towarowego „F.H.U. MARAT”, wydruk z Bazy Danych Urzędu Patentowego RP dla słowno — graficznego znaku towarowego „Rybnik MARAT”, wydruk z Bazy Danych Urzędu Patentowego RP dla słowno — graficznego znaku towarowego „M GRUPA MARAT”, biuletyn Business Centre Club, aktualny skład Wojewódzkiej Rady Dialogu Społecznego w Katowicach, wzmianka prasowa pt. „Ludzie sukcesu” z lipca 2015 r., post z dnia 21.10.2018 r. ze strony Grupy Marat na Facebooku, post na Facebooku z dnia 28.12.2018 r., informacja z dnia 14.04.2019 r. dotycząca Finału 3 edycji Regionalnego Konkursu Wiedzy Ekonomicznej

- dokumenty na okoliczność wykazania, iż Pan P. M. sprawują kontrolę nad spółką MARAT sp. z o.o. i tworzy wraz z tą spółką i innymi podmiotami grupę kapitałową.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawy łożysk dla TAURON Wydobycie S.A.”

Zamawiający w Rozdziale 3 Warunki udziału w Postępowaniu/podstawy wykluczenia z Postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału, brak podstaw wykluczenia oraz dotyczące Przedmiotu Zamówienia pkt. 3.3. 3. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, ppkt 3.3.6 SIWZ wymagał:

„Wykonawca, w terminie 3 dni od otwarcia ofert na Platformie Zamawiającego przekaże Zamawiającemu oświadczenie o przynależności albo braku przynależności do grupy kapitałowej na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ. W przypadku przynależności do tej samej grupy kapitałowej co inny Wykonawca, który złożył w Postępowaniu ofertę/ofertę częściową, Wykonawca wraz ze złożeniem oświadczenia, może przedstawić dowody, że powiązania z innym Wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w Postępowaniu”.

Wykonawca WAMAR P. M. Rybnik, w wymaganym terminie złożył oświadczenie na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej co inni Wykonawcy (m.in. Wykonawca MARAT Sp. z o.o. Rybnik), którzy złożyli w Postępowaniu oferty/oferty częściowe w zakresie części nr 1 zamówienia.

Wykonawca MARAT sp. z o.o. - Odwołujący, w wymaganym terminie złożył oświadczenie na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej co inni Wykonawcy (m.in. Wykonawca WAMAR P. M. Rybnik), którzy złożyli w Postępowaniu oferty/oferty częściowe w zakresie części nr 1 zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismami z dnia 6 lutego 2020 roku, nadanym niezależnie do MARAT Sp. z o.o. oraz WAMAR P. M., wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień. W piśmie Zamawiający wskazał o podejrzeniu istnienia powiązania o charakterze grupy kapitałowej wynikających z relacji między P. M. a K. M.-M. Zamawiający wskazał, że w złożonej przez wykonawcę MARAT Sp. z o.o. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w rubryce 7 Dane wspólników figuruje: „M. M. K.” posiadająca: UDZIAŁÓW O ŁĄCZNEJ WYSOKOŚCI 91.000,00

zł” w kapitale zakładowym spółki w wysokości 100 000,00 zł. Powyższy wpis w KRS może wskazywać na powiązania pomiędzy MARAT Sp. z o.o. a WAMAR P. M. Rybnik; które mogą wskazywać na uznanie obu podmiotów za członków tej samej grupy kapitałowej. W ramach przesłanki wskazującej na powiązania obu podmiotów gospodarczych można wskazać: P. M. (WAMAR P. M. Rybnik) oraz K. M. M. (większościowy udziałowiec MARAT Sp. z o.o. Rybnik) prawdopodobnie są małżonkami, pozostającymi we wspólności majątkowej oraz to, że MARAT Sp. z o.o. w Rybniku oraz P. M. przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą WAMAR P. M. Rybnik, mają siedzibę pod jednym adresem. Ponadto Zamawiający wskazał na tożsamy zakres prowadzonej działalności gospodarczej określony w KRS obu podmiotów oraz na istnienie małżeńskiej wspólności majątkowej.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 10 lutego 2020 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia. Wykonawca wskazał, że: (i) K. M.-M. nie prowadzi działalności gospodarczej, a jedynie posiada większościowy pakiet udziałowy w spółce kapitałowej; (ii) Pani K. M.-M. pozostaje w związku małżeńskim z Panem P. M., w którym panuje ustrój wspólności majątkowej małżeńskiej; (iii) w przypadku relacji pomiędzy Marat sp. z o.o. oraz Wamar brak jest bezpośredniej możliwości wywierania decydującego wpływu na ich wzajemną działalność. W przypadku obu podmiotów nie zachodzą również inne okoliczności, które mogłyby wskazywać na taką zależność, np. pośrednie dysponowanie jako zastawnik albo użytkownik udziałami innego wspólnika, o których mowa w ustawie o ochronie konsumentów; (iv) Marat sp. z o.o. nie należy do grupy kapitałowej z WAMAR P. M. - panujący ustrój wspólności ustawowej pomiędzy P. M. oraz K. M. - M. nie może prowadzić do wniosku, że jeden z podmiotów jest kontrolowany przez drugiego, a w konsekwencji obydwa funkcjonują w grupie kapitałowej; taki wniosek nie jest również uprawniony mając na względzie fakt, iż obie firmy posiadają siedziby pod tym samym adresem; (v) Marat jest spółką kapitałową, której bieżącą działalność wykonuje Zarząd. Pani K. M.-M. ani Pan P. M. nie wchodzi w skład Zarządu spółki i nie mają wpływu na jego bieżącą politykę. Prezesem Zarządu spółki jest Pan R. N., a Wiceprezesem Zarządu jest Pani M. K.. Zgromadzenie Wspólników spółki nie ma prawa wydawania wiążących instrukcji Zarządowi spółki; (vi) obie firmy stanowią niezależne od siebie podmioty pod względem organizacyjnym i finansowym. Firmy posiadają odrębne zaplecze organizacyjno-techniczne. Obie firmy posiadają własny sprzęt i zatrudniają pracowników; (vii) Zamawiający nie poczynił żadnych ustaleń, które mogłyby prowadzić do uznania, że Marat należy do grupy kapitałowej z WAMAR, poza ustaleniem, że K. M.-M. i P. M. są małżeństwem, w którym panuje ustrój wspólności majątkowej małżeńskiej; (viii) Marat jak i WAMAR prowadzą również jedynie częściowo zbliżoną rodzajowo działalność gospodarczą, a także są podmiotami znacznie różnicowanymi pod względem wielkości.

Pismem z dnia 28 lutego 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego oraz wykonawcę WAMAR P. M. o wykluczeniu ich z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia,

a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W wyniku ewentualnego uznania przez Izbę, że Zamawiającego dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności oferta Odwołującego ma szansę na wybór jako oferta najkorzystniejsza i Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie, co skutkowało oddaleniem odwołania przez Izbę.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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.i (dalej „UOKiK”), 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 publicznego. Grupa kapitałowa, w rozumieniu UOKiK, to wszyscy przedsiębiorcy, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Zgodnie zaś z art. 4 pkt 4 UOKiK przez 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:

- 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) liczba członków jego zarządu lub rady nadzorczej stanowiąca 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.

Wykładnia norm prawa antymonopolowego w odniesieniu do grup kapitałowych powinna być dokonywana w świetle uznanej i stosowanej w prawie europejski tzw. koncepcji jednego organizmu gospodarczego (ang. single economic unit). Koncepcja ta została wypracowana na gruncie prawa europejskiego i ma odzwierciedlenie również w orzecznictwie sądów powszechnych. (Por. wyrok TS z 13.7.1966 r., C-56/64 i 58/64, niepubl.; wyrok TS z 14.12.2006 r., wyrok TS C-73/95P, Legalis; wyrok SPI z 16.12.1999 r., Legalis, W Polsce: decyzje Prezesa UOKiK z: 14 marca 2007 r., nr DOK-34/07; z 8 grudnia 2009 r., nr DOK-8/2009; z 31 grudnia 2010 r., nr DOK 11/2010 dostępne na: oraz wyrok Sądu Antymonopolowego z 3 czerwca 1998 r., sygn. akt XVII Ama 7/98, LEX nr 56492; wyrok Sądu Antymonopolowego z 17 stycznia 1996 r., sygn. akt XVII Amr 54/95, Wokanda 1997/4/52; wyrok Sądu Antymonopolowego z 2 grudnia 1998 r., sygn. akt XVII Ama 59/98, Wokanda 2000/3/53; wyrok Sądu Antymonopolowego z 20 maja 1998 r., sygn. akt XVII Ama 4/98, Wokanda 1999/6/53).

Źródłem koncepcji jednego organizmu gospodarczego było zagadnienie dotyczące rozgraniczenia oraz rozłączenia od siebie przedsiębiorców funkcjonujących w obrocie gospodarczym. O ile bowiem kwestia formalnego wyodrębnienia podmiotów gospodarczych nie budzi większych trudności - każdy przedsiębiorca jako odrębny podmiot praw i obowiązków, niezależnie od stosowanej formy prawnej, jest bytem odrębnym, o tyle w przypadku funkcjonowania pomiędzy nimi sieci powiązań, typowych chociażby dla grup spółek, granica odrębności podmiotów może ulec rozmyciu i nastroczać trudności w identyfikacji odrębności podmiotów gospodarczych. (tak m.in. P. Semeniuk, Koncepcja jednego organizmu gospodarczego w prawie ochrony konkurencji, Warszawa 2015, s. 20-21). W przypadku koncepcji jednego organizmu gospodarczego zasadnicze znaczenie ma pojęcie „przedsiębiorstwa”, które rozpatruje się przez pryzmat jego struktury oraz funkcjonowania, pomijając przy tym formę prawną. Irrelevantne prawnie jest bowiem, czy posiada, czy też nie zdolność prawną (tak m.in. G. Materna, Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji, Warszawa 2009, s. 154.)

Istotą koncepcji jednego organizmu gospodarczego jest ustalenie czy określone podmioty stanowią jeden podmiot rynkowy, co powoduje w konsekwencji, iż przestają być wobec siebie, w rozumieniu norm prawa antymonopolowego, odrębnymi podmiotami gospodarczymi. Koncepcja ta pozwala zasadniczo zredukować całą grupę kapitałową do jednego podmiotu funkcjonującego na rynku. Brak swobody podejmowania samodzielnych decyzji gospodarczych, jeden interes ekonomiczny, brak niezależnego interesu ekonomicznego poszczególnych podmiotów tworzących jeden organizm gospodarczy wynikający ze wzajemnych prawnych/organizacyjnych czy rodzinnych relacji pomiędzy tymi podmiotami powoduje, że nie są względem siebie konkurentami, a uznawane są za jeden organizm gospodarczy.

Analizując zagadnienie jednego organizmu gospodarczego (ang. single economic unit) należy poddać analizie następujące czynniki:

1) Jeden interes ekonomiczny: brak niezależnego ekonomicznie celu udziału w postępowaniu

Aby uznać, iż dane podmioty gospodarcze tworzą jeden organizm gospodarczy należy rozstrzygnąć czy podmioty te posiadają jeden interes ekonomiczny. Innym słowy należy ustalić czy w ramach jednego organizmu gospodarczego działania jej członków mają na celu maksymalizację efektywności jednej grupy czy poszczególnych jej członków. Istotne jest również ustalenie, gdzie następuje alokacja zysków wypracowanych przez członków jednego organizmu gospodarczego, jak również ustalenie czy poszczególne przedsiębiorstwa mają niezależny cel ekonomiczny udziału w danym postępowaniu.

W analizowanym stanie faktycznym, Izba uznała, że Państwo M. kontrolują zasoby obu podmiotów gospodarczych tj. spółki MARAT sp. z o.o., jak również zasoby jakie posiada Pan P. M. prowadząc działalność gospodarczą pod firmą WAMAR. Alokacja zysków wypracowanych przez oba podmioty następuję w obrębie ich majątku wspólnego i objęta jest wspólnością majątkową małżonków. W ocenie Izby Państwo M. mają jeden wspólny interes ekonomiczny tj. powiększanie wspólnego majątku, który realizują w ramach przyjętych form działalności gospodarczej.

Powyższe wnioski uzasadniają następujące okoliczności. Po pierwsze, wskazać należy, że forma prawna prowadzonej działalności gospodarczej nie może decydować o tym czy dane podmioty stanowią jeden organizm gospodarczy czy nie. Gdyby wyłącznie forma prawna decydowała o niezależności gospodarczej podmiotów, to wówczas można byłoby z łatwością ominąć wszelkie zakazy wynikające z prawa antymonopolowego zmierzające do zachowania na rynku uczciwej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Bardzo łatwo wyobrazić sobie bowiem sytuację, w której przeznorny mąż (bądź żona) „rejestruje” swoją żonę (bądź męża) jako niezależną osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, po czym wykorzystuje prawną „tożsamość” żony (bądź męża) dla zwiększenia swoich szans na wygraną w przetargu. Po drugie, każdy z małżonków objętych ustawową wspólnością małżeńską jest uprawniony do współposiadania rzeczy wchodzących w skład majątku wspólnego oraz do korzystania z nich w takim zakresie, jaki daje się pogodzić ze współposiadaniem i korzystaniem z rzeczy przez drugiego małżonka (art. 34[1] KRO). Oboje małżonkowie są obowiązani współdziałać w

zarządzie majątkiem wspólnym, w szczególności udzielać sobie wzajemnie informacji o stanie majątku wspólnego, o wykonywaniu zarządu majątkiem wspólnym i o zobowiązaniach obciążających majątek wspólny KRO). Ponadto, dochody z majątku wspólnego, jak również z majątku osobistego każdego z małżonków należą do majątku wspólnego KRO). Nie ma przy tym wątpliwości, że udziały w spółce z o.o. uzyskane ze środków z majątku wspólnego małżonków wchodzi w skład wspólności majątkowej małżeńskiej. Zgodnie bowiem z uchwałą z dnia 7 lipca 2016 r. Sądu Najwyższego w sprawie o sygn. III CZP 32/16, jeżeli wkład wniesiony do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością należy do majątku wspólnego wspólnika i jego małżonka, również udział w spółce objęty przez wspólnika wchodzi w skład tego majątku. Według Sądu Najwyższego istnieje domniemanie faktyczne, iż przedmiot majątkowy nabyty przez jednego z małżonków w czasie trwania wspólności majątkowej małżeńskiej wchodzi w skład majątku wspólnego małżonków.

W omawianym stanie faktycznym, nie zostały przywołane żadne okoliczności, które pozwalałyby na przyjęcie, iż udziały jakie Pani K. M. - M. ma w spółce MARAT sp. z o.o. nie stanowią części majątku wspólnego jaki posiada z Panem P. M. . Podobnie zresztą jak zasoby jakie posiada Pan P. M. prowadząc indywidualną działalność gospodarczą. Odwołujący nie przedstawił żadnych okoliczności faktycznych, które pozwoliłyby na obalenie ww. domniemania faktycznego. W konsekwencji, w ocenie Izby, zasadnym jest przyjęcie, iż działalność gospodarcza prowadzona przez Państwa M., choć w odmiennych formach prawnych, to jednak zmierza do powiększenia ich majątku wspólnego. Alokacja zysków z prowadzonej przez małżeństwo działalności gospodarczej następuje do ich majątku wspólnego. Zysk bowiem wypracowany przez Pana P. M. stanowi część majątku wspólnego. Podział zaś zysku wypracowanego przez spółkę MARAT sp. z o.o. należy co do zasady do kompetencji walnego zebrania wspólników czyli Państwa M. . Logiczne zatem jest przyjęcie, iż zysk taki decyzją małżonków zostanie wypłacony w formie dywidendy wspólnikom, czyli właśnie małżonkom do ich majątku wspólnego.

Ponadto, wskazać należy, że oba podmioty prowadzą tożsamo rodzajowo działalność gospodarczą. Według informacji ujawnionych w KRS, oba podmioty mają identyczny zakres prowadzonej działalności gospodarczej. Co więcej, Pan P. M. będąc wspólnikiem spółki MARAT sp. z o.o., na podstawie art. 212 kodeksu spółek handlowych, ma szereg zagwarantowanych praw, w tym prawo przeglądania dokumentów spółki i żądania wyjaśnień od zarządu spółki. Okoliczności te, w ocenie Izby, uzasadniają przyjęcie tezy, iż Państwo Małeccy, pomimo iż prowadzą działalność gospodarczą w odmiennych formach prawnych, to jednak działalności tej nie można przypisać niezależnego interesu ekonomicznego, gospodarczego. Działalność w tej samej branży, na tym samym rynku, uzasadnienia tezę, iż tworzą oni jeden organizm gospodarczy, służący do powiększania ich majątku wspólnego.

Wskazać również należy, że Przystępujący przedłożył szereg informacji prasowych na potwierdzenie, że Pan P. M. działa w imieniu jednego organizmu gospodarczego, wielokrotnie publicznie występując jako osoba stojąca na czele grupy MARAT. Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż informacje te nie mają żadnego znaczenia dla sprawy, gdyż nie wiadomo kto jest ich autorem i mogły być dowolnie modyfikowane przez osoby trzecie. Okoliczności i fakty wskazane w przedstawionych przez Przystępującego informacjach prasowych stanowią źródło informacji dotyczących Pana P. M., sposobu w jaki działa na rynku, w jaki sposób prezentowana jest grupa MARAT, jak również publikacje te stanowią źródło informacji o znaczeniu i roli Pani K. M. - M. w grupie MARAT. Ich analiza skłania Izbę do przyjęcia tezy, iż to Pan P. M. publicznie jest postrzegany i przedstawiony jako osoba decyzyjna w szeroko pojętej grupie MARAT. Jego zaś małżonka jest pomijana w publikacjach, co stanowi dowód pośredni o braku niezależności decyzyjnej Pani M. . Odwołujący zresztą wskazał, że K. M. - M. jest całkowicie biernym, nieaktywnym udziałowcem MARAT Sp. z o.o., nieposiadającym odpowiedniej wiedzy i doświadczenia. W takim przypadku należałoby domniemać, że podmiotem faktycznie kontrolującym spółkę pozostaje nadal jej mąż. Należy podkreślić, iż Odwołujący miał prawo do przedłożenia dowodów przeciwnych i obalania twierdzeń Przystępującego. Nie podjął jednak żadnej inicjatywy dowodowej, poprzestając wyłącznie na negacji wartości dowodowej informacji prasowych złożonych przez Przystępującego.

W ocenie Izby nie sposób również ustalić jaki miałby być niezależny interes ekonomiczny Państwa M. w uczestnictwie w tym samym postępowaniu przetargowym. Takiego celu

Odwołujący nie wskazał. Łącząca zaś Państwa M. wspólnota majątkowa determinuje ich wspólny interes ekonomiczny tj. dążenie do zwiększania majątku wspólnego. To zaś można uczynić albo poprzez wybór oferty Pana M. albo wybór oferty spółki MARAT sp. z o.o.

2) Więzy rodzinne i kapitałowe

W ocenie Izby istniejące pomiędzy Panem P. M. oraz Panią K. M. - M. wzajemne powiązania rodzinne i kapitałowe potwierdzają, że tworzą oni jeden organizm gospodarczy. Izba uznała, że następujące okoliczności świadczą o istnieniu jednego organizmu gospodarczego:

- Pan P. M. oraz Pani K. M. - M. pozostają w związku małżeńskim i łączy ich ustawowa wspólność majątkowa. Okoliczność ta nie była sporna pomiędzy stronami;
- Pan P. M. prowadzi indywidualną działalność gospodarczą pod firmą WAMAR P. M.

Pani K. M. - M. posiada 91% udziałów w spółce MARAT sp. z o.o. Pozostałe 9% udziałów jest w posiadaniu jej męża Pana P. M.;

- pierwotnie Pan P. M. był większościowym wspólnikiem MARAT Sp. z o.o., faktycznie kontrolując 100% kapitału i głosów na zgromadzeniu wspólników (10% posiadała inna jego spółka, tj. ELROW Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku) oraz Prezesem Zarządu tej spółki. 90% udziałów w MARAT sp. z o.o. P. M. nabył w dniu rejestracji tej spółki, tj. w dniu 29.07.2002 r.;
- funkcję Prezesa Zarządu w MARAT sp. z o.o. P. M. pełnił samodzielnie w okresie od dnia 29.07.2002 r. do dnia 19.05.2010 r., a począwszy od dnia 19.05.2010 r. do dnia 23.12.2013 był prokurentem samoistnym tej spółki.
- ilość posiadanych przez Pana P. M. udziałów w spółce MARAT sp. z o.o. zmieniała się w następujący sposób:
 - i) od dnia 29.07.2002 r. do dnia 23.12.2013 r. - 90% udziałów (90 udziałów na kwotę 90.000,00 PLN).
 - ii) w dniu 23.12.2013 r. Pan P. M. zbył 71 posiadanych udziałów w MARAT Sp. z o.o. na rzecz innej kontrolowanej przez siebie spółki tj. WANAR Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku;
 - iii) od dnia 23.12.2013 r. do dnia 05.03.2015 r. - 19% udziałów (19 udziałów na kwotę 19.000,00 PLN);
 - iv) od dnia 05.03.2015 r. do dnia 05.03.2015 r. - ponownie 90% udziałów (wpis tylko na jeden dzień);
 - v) od dnia 05.03.2015 r. do dnia 14.06.2016 r. - ponownie 19% udziałów. 71% udziałów MARAT Sp. z o.o. nabyła od niego w dniu 05.03.2015 r. małżonka — K. M. - M.;
 - vi) od dnia 14.06.2016 r. aż do dnia dzisiejszego, Pan P. M. posiada 9% udziałów.

- dniu 14.06.2016 r. K. M.-M. zwiększyła ilość posiadanych przez siebie udziałów w spółce MARAT sp. z o.o. z 71% do 91%, tj. o 20%. Jednocześnie, z KRS wykreślono jako wspólników: ELROW Sp. z o.o., która to spółka dotychczas posiadała 10% udziałów oraz Pana P. M. z jego 19% udziałami. Okoliczności te znajdują potwierdzenie w publicznie dostępnych sprawozdaniach z działalności oraz w sprawozdaniu finansowym MARAT Sp. z o.o., w których lista udziałowców wygląda następująco: P. M. — 9 udziałów o łącznej wysokości 9.000,00 zł, K. M.-M. — 91 udziałów o łącznej wysokości 91.000,00 zł.;

- osoby wchodzące w skład zarządu spółki MARAT sp. z o.o. tj. Pan P. N. oraz pani M. K. pełnią również funkcję Prezesa i Wiceprezesa Zarządu Marat Rybnik Sp. z o.o., zaś Pan P. M. pełni funkcję prokurenta samoistnego. Jednocześnie Pani M. K. pełni funkcję Prezesa Zarządu spółki ERLOW Sp. z o.o., a Pan R. N. pełni funkcję Wiceprezesa tejże spółki.

Powyższe okoliczności, w ocenie Izby, potwierdzają, że Pan P. M. od początku rejestracji spółki MARAT sp. z o.o. w 2002 r., aż do dnia dzisiejszego, sprawuje przynajmniej pośrednią, tj. za pośrednictwem innych swoich spółek (ELROW Sp. z o.o. i WANAR Sp. z o.o.), lub za pośrednictwem żony — K. M. - M., kontrolę nad spółką MARAT sp. z o.o. Zmiany kapitałowe, jakie miały miejsce w spółce MARAT sp. z o.o. od dnia jej rejestracji potwierdzają, iż Pan P. M. może dowolnie zmieniać podmioty kontrolujące kapitałowo spółkę MARAT sp. z o.o.

Ponadto o wzajemnych powiązanych organizacyjnych świadczy fakt, iż spółka MARAT sp. z o.o. oraz Pan P. M. mają taki sam adres swojej siedziby. W związku z tym za logiczne uznać należy, wobec braku dowodów przeciwnych, że oba podmioty korzystają z tej samej infrastruktury biurowej, mają dostęp do korespondencji.

Słusznie wskazał również Przystępujący na okoliczność, iż Pan P. M. jest właścicielem i wyłącznym dysponentem prawa do słowno - graficznego znaku towarowego „MGRUPA MARAT”. Jest to kolejny przykład dysponowania przez Pana P. M. istotnym elementem szeroko rozumianego majątku grupy MARAT. Znak ten został zgłoszony do Urzędu

Patentowego RP w dniu 06.08.2011 r., a wygaśnie w dniu 06.08.2021 r. (jeśli nie zostanie przedłużony), co oznacza, że stanowił on wyłączne prawo P. M. w chwili złożenia oferty.

Twierdzenia Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 10 lutego 2020 r. o rzekomej odrębności spółki MARAT sp. z o.o. od Pana P. M. nie zostały w żaden sposób uprawdopodobnione. Ani Zamawiającemu ani Izbie nie zostały złożone żadne dowody potwierdzające odrębność organizacyjną czy odrębność zasobów obu podmiotów. Podkreślenia również wymaga, że skoro małżonka Pana P. M. posiada pozostałe 91% udziałów w spółce MARAT sp. z o.o. i samodzielnie decyduje kto zasiada w zarządzie spółki, to oczywistym dla Izby jest to, że będą to osoby podporządkowane interesom Państwa M. . Co więcej osoby sprawujące funkcję Prezesa i Wice Prezesa spółki MARAT sp. z o.o. wchodzi w skład zarządu spółki ERLOW sp. z o.o. oraz MARAT Rybnik sp. z o.o., co, w ocenie Izby, stanowi dowód na to, że są to osoby cieszące się zaufaniem Państwa M., realizujące strategię działania w grupie MARAT.

Podkreślić należy, że występowanie pomiędzy przedsiębiorcami więzi rodzinnych oraz prowadzenie działalności pod tym samym adresem nie jest wprawdzie zabronione, niemniej jednak wskazuje na prawdopodobieństwo wymiany pomiędzy nimi istotnych informacji gospodarczych. Ilość powiązań gospodarczych i faktycznych pomiędzy Państwem M. oraz fakt, iż działalność w ich imieniu prowadzi przede wszystkim Pan P. M. świadczą, że rzeczywista konkurencja między oboma podmiotami jest bardzo ograniczona, jeśli w ogóle występuje. W ocenie Izby, przytoczone powyższej okoliczności świadczą, iż spółka MARAT sp. z o.o. oraz Pan P. M. prowadzący indywidualną działalność gospodarczą pod firmą WAMAR tworzą jeden podmiot gospodarczy, zwłaszcza, że dla uznania, czy w danym przypadku mamy do czynienia z kontrolą w rozumieniu art. 4 pkt 4 UOKiK, wystarczająca jest sama możliwość wywierania decydującego wpływu. Taka zaś (wzajemną) możliwość z pewnością daje pozostawanie we wspólnocie małżeńskiej i związana z tym wspólnota praw i interesów ekonomicznych, jak i szereg powiązań kapitałowych, organizacyjnych i prawnych pomiędzy obu przedsiębiorcami.

Nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Odwołującego, iż o samodzielności obu podmiotów świadczy fakt, iż oboje małżonkowie nie wchodzi w skład Zarządu MARAT Sp. z o.o. i nie mają wpływu na jej bieżącą politykę, zaś zgromadzenie wspólników nie ma prawa wydawania zarządowi cyt. „wiążących instrukcji”. Podkreślić bowiem należy, że właśnie zgromadzenie wspólników jest uprawnione do powoływania i odwoływania członków zarządu, udziela im absolutorium, jest wyłącznie uprawnione do podejmowania szeregu uchwał kluczowych dla spółki. Skoro zaś to Państwo M. tworzą wspólnie zgromadzenie wspólników spółki MARAT sp. z o.o., to jest oczywistym dla Izby, że to oni decydują o istotnych sprawach spółki, w tym doborze osób sprawując funkcje członków zarządu, realizujących decyzje wspólników czyli Państwa M. .

Nie można również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Pani K. M.-M. nie jest przedsiębiorcą na potrzeby niniejszej sprawy. Wskazać bowiem należy, że sformułowane na gruncie prawa konkurencji pojęcie grupy kapitałowej odwołuje się do szerokiej, funkcjonalnej i niesformalizowanej definicji przedsiębiorcy, którym zgodnie z art. 4 pkt 1 lit. c ustawy o

ochronie konkurencji i konsumentów może być również cyt. „osoba fizyczna, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców”.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argument Odwołującego, iż konieczną przesłanką dla zastosowania sankcji wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, jest wykazanie, że faktycznie doszło do zakłócenia konkurencji. Zarówno gramatyczna, jak i celowościowa interpretacja tego przepisu wskazuje na istnienie prawnego domniemania, że złożenie w tym samym postępowaniu odrębnych ofert przez przedsiębiorców należących do jednej grupy kapitałowej zakłóca konkurencję. Świadczy o tym użycie przez ustawodawcę formuły „chyba że wykażą”. Ciężar dowodu w tej sprawie ciążył więc na Odwołującym, który żadnych takich dowodów nie przedłożył ani Zamawiającego ani Izbie. Tym samym, w ocenie Izby, Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż możliwość składania w tym samym postępowaniu odrębnych ofert przedsiębiorcom powiązanym (działającym w ramach jednej grupy kapitałowej) pozwala na manipulowanie wynikiem przetargu ze szkodą dla zamawiającego. Na powiązanych wykonawcach spoczywa ciężar dowodu, że powiązania między nimi nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał jednakże, że udział w jednym postępowaniu spółki MARAT sp. z o.o., której właścicielem są Państwo M. oraz Pana P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą WAMAR P. M. nie prowadzi do zachowania uczciwej konkurencji na rynku. Wskazane zaś przez Izbę powyżej powiązania pomiędzy Panem P. M., a spółką MARAT sp. z o.o. uzasadniają twierdzenie, że podmioty te tworzą jeden organizm gospodarczy, co powoduje w konsekwencji, iż przestają być wobec siebie, w rozumieniu norm prawa antymonopolowego, odrębnymi podmiotami gospodarczymi, tworząc tym samym jedną grupę kapitałową.

Nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie wymienionych w nich zasad proporcjonalności i przejrzystości, a to poprzez sporządzenie uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego w sposób uniemożliwiający poznanie toku rozumowania Zamawiającego i przyczyn leżących u podstaw zaskarżonej decyzji, albowiem treść uzasadnienia dowodzi iż Zamawiający nie poczynił żadnych kategoriycznych ustaleń w sprawie i wykluczył Odwołującego w oparciu o daleko idące domniemania i przypuszczenia, co w konsekwencji uniemożliwia merytoryczne odniesienie się do czynności wykluczenia. W ocenie Izby treść złożonego przez Odwołującego odwołania potwierdza, że wykonawca miał pełną wiedzę o przyczynach wykluczenia z postępowania. W treści decyzji Zamawiającego z dnia 28 lutego 2020 r., zostały przywołane podstawy prawne i faktyczne wykluczenia. Zamawiający odniósł się do dokumentów rejestrowych obu podmiotów oraz do złożonych przez wykonawcę wyjaśnień z dnia 10 lutego 2020 r., dokonując samodzielnej oceny stanu faktycznego. Izba uznała, w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, że ocena Zamawiającego była prawidłowa.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1

972).

Przewodniczący: