

WYROK
z dnia 4 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 kwietnia 2021 r. przez Odwołującego – **I. P.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „GREENLAS” I. P., Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa, Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Wieluń** ul. Żeromskiego 5, 98-300 Wieluń

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia: **S. W.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne S. W., ul. Klonowa 23, 98-270 Złoczew, **D. Ż.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne D. Ż., Ożarów 208A, 98-345 Ożarów, **M. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M., Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **K. S.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych „Salix”, ul. Kolorowa 17, 46-331 Radłów, **M. B.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe, ul. Nadrzeczna 12, 42-283 Boronów, **A. G.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Larix”, ul. Ofiar Katynia 102, 42-660 Kalety, **P. D.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. D. Usługi Leśne, Dąbrowa 14, 42-289 Woźniki zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie czynności z 31.03.2021 r. polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania (Pakiet nr I) na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 i art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy i uznania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2a) Ustawy oferty Odwołującego za odrzuconą oraz nakazuje przywrócenie do oceny oferty tego wykonawcy.
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania.
- Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1083/21

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Wieluń na wykonanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwo Wieluń w roku 2021 – czwarte postępowanie” (nr ref.: SA.270.1.2021), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25.01.2021 r., 2021/S 016-036534 wobec czynności wykluczenia z postępowania, wniesione zostało w 9 kwietnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy – **I. P.** (Zakład Usług Leśnych „GREENLAS” I. P.) (sygn. akt KIO 1083/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z uznaniem, że Odwołujący oraz wykonawca Zakład Usług Leśnych P. M., który złożył ofertę w postępowaniu w ramach Konsorcjum w składzie: Usługi Leśne S. W., Usługi Leśne D. Ż., Zakład Usług Leśnych P. M. – należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o czym ma świadczyć fakt pozostawania przez wykonawców w związku małżeńskim – w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie należą do tej samej grupy kapitałowej, a także w sytuacji kiedy żadne przepisy nie określają definicji grupy kapitałowej, jako „małżonków”.

a w przypadku uznania, że w niniejszej sytuacji – wykonawcy jednak należą do jednej grupy kapitałowej – naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia oświadczenia o pozostawaniu w grupie kapitałowej z możliwością wykazania, że wykonawcy sporządzili oferty niezależnie od siebie;

- 2) art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 128 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z uznaniem, że Odwołujący wraz z małżonkiem prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M. – zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji – w sytuacji gdy Zamawiający

zaniechał wezwania do wyjaśnień i ustalenia, czy oferty nie zostały sporządzone osobno oraz w sytuacji, kiedy Zamawiający nie wykazał tego jakimikolwiek dowodami oraz przy uwzględnieniu faktu, że Odwołujący nie zawarł jakiegokolwiek porozumienia, a już w szczególności takiego, którego celem byłoby zakłócenie konkurencji pomiędzy wykonawcami;

- 3) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w związku z uznaniem, że Odwołujący składając oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej wprowadził Zamawiającego w błąd lub przedstawił informacje wprowadzające w błąd – w sytuacji kiedy przedłożone przez Odwołującego oświadczenie potwierdzało stan faktyczny, a Odwołujący nie należał i nie należy do grupy kapitałowej z innymi wykonawcami;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy nie podlega on wykluczeniu z postępowania;
- 5) art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, pomimo że Odwołujący nie podlega wykluczeniu, oferta spełnia wszystkie wymogi formalne określone przepisami Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie jest zgodna z treścią SWZ, a w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący złożył ofertę na pakiet nr 1 razem z dwoma innymi wykonawcami, w tym konsorcjum w składzie: Usługi Leśne S. W., Usługi Leśne D. Ż., Zakład Usług Leśnych P. M., ofertując najkorzystniejszą ofertę z ceną 2.752.571,15 zł. Jednym ze współkonsorcjantów wykonawcy konkurującego z Odwołującym w pakiecie nr 1 jest jego małżonek (M. P.). Odwołujący złożył oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, gdyż sam fakt pozostawania w związku z małżeńskim o tym nie przesądza.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania nie podejmując czynności zmierzających do wyjaśnienia okoliczności, które doprowadziły do stwierdzenia przynależności do tej samej grupy kapitałowej, zawarcia z innym wykonawcą niedozwolonego porozumienia mającego na celu ograniczenie konkurencji i wprowadzenia Zamawiającego w błąd w związku z oświadczeniem o braku przynależności do grupy kapitałowej.

Zamawiający wyłącznie na podstawie okoliczności, iż dwaj przedsiębiorcy którzy złożyli oferty w postępowaniu są małżonkami stwierdził, iż pozostają we wspólnej grupie kapitałowej. Nie znajduje to podstawy, gdyż zgodnie z definicją grupy kapitałowej (art. 4pkt 14 uokik) pomiędzy przedsiębiorcami powinna występować zależność wynikająca ze sprawowania kontroli jednego przedsiębiorcy nad drugim. Jedyne powiązanie wynika z zawartego małżeństwa oraz wspólnego adresu siedzib z racji wspólnego zamieszkiwania. Zgodnie z orzecznictwem w grupie kapitałowej powinno występować tego rodzaju powiązanie, aby można było mówić o zależności, jaka wynika z pełnienia roli przedsiębiorcy dominującego oraz zależnego (wyrok KIO z 16.09.2020 r., sygn. akt KIO 2102/20).

Tego rodzaju powiązania nie występują pomiędzy małżonkami. Udział M. P. w konsorcjum faktycznie sprowadza się do udostępnienia maszyny typu harvester, gdyż pozostali członkowie konsorcjum nie byłoby w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu (pkt 7.1 ppkt 2 lit. b pkt I lit. a – pakiet I). Nie uczestniczył w przygotowaniu oferty, którą sporządził lider konsorcjum (S. W.). Odwołujący samodzielnie przygotował swoją ofertę. W ofertach przyjęto różne stawki.

Obaj wykonawcy realizują samodzielnie różne zamówienia tylko w 2020 r. złożyli ofertę wspólną w Nadleśnictwie Wieluń.

Odwołujący w swojej ofercie wskazał osoby zatrudnione i własny sprzęt, inny niż wskazany w ofercie konsorcjum.

Istnienie wspólności małżeńskiej ustawowej, jak i wspólny adres zamieszkania nie są wystarczającą podstawą do stwierdzenia istnienia zależności, jaka istnieć miałaby pomiędzy przedsiębiorcą dominującym i zależnym.

Ustanowienie Odwołującego zarządcą sukcesyjnym M. P. miało na celu zapewnienie ciągłości działania firmy po śmierci przedsiębiorcy. Zarządca sukcesyjny nie sprawuje żadnych funkcji w ramach działalności gospodarczej przedsiębiorcy za jego życia. Zakres obowiązków zarządcy sukcesyjnego został uregulowany w ustawie z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw – sprowadza się do tymczasowego zarządu nad przedsiębiorstwem po śmierci przedsiębiorcy. Nie ma zatem wpływu na przynależność do grupy kapitałowej ani nie świadczy o zależnościach pomiędzy zarządcą, a przedsiębiorcą. Odwołująca została również wpisana jako pełnomocnik męża z uwagi na chorobę, w celu zapewnienia bezpieczeństwa zamawiającym i konsorcjantom. Faktycznie żadnych czynności w związku z chorobą męża nie wykonuje.

Brak wspólnego celu gospodarczego stanowi przeszkodę dla stwierdzenia, iż doszło do zawarcia porozumienia, którego celem było zakłócenie konkurencji. Złożenie dwóch ofert nie wpływa na zwiększenie szansy na uzyskanie zamówienia jest natomiast wyrazem konkurencji o to zamówienie (tylko jedna oferta może być uznana za najkorzystniejszą). Na skutek odwołania z 17.02.2021 r. oferta Odwołującego została przywrócona przez Zamawiającego do oceny, a obecnym odwołaniem Wykonawca potwierdza, iż dąży do uzyskania zamówienia. Odrzucenie jego oferty również nie doprowadzi do wyboru oferty droższej (konsorcjum), gdyż w postępowaniu złożona została jeszcze jedna oferta (druga w rankingu).

Zarzut zaniechania wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów został podniesiony przez Odwołującego z ostrożności, w przypadku gdyby Izba uznała, iż przedsiębiorcy pozostają we wspólnej grupie kapitałowej. Relacje rodzinne nie przesądzają o zawarciu między wykonawcami porozumienia naruszającego konkurencję, przy braku dowodu na zawarcie zмовы przetargowej.

Sama przynależność do grupy kapitałowej nie jest wystarczającą podstawą dla uznania, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania. Wykonawcy pozostający w grupie kapitałowej mogą składać oferty w tym samym postępowaniu pod warunkiem wykazania, że przygotowali oferty niezależnie od siebie. W takiej sytuacji, Odwołujący powinien mieć możliwość wykazania zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, że samodzielnie przygotował ofertę, niezależnie od małżonka. Zaniechanie wezwania do wyjaśnienia i uzupełnienia oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej stanowiłoby naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp.

Relacje rodzinne nie przesądzają o zawarciu między małżonkami porozumienia naruszającego konkurencję (zмовы

przetargowej) – przy braku dowodów na zawarciu z umowy przetargowej. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu, ani nawet nie uprawdopodobnił, że wykonawcy zawarli niedozwolone porozumienie. Dodaniem nie może być samo stwierdzenie, iż wykonawcy w innych postępowaniach składali oferty wspólne, łącząc swoje potencjały.

Porównanie ofert, w szczególności stawek wskazanych w 10 pozycjach, uwzględniających różny zakres prac wskazuje, iż oferty nie są podobne, wykonawcy nie użyczają sobie zasobów, nie ma innych podstaw do stwierdzenia, aby doszło do porozumienia w przygotowaniu ofert.

Zamawiający przed decyzją o wykluczeniu Odwołującego z postępowania zaniechał badania, czy istnieją podstawy do uznania, że zawarto porozumienie ograniczające konkurencję, do czego uprawnienie wynika z art. 128 ust. 4 Pzp. Pozwalałoby to Odwołującemu wykazać, iż nie doszło do porozumienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy złożenie oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej nie może być uznane za wprowadzające w błąd lub jako przedstawienie informacji wprowadzających w błąd. Oświadczenie to odpowiada prawdzie.

Zamawiający w piśmie z 25 maja 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uzasadniając decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał na okoliczność pozostawania tego wykonawcy w związku małżeńskim z innym przedsiębiorcą, który również złożył ofertę w postępowaniu w konsorcjum. Ponieważ pomiędzy małżonkami istnieje wspólność majątkowa małżeńska, prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem (Ligota Oleska 43, 46-331 Radłów), a Odwołujący jest wskazany w CEIDG, jako zarządcą sukcesyjny przedsiębiorstwa prowadzonego przez męża, Zamawiający uznał, iż stanowią oni grupę kapitałową w rozumieniu art. 4 pkt 14 uokik. Opisany stan faktyczny wypełnia przesłankę do wykluczenia z postępowania z art. 108 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp. Zamawiający zobowiązany był wykluczyć wykonawcę z postępowania w sytuacji, gdy możliwe jest stwierdzenie, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

Fakt pozostawania w związku małżeńskim dwóch przedsiębiorców składających oferty w tym samym postępowaniu może oddziaływać na podstawową zasadę prawa zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji. W wyroku z 4.06.2019 r. sygn. akt KIO 885/19 wskazano, iż małżonkowie, których łączy małżeńska wspólność majątkowa, składając odrębne oferty w tym samym postępowaniu lub na tę samą część zamówienia, należą do tej samej grupy kapitałowej, gdyż mogą wywierać na siebie wpływ. Ocenę tą również potwierdza wyrok KIO z 26.06.2014 r., sygn. akt KIO 1181/14, KIO 1182/14, KIO 1183/14, KIO 1194/14, KIO 1195/14.

Zamawiający podkreślił istotne znaczenie okoliczności pozostawania we wspólności majątkowej małżeńskiej, która oznacza, iż majątek nabywany dla potrzeb własnej działalności gospodarczej, jest nabywany na zasadzie współwłasności przedmiotów majątkowych – jest majątkiem wspólnym albowiem finansowany jest z przychodów, w tym z działalności, które wchodzi do majątku wspólnego. To nie sam fakt pozostawania w związku małżeńskim ma przesądzać o pozostawaniu w tej samej grupie kapitałowej, ale istnienie majątkowej wspólności małżeńskiej pomiędzy małżonkami, jak również wspólne dane adresowe prowadzonych działalności oraz możliwość przejęcia zarządu przez jednego z małżonków nad przedsiębiorstwem drugiego małżonka, co świadczy o silnych powiązaniach małżonków jako przedsiębiorców.

Zamawiający wskazał na przepisy kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (art. 35-37), które wskazują na fakt, iż drugi małżonek na uprawnienia pozwalające mu na decydowanie o majątku wspólnym, w tym o majątku wchodzącym w skład przedsiębiorstwa drugiego małżonka, a objętego wspólnością majątkową małżeńską. Wprawdzie przepis ten wskazuje na samodzielność zarządu przez małżonka przedmiotami służącym do wykonywania działalności zarobkowej, jednak drugi małżonek, nie jest pozbawiony ich własności, a w razie przemijającej przeszkody może podejmować czynności w stosunku do majątku przedsiębiorstwa swojego małżonka.

Zgodnie z definicją grupy kapitałowej (art. 4 pkt 14 uokik) koniecznym dla jej stwierdzenia jest przejęcie kontroli (utożsamiane z kontrolą bezpośrednią lub pośrednią) rozumiane jako „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”. O przejęciu kontroli nad przedsiębiorcą można mówić, m.in. gdy przedsiębiorcy przysługuje prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy. Taka sytuacja zachodzić ma, w ocenie Zamawiającego, gdy małżonkowie pozostający we wspólności majątkowej małżeńskiej prowadzą każdy swoją działalność gospodarczą.

Na istnienie silnych powiązań biznesowych i pozostawanie w tej samej grupie kapitałowej wskazywać ma, iż w innych wcześniejszych postępowaniach małżonkowie składali oferty wspólnie, korzystając ze wspólnych zasobów.

Fakt, że ofertę konsorcjum podpisał Lider i wysłał ze swojego komputera, nie ma w ocenie Zamawiającego znaczenia dla ustalenia, czy współkonsorcjant znał treść oferty. Musiał bowiem wyrazić zgodę na podział środków z wynagrodzenia, a ponadto musiał wskazać ceny za wykonanie swojej części prac.

W ocenie Zamawiającego posiadanie wiedzy o treści wzajemnych ofert miało prowadzić do zakłócenia konkurencji, a zawarte porozumienie miało doprowadzić do uzyskania korzystnego dla nich rezultatu.

Wykonawcy (małżonkowie) powinni złożyć oświadczenie o pozostawaniu w grupie kapitałowej jednocześnie wykazując, iż istniejąca między nimi więź nie prowadzi do zakłócenia uczciwej konkurencji. Brak tego oświadczenia stanowił podstawę do wykluczenia z postępowania z uwagi na wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Z tych względów Zamawiający nie zwoływał Odwołującego do złożenia wyjaśnień.

Pozostałe zarzuty również są niezasadne. Obecne brzmienie art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp jest bardziej rygorystyczne i wprowadza ma domniemanie z umowy przetargowej w sytuacji wykonawców należących do wspólnej grupy kapitałowej. Po stronie Wykonawcy pozostawało wykazanie, iż przynależność do grupy kapitałowej nie prowadzi do takiej umowy.

Małżonkowie należąc do jednej grupy kapitałowej, mając tego świadomość i składając oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, wprowadzili Zamawiającego w błąd.

W tym stanie rzeczy czynności podjęte wobec Odwołującego nie mogły prowadzić do naruszenia przepisów wskazanych w petitum odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołującego Konsorcjum w składzie: S. W. (Usługi Leśne S. W.), D. Ż. (Usługi Leśne D. Ż.), M. P. (Zakład Usług Leśnych P. M.) a po stronie Zamawiającego Konsorcjum w składzie: K. S. (Zakład Usług Leśnych „Salix”), M. B. (Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe), A. G. (Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Larix”), P. D. (P. D. Usługi Leśne).

Na posiedzeniu Zamawiający zgłosił opozycję wobec przystąpienia po stronie Odwołującego Konsorcjum, które złożyło własną ofertę, zostało wykluczone z postępowania na tej samej podstawie co Odwołujący, ale nie złożyło własnego odwołania. W ocenie Zamawiającego Konsorcjum nie ma interesu w przystąpieniu, gdyż uwzględnienie odwołania nie może doprowadzić do uchylenia decyzji o wykluczeniu Konsorcjum z postępowania, ponieważ wykonawca ten nie wniósł odwołania na tą czynność. Przystępujący oponując przeciwko wnioskowi Zamawiającego wskazał, iż w jego ocenie wątpliwe byłoby wnoszenie odwołania na czynność wykluczenia z postępowania w sytuacji, gdy nie mógł wykazać możliwości jego uzyskania (oferta została sklasyfikowana na trzeciej pozycji). Tym samym uznał, że złożenie przystąpienia leży w jego interesie, gdyż uwzględnienie odwołania powinno również prowadzić do uchylenia decyzji podjętej wobec Konsorcjum mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców.

Izba oddaliła opozycję na posiedzeniu uznając, iż dla oceny skuteczności wniesionego przystąpienia znaczenie, w świetle normy art. 525 ust. 3 Pzp, miało wykazanie istnienia po stronie wykonawcy interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego, co nie oznacza potrzeby wykazania możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. Tym samym, ocena interesu wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie wykonawcy, który dąży do przywrócenia swojej oferty do oceny, a w konsekwencji uzyskania zamówienia, nie może być utożsamiana wyłączenie z oceną wpływu tego rozstrzygnięcia na pozycję oferty Przystępującego w przetargu. Ponieważ decyzja o wykluczeniu Przystępującego z postępowania była ściśle powiązana z czynnością oceny oferty Odwołującego i ustalenia, że obaj wykonawcy należą do grupy kapitałowej, uzyskanie rozstrzygnięcia na korzyść co najmniej jednego z przedsiębiorców powodować będzie stan wskazujący na wadliwość czynności, które obejmowały również drugiego wykonawcę w postępowaniu. Uwzględnienie odwołania nie może wprawdzie wprost prowadzić do uchylenia wykluczenia Przystępującego z postępowania, to mając na uwadze negatywny wydźwięk uznania, iż wykonawca miała uczestniczyć w zмовie przetargowej, podważenie tej oceny prowadzić będzie również do oczyszczenia tego wykonawcy z zarzutu, bez wpływu na jego dalszy udział w postępowaniu. W ocenie Izby powiązanie podstaw wykluczenia z postępowania obu wykonawców wskazuje na istnienie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego.

W świetle powyższego Izba dopuściła do udziału w postępowaniu Konsorcjum przystępujące po stronie Odwołującego.

Izba dopuściła do udziału również drugie Konsorcjum przystępujące po stronie Zamawiającego.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania i rozpoznała zarzuty na rozprawie.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, a żądania odwołania zmierzają do przywrócenia jego oferty do oceny, interes w uzyskaniu zamówienia na moment wniesienia odwołania nie budzi wątpliwości. Odwołanie może doprowadzić do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co wskazuje na możliwość poniesienia szkody na skutek decyzji objętej zarzutami, w postaci braku uzyskania korzyści związanych z realizacją umowy o zamówienie publiczne.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania, w szczególności uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

Zamawiający w piśmie z 31.03.2021 r. poinformował Odwołującego o wyniku powtórzonych w postępowaniu czynności badania i oceny ofert, które doprowadziły do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp, a w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt a) Pzp do odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał na okoliczność ustaloną w oparciu o dokumenty, jaką jest pozostawanie w związku małżeńskim Odwołującego z drugim wykonawcą, który złożył ofertę w konsorcjum z innymi przedsiębiorcami. Zamawiający ustalił, iż małżonkowie posiadają małżeńską wspólnotę majątkową, posiadają zarejestrowane pod tym samym adresem (Ligota Oleska 43, 46-661 Radłów) działalności gospodarcze, a Odwołujący wskazany jest w CEIDG jako zarządca sukcesyjny przedsiębiorstwa prowadzonego przez małżonka. Obaj małżonkowie złożyli oświadczenie o niepozostawaniu w tej samej grupie kapitałowej.

Zamawiający uznał, iż pozostawanie w związku małżeńskim dwóch wykonawców może oddziaływać na podstawową zasadę prawa zamówień publicznych, tj. zasadę uczciwej konkurencji. Przyjmując jako wytyczną wyrok Izby z 4.06.2019 r., sygn. akt KIO 885/19 Zamawiający uznał, iż małżonkowie powinni złożyć oświadczenie o pozostawaniu w grupie kapitałowej i jednocześnie mogli wykazać, że istniejąca więź nie prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu, co podlega ocenie Zamawiającego. O przynależności do grupy kapitałowej, w ocenie Zamawiającego świadczyć ma fakt, iż realizują wspólnie na rzecz Zamawiającego umowę, uczestnicząc wcześniej w postępowaniu jako konsorcjum.

Zamawiający uznał, iż działanie małżonków były zamierzone i wprowadzało w błąd co do informacji o niepodleganiu

wykluczeniu z postępowania. Podstawą wykluczenia z postępowania jest art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp. Na podstawie dokumentów złożonych wraz z ofertą Zamawiający uznał, iż wykonawcy I. P. oraz M. P. należą do tej samej grupy kapitałowej i zawarli pomiędzy sobą porozumienie, które miało na celu zakłócenie konkurencji. Ponadto mając wiedzę o tej przynależności złożyli oświadczenia woli wprowadzające Zamawiającego w błąd.

Na rozprawie Odwołujący, Zamawiający, jak i Przystępujący prezentowali spójne wyjaśnienia dotyczące udziału we wcześniejszych postępowaniach u tego Zamawiającego ograniczonego kręgu podmiotów, w tym również udziału małżonków P. jako wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Obecne postępowanie jest już czwartym, a dwa wcześniejsze zostały unieważnione z uwagi na brak środków, które pozwoliłyby na wybór jedynej złożonej w postępowaniu oferty. We wcześniejszych postępowaniach na prace objęte pakietem nr 1 Odwołująca składała ofertę w konsorcjum z p. M. P. i Sławomirem Woźniakiem (lider), i były to jedyne oferty składane Zamawiającemu. Tym razem Odwołująca zdecydowała się samodzielnie złożyć ofertę, tańszą o 300 000 złotych od wcześniej składanych w konsorcjum. Od wielu lat p. S. W. realizuje na rzecz Zamawiającego prace w różnych konfiguracjach, występując w roli lidera konsorcjów zawiązywanych z różnymi podmiotami.

W postępowaniu na prace objęte pakietem nr 1 złożone zostały trzy oferty, tj. oferta Odwołującego (2.752.571,15 zł brutto), oferta Konsorcjum: Zakład Usług Leśnych „Salix” K. S., Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe B. M. Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „Larix” A. G., Usługi Leśne P. D. (3.020.276,09 zł brutto) i oferta Konsorcjum: Usługi Leśne S. W., Usługi Leśne D. Ż., Zakład Usług Leśnych P. M. (3.041.411,03 zł brutto).

Na podstawie złożonej umowy konsorcjum nr 1/2021 z 02.02.2021 r. zawartej pomiędzy S. W., D. Ż. oraz M. P. strony umowy ustaliły jako lidera konsorcjum S. W. wskazując w § 4 zakres jego upoważnienia, w tym do złożenia oferty i reprezentowania Konsorcjum przed Zamawiającym we wszystkich sprawach dotyczących postępowania. Członkowie Konsorcjum zobowiązani zostali do przygotowania dokumentów w zakresie swojej części oferty, jak również udzielania wszelkich informacji w zakresie swojej części. M. P. zobowiązał się do realizacji prac w zakresie robót związanych z pozyskaniem drewna harwesternym – *koordynator podpisuje zlecenia, protokoły dotyczące maszynowego pozyskiwania drewna.*

Mając na uwadze powyższe odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Na wstępie należy wskazać, iż Odwołujący podważał, jako zasadniczą dla konstrukcji zarzutów, ocenę Zamawiającego, która wynikała z ustalenia, że Odwołująca składając ofertę w postępowaniu razem z małżonkiem, który złożył odrębną ofertę w Konsorcjum, powinien być złożyć oświadczenie o pozostawaniu w jednej grupie kapitałowej. Powyższe stwierdzenie stanowiło podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania w oparciu o przepis art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający uznał bowiem, iż został wprowadzony w błąd co do braku podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, o jakiej mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 Pzp – tj. zawarcia z innymi wykonawcami porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie.

W świetle powyższego punktem wyjścia stało się odniesienie się do stwierdzenia stanowiącego podstawę wniosków Zamawiającego, jakim było uznanie, iż małżonkowie, którzy złożyli odrębne oferty w postępowaniu stanowią grupę kapitałową w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W przypadku bowiem potwierdzenia się tej tezy na wykonawcy spoczywał obowiązek złożenia oświadczenia o pozostawaniu w tej samej grupie kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu. Zamawiający na rozprawie uzupełniając stanowisko prezentowane w decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wyjaśnił, iż co do zasady nie uznaje automatycznie, że małżeństwo zawsze będzie stanowić grupę kapitałową. Natomiast w jego ocenie okoliczności wskazane w decyzji o wykluczeniu pozwalają stwierdzić, że wystąpiła przesłanka z art. 4 pkt 14 litera e uokik wskazująca na istnienie kontroli rozumianej, jako prawo do całego, albo części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego).

Zgodnie z art. 4 pkt 14 uokik przez grupę kapitałową rozumie się wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Tym samym grupę kapitałową tworzą przedsiębiorca dominujący i przedsiębiorcy zależni. Dla stwierdzenia istnienia grupy kapitałowej zasadniczym pozostaje fakt sprawowania kontroli nad przedsiębiorcą zależnym, co wymaga również wskazania na posiadanie pozycji dominującej i zależnej przedsiębiorców pozostających w tej samej grupie kapitałowej.

Przenosząc powyższe na grunt badanej sprawy, dla stwierdzenia istnienia grupy kapitałowej konieczne było wykazanie przez Zamawiającego istnienia takiego powiązania między przedsiębiorcami, które pozwalałoby stwierdzić ten rodzaj zależności, w którym można przypisać rolę przedsiębiorcy dominującego oraz zależnego. Zamawiający skupił swoją uwagę wyłącznie na wykazaniu wpływu, jakie miało mieć na zasadę uczciwej konkurencji pozostawanie w związku małżeńskim dwóch wykonawców, podkreślając przy tym brak wyjaśnienia przyczyn, które doprowadziły do zmiany decyzji o wspólnym ubieganiu się o zamówienia, co miało miejsce we wcześniejszych postępowaniach. Zamawiający nie przypisał wprost roli przedsiębiorcy dominującego i zależnego małżonkom pozostającym w małżeńskiej wspólności ustawowej. Przy braku jasności motywów, którymi miał kierować się Odwołujący składając samodzielnie ofertę w postępowaniu, w ocenie Zamawiającego uprawnione było przyjęcie, iż było to podyktowane uzgodnieniami pomiędzy małżonkami, które miały ułatwić uzyskanie zamówienia jednemu z nich.

W ocenie składu orzekającego Zamawiający błędnie ocenił stan wynikający z okoliczności wskazanych w uzasadnieniu decyzji, które sprowadzały się do wskazania na powiązania majątkowe małżonków oraz fakt wskazania Odwołującej jako zarządcy sukcesyjnego przedsiębiorstwa prowadzonego przez jej małżonka.

Izba nie przyjęła wniosków Zamawiającego, gdyż z samego istnienia relacji rodzinnych nie można wprost stwierdzić, aby jednej z małżonków sprawował nadzór (kontrolę) nad drugim. Również Zamawiający nie wskazał, który z małżonków miałby sprawować nadzór nad działalnością drugiego małżonka. Sam Zamawiający na rozprawie wskazywał, iż pozostawanie w związku małżeńskim nie jest jeszcze wystarczające dla ustalenia istnienia grupy kapitałowej. W sprawie nie zostało również wykazane, nad jakimi składnikami majątkowymi miałby przejąć kontrolę małżonek. Skoro każdemu z małżonków przysługuje prawo do udziału w zarządzie majątkiem wspólnym na tych samych prawach, to nie można stąd wywodzić, iż sytuacja któregoś z małżonków jest zależna w tym znaczeniu, że decyzje dotyczące prowadzonej

działalności podlegają kontroli drugiego małżonka. Skoro w zakresie dotyczącym działalności zarobkowej każdy z małżonków sprawuje samodzielnie zarząd przedmiotami służącymi do jej wykonywania, to pozostawanie w związku małżeńskim nie może stanowić jedynej podstawy do stwierdzenia przejęcia kontroli jednego małżonka nad drugim.

Odnosząc się natomiast do ewentualnego zaangażowania składników mienia stanowiących wyposażenie przedsiębiorstwa Odwołującego oraz jego pracowników, to dokumenty złożone w postępowaniu nie wskazują na potrzebę pozyskania dodatkowych zasobów pozwalających na samodzielną realizację zamówienia. Odwołujący nie polega w szczególności na sprzęcie, który został wskazany w ofercie Konsorcjum (harvester). Zamawiający nie miał zatem podstaw do przyjęcia, iż Odwołujący składając ofertę musiał liczyć się z decyzją (zgoda) małżonka na wykorzystanie sprzętu do wycinki drzew. Nie ma zatem pola do wskazania, aby małżonkowie składając ofertę w postępowaniu podejmowali decyzje pod wpływem i kierownictwem jednego z nich. Również wspólne adresy działalności nie przesądzą o braku samodzielności przy podejmowaniu decyzji biznesowych. Poszukiwanie wytłumaczenia dla zmiany formuły składania ofert wspólnie przez małżonków w ocenie Izby ma znaczenie wtórne. Można przyjmować różne tłumaczenia, w tym o potrzebie zabezpieczenia ciągłości działalności z uwagi na nieudane próby złożenia oferty w konsorcjum z większą ilością przedsiębiorców, co pozwoliło na zaoferowanie oferty mieszczącej się w środkach Zamawiającego. Nie można odmówić racji Odwołującej, iż samodzielnie korzystając z własnych zasobów dąży do uzyskania zamówienia, co stanowi gwarancję zatrudnienia pracowników i utrzymania na rynku. Dopatrywanie się innych motywów, które miałyby mieć wymiar niekonkurencyjny nie ma podstaw. Złożenie dwóch ofert przez małżonków w tym postępowaniu nie miało na celu sterowanie przetargiem, gdyż to Odwołująca złożyła najtańszą ofertę, a składając kolejne odwołania potwierdza gotowość zawarcia umowy na warunkach wynikających z oferty.

Zamawiający błędnie przyjął, iż małżonkowie stanowią grupę kapitałową z racji pozostawania w ustroju małżeńskiej wspólności ustawowej. Zamawiający zasadniczo z tej okoliczności wywodził istnienie relacji, w której można stwierdzić, iż jeden z przedsiębiorców (małżonek) sprawuje kontrolę nad drugim, co wypełniać miało przesłanki z art. 4 pkt 14 uokik. Przedstawione w sprawie okoliczności faktyczne nie wskazują na istnienie relacji zależności pomiędzy małżonkami, którzy prowadzą własne działalności gospodarcze. Wpisanie Odwołującej w CEIDG małżonka jako zarządcy sukcesyjnego również nie zmienia tej oceny. Zamawiający nie odniósł się do okoliczności związanej ze sprawowaniem obowiązków zarządcy sukcesyjnego, którego obowiązki uregulowane zostały w ustawie z dnia 5 lipca 2018 r. o zarządzie sukcesyjnym przedsiębiorstwem osoby fizycznej i innych ułatwieniach związanych z sukcesją przedsiębiorstw (tj. Dz. U. 2021, poz. 170). Wprowadzone rozwiązanie prawne obejmuje prowadzenie przedsiębiorstwa dopiero po śmierci jego właściciela. Samo wpisanie w CEIDG zarządcy sukcesyjnego nie prowadzi do nabycia prawa do kierowania sprawami przedsiębiorstwa za życia właściciela, jak również sprawowania nadzoru nad działalnością przedsiębiorcy. Tym samym okoliczność ta nie potwierdzała tezy o sprawowaniu kontroli nad innym przedsiębiorcą składającym ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba podziale stanowisko prezentowane w wyroku z 16.09.2020r., sygn. akt KIO 2102/20, iż *same relacje rodzinne nie są wystarczające do stwierdzenia, iż jeden z przedsiębiorców ma pozycję dominującą poprzez sprawowanie kontroli nad przedsiębiorcą zależnym. Aby taka kontrola miała miejsce konieczne jest wskazanie formy wpływu, jaki podmiot dominujący miał mieć na drugiego przedsiębiorcę w sferze biznesowej. Przy dwóch równych podmiotach nie można ustalić wyłącznie na podstawie relacji rodzinnych, iż istnieje zależność wynikająca, np. z większościowego udziału głosu, czy też udziału w mieniu wspólnym lub innej formy pozwalającej na wywieranie wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. Decyzja o złożeniu oferty w tym samym postępowaniu nie jest wystarczająca dla ustalenia, iż była podyktowana wspólnym celem gospodarczym, tym bardziej, iż złożenie dwóch ofert na te same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie. Tylko jedna oferta może być uznana za najkorzystniejszą, a nie można na obecnym etapie postępowania stwierdzić, iż celem Wykonawców miało być doprowadzenie do wyboru oferty droższej (drugiego małżonka).*

Uznanie, iż Odwołująca nie pozostaje w grupie kapitałowej z innym wykonawcą powoduje, iż dalsze podstawy decyzji o wykluczeniu jej z postępowania tracą zasadność. Ponieważ wykonawca nie miał podstaw do składania oświadczenia o pozostawaniu w grupie kapitałowej z innym wykonawcą, Zamawiający nie mógł zostać wprowadzony w błąd, jak również nie zachodziła potrzeba wykazania przed Zamawiającym, iż Odwołująca samodzielnie przygotowała ofertę.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: