

Sygn. akt: KIO 3799/23

KIO 3805/23

WYROK

Warszawa, dnia 9 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Paprocka

Aleksandra Patyk Michał Pawłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BM” M. B.,

B. w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę Z. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „KUMBUD” Z. B.,

w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi

orzeka:

KIO 3799/23

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Zarządowi Lokali Miejskich w Łodzi, w zakresie dotyczącym postępowania w części 1:

1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,

1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy M. B. prowadzącej

działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BM” M. B.,

1.3. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy M. B.

prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BM”

1.4. dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy M. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BM” M. B.;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BM” M. B. tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę 1

tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Zamawiającego Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi na rzecz wykonawcy M. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BM” M. B. kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez tego wykonawcę.

KIO 3805/23

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Zarządowi Lokali Miejskich w Łodzi w zakresie dotyczącym postępowania w części 2:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Adriana Ponikowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Budowlane Adrian Ponikowski,

1.2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Z. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „KUMBUD” Z. B.,

1.3. unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Z. B. prowadzącego działalność

gospodarczą pod firmą P.H.U. „KUMBUD” Z. B.,

1.4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty wykonawcy Z. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „KUMBUD” Z. B..

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Z. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „KUMBUD” Z. B. tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez tego wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od Zamawiającego Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi na rzecz wykonawcy Z. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „KUMBUD” Z. B. kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez tego wykonawcę.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:

KIO 3799/23

KIO 3805/23

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „opracowanie kosztorysów inwestorskich na remonty lokali stanowiących zasób mieszkaniowy Gminy Łódź, administrowanych przez Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi w 2024 r.”, numer referencyjny: DZP.26.169.2023. Ogłoszenie o

zamówieniu zostało umieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 listopada 2023 r., pod nr: 2023/BZP 00502448/01. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych.

KIO 3799/23

W dniu 18 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy M. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „BM” M. B. od czynności wykluczenia Odwołującej z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej „PZP”) oraz od czynności odrzucenia oferty Odwołującej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP.

W związku z powyższym, Odwołująca zarzuciła Zamawiającemu następujące naruszenia:

- 1) art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez błędne przyjęcie, że Odwołująca składająca ofertę na część 1 postępowania oraz jej małżonek składający ofertę na część nr 2 postępowania należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów;
- 2) art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez błędne założenie, że między wykonawcami, tj. Odwołującą składającą ofertę na część 1 postępowania oraz jej małżonkiem składającym ofertę na część nr 2 postępowania zostało zawarte niedozwolone porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującej, ponieważ Odwołująca nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP.

Odwołująca domaga się uwzględnienia odwołania i w konsekwencji nakazania Zamawiającemu, by:

1. unieważnił czynność wykluczenia Odwołującej z postępowania na podstawie art. 108

ust. 1 pkt 5 PZP;

2. unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP
3. dokonał ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Jak uzasadniła Odwołująca, w dniu 4 grudnia 2023 r. na wezwanie Zamawiającego złożyła informację, że nie należy do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP z innymi wykonawcami, którzy złożyli odrębną ofertę w postępowaniu. Zamawiający zaś, wyłącznie na podstawie okoliczności, iż dwaj przedsiębiorcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu (na dwie różne części postępowania), tj. Odwołująca oraz Z. B. P.H.U. „KUMBUD” są małżonkami i posiadają wspólny adres zamieszkania zupełnie błędnie stwierdził, iż pozostają we wspólnej grupie kapitałowej. W ocenie Odwołującej, nie

znajduje to podstawy, gdyż zgodnie z art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez grupę kapitałową rozumie się wszystkich

przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę, a tym samym pomiędzy przedsiębiorcami powinna występować zależność wynikająca ze sprawowania kontroli jednego przedsiębiorcy nad drugim. Zamawiający nie wykazał zaś takiego powiązania między Odwołującą a jej mężem, które pozwalałoby stwierdzić ten rodzaj zależności, w którym można przypisać rolę przedsiębiorcy dominującego oraz zależnego, ani nie przypisał żadnemu z małżonków roli przedsiębiorcy dominującego i zależnego. Nie wykazał również, nad jakimi składnikami majątkowymi miałby przejąć kontrolę małżonek. Co więcej, Odwołująca zarzuca, że Zamawiający nie sprecyzował co miał na myśli i na podstawie jakich dokumentów stwierdził w uzasadnieniu faktycznym podstawy wykluczenia, że „w przedmiotowym postępowaniu na podstawie złożonych dokumentów M. B. jest całkowicie zależna od Z. B., gdyż bez jego wiedzy, wsparcia i doświadczenia nie mogła by zrealizować samodzielnie zamówienia”. Przy czym, ww. ustawa nie definiuje pojęcia „całkowitej zależności”. Odwołująca potwierdziła, że prowadzi działalność gospodarczą samodzielnie, w tym dysponuje pełną samodzielnością w prowadzeniu polityki handlowej, zaś małżonek nie ma żadnego wpływu na podejmowane przez nią decyzje biznesowe. „Samodzielnie wykonuje wszystkie czynności wynikające z prowadzonej działalności gospodarczej wynikające z zobowiązań wobec Urzędu Skarbowego, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Głównego Urzędu Statystycznego oraz zobowiązań wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej.” Co więcej, Odwołująca wskazała, iż aktualnie wykonuje usługę polegającą na wykonywaniu kosztorysów inwestorskich na podstawie umowy nr 236/1/2022 zawartej z Zamawiającym z dnia 17 stycznia 2023 r., w ramach której do dnia 29 listopada 2023 r. Odwołująca wykonała 408 kosztorysów inwestorskich, w terminach umownych i bez uwag 5

oraz wystawiła 22 faktury na łączną kwotę 126.480,00 zł. Faktury zostały zapłacone w całości. Według Odwołującej, fakt, że małżonek zobowiązał się do udostępnienia jej w ramach postępowania doświadczenia i będzie uczestniczył w nim jako podwykonawca (w zakresie wsparcia w organizacji, pomiarach lokali, realizacji i monitoringu wykonywanego zadania, konsultowania, opiniowania i sprawdzania wykonywanych kosztorysów inwestorskich) jest zgodne z warunkami rozdziału VII pkt 6 SWZ i zgodne z prawem. Odwołująca zarzuciła Zamawiającemu również zupełnie bezpodstawne przyjęcie, że pomiędzy Odwołującą a jej mężem zawarte zostało niedozwolone porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji. Według Odwołującej, relacje rodzinne nie przesądzają o zawarciu między wykonawcami porozumienia naruszającego konkurencję. Owszem, Odwołująca zawarła z mężem porozumienie, ale wyłącznie co do wspólnego składania oferty, które nie stanowi jednocześnie porozumienia, którego celem jest zakłócenie konkurencji. Brak ku temu wiarygodnych przesłanek, Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu ani nawet nie uprawdopodobnił, że wykonawcy zawarli niedozwolone porozumienie, nie udowodnił też negatywnych skutków co do unicestwienia konkurencyjności postępowania. Według Odwołującej, która powołała się przy tym na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z 14 listopada 2019 r., KIO 2189/19, wykonawcy ubiegający o udzielenie zamówienia w różnych częściach w żaden sposób ze sobą nie konkurują i nie mają jakiegokolwiek możliwości manipulowania wynikami, np. poprzez wycofywanie ofert. Odwołująca podniosła również, że Zamawiający nie może podejmować czynności wykluczenia na przedmiotowej podstawie w oderwaniu od realiów rynkowych – ilość firm wykonujących usługi kosztorysowe jest bardzo duża, jest to rynek bardzo konkurencyjny. „Usługi kosztorysowe wykonują nie tylko firmy specjalizujące się w wykonywaniu kosztorysów (jak Odwołujący) ale też co najmniej kilkanaście tysięcy firm w Polsce świadczących usługi projektowania architektonicznego, konstrukcyjno-budowlanego i różnego rodzaju instalacji budowlanych oraz różnego rodzaju sieci. Kosztorysy budowlane mogą też wykonywać firmy typowe budowlano-wykonawcze, których w Polsce jest też co najmniej kilkanaście tysięcy.” Zamawiający, m.in. z faktu oświadczenia przez męża Odwołującej, że jest mikroprzedsiębiorcą i podlega zwolnieniu z VAT, miał świadomość, że łączne przychody Odwołującej i jej męża stanowiły wręcz nieznaczący udział w stosunku do przychodów z tytułu wykonywania kosztorysów wszystkich firm w Polsce i mogących złożyć oferty w w/w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołująca policzyła, że przychody wszystkich firm w Polsce z tytułu wykonywania kosztorysów wyniosły w 2021 r. około 85 mln, natomiast domniemane przez Zamawiającego porozumienie dwóch wykonawców stanowi nie więcej niż 0,25% udziału w rynku i jako takie stanowić mogłoby porozumienie bagatelne (mało odczuwalne – zasada de minimis).

W odpowiedzi z dnia 27 grudnia 2023 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie 6

odwołania w całości, jako niezasadnego. Wskazał na okoliczności przemawiające za istnieniem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, takie jak fakt, że: M. B. i Z. B. są małżeństwem, nie posiadającym rozdzielności majątkowej. „Sytuacja majątkowa jednego z małżonków wpływa zatem bezpośrednio na sytuację majątkową drugiego małżonka. Wykonawcy prowadzą działalność pod tym samym adresem, co implikuje bezpośrednie kontaktowanie się obu Wykonawców w sprawach zawodowych, w tym w zakresie warunków i cen realizacji usług, wymianę wiedzy oraz informacji poufnych w zakresie zawodowej działalności. Ceny które zaproponowała M. B. i Z. B. są identyczne tj. 171 000,00 zł, na pierwszą i drugą część zamówienia i to pomimo faktu, że warunki realizacji usługi przez obu wykonawców są różne – Z. B. deklaruje realizację usługi wyłącznie w oparciu o swój własny potencjał. W ofercie złożonej w dniu 29.11.2023 r. dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu M. B. powołuje się na zasoby Z. B. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. doświadczenia, a wraz z ofertą M. B. złożono oświadczenie i zobowiązanie podpisane przez Z. B. w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz że będzie uczestniczył w części 1 w wykonaniu zamówienia wraz z M. B. na podstawie umowy cywilno-prawnej.”

KIO 3805/23

W tym samym dniu, tj. 18 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło również odwołanie wykonawcy Z. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U. „KUMBUD” Z. B. od czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP oraz od czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP.

Według Odwołującego, przez ww. czynności Zamawiający dopuścił się następujących naruszeń:

- 1) art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący składający ofertę na część 2 postępowania oraz jego żona składająca ofertę na część nr 1 postępowania należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów;
- 2) art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez błędne założenie, że między wykonawcami, tj. Odwołującym składającym ofertę na część 2 postępowania oraz jego żoną składającą ofertę na część nr 1 postępowania zostało zawarte niedozwolone porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP poprzez odrzucenie przez Zamawiającego oferty Odwołującego, ponieważ Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP.

Odwołujący wniósł o uwzględnienia odwołanie i nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP;
2. unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP,
3. dokonał ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadnienie odwołania Z. B. jest niemal identyczne w treści, jak uzasadnienie odwołania M. B., opisane powyżej, toteż Izba uznała za zbędne przytaczanie jego treści, z zastrzeżeniem, że Odwołujący Z. B. wskazał dodatkowo w swoim odwołaniu, że nie posiada kontroli w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nad działalnością gospodarczą żony oraz, że w roku podatkowym 2023 osiągnął przychody z działalności gospodarczej znacznie niższe niż jego żona – o około 100 tys. zł.

Odwołujący podniósł ponadto, że okoliczność, iż w przypadku postępowań Zamawiającego o analogicznym przedmiocie na przestrzeni lat wpływa coraz mniej ofert jest skutkiem zastrzania warunków zamówienia przez Zamawiającego, a nie efektem zmyślnego przetargowego.

W odpowiedzi z dnia 27 grudnia 2023 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego, z uzasadnieniem jak przy okazji odwołania KIO 3799/23.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że oba odwołania nie zawierają braków formalnych, zostały wniesione w terminie oraz terminowo zostały uiszczone od nich wpisy w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem żadnego z odwołań na podstawie art. 528 PZP.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla skutecznego wniesienia obu odwołań, określone w PZP, tj. posiadanie przez Odwołującą i Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu na część 2. W postępowaniu, kryterium oceny ofert była cena, przy czym Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Jak słusznie podniósł Odwołujący, „Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie dokonałby wskazanych (...) czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza (...)”. Z kolei, Odwołująca złożyła w postępowaniu jedyną ofertę na część 1. Gdyby jej oferta nie została odrzucona miałaby szansę na jej wybór jako oferty najkorzystniejszej.

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie kosztorysów inwestorskich wraz z przedmiarami robót na remonty lokali stanowiących zasób mieszkaniowy Gminy Łódź, administrowanych przez Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi w podziale na 2 części, zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia – załącznik nr 6 do SWZ i na warunkach określonych w projekcie umowy – załącznik nr 5 do SWZ. Część 1 obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia na terenie RON Północ, RON Zachód oraz częściowo z obszaru RON Centrum w przewidywanej ilości ogółem: 600 szt. Część 2 obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia na terenie RON Południe, RON Wschód oraz częściowo RON Centrum w przewidywanej ilości ogółem: 600 szt. Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, z tym że wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedną dowolnie wybraną część zamówienia (rozdział III ust. 6 Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”). Zamawiający zastrzegł, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych, z tym że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (rozdział VII ust. 3 SWZ). Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania zamówienia (rozdział VII ust. 6 SWZ). W postępowaniu, Zamawiający nie żądał złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia (rozdział VIII ust. 1 SWZ). Do oferty wykonawca zobowiązany był dołączyć oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w zakresie wskazanym przez Zamawiającego na formularzu zawartym w załączniku nr 2 do SWZ (rozdział VIII ust. 2 SWZ).

W postępowaniu, na część 1 zamówienia ofertę złożył tylko jeden wykonawca – M. B. prowadząca działalność pod firmą

P.H.U. „BM” M. B. z ceną brutto 171.000,00 zł, zaś na część 2 ofertę złożyli wykonawcy: 1. Z. B. prowadzący działalność pod firmą P.H.U. „KUMBUD” Z. B. z ceną brutto 171.000,00 zł, 2. Adrian Ponikowski prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Budowlane Adrian Ponikowski z ceną brutto 208.854,00 zł oraz 3. A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Bijokowe A. B. z ceną brutto 398.520,00 zł.

Dnia 13 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o odrzuceniu ofert Odwołujących oraz o wykluczeniu tych wykonawców na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, uzasadniając, że: „Po przeanalizowaniu ofert i dokumentów w postępowaniu złożonych przez ww. Wykonawców zamawiający stwierdził, że: 1. Ceny które zaproponowała M. B. i Z. B. są identyczne tj. 171 000,00 zł, na pierwszą i drugą część zamówienia 2. Adresy prowadzenia działalności gospodarczej są identyczne tj.

Siemianowice Śląskie 41-103, ul. Wyzwolenia 8c/9 3. W ofercie złożonej w dniu 29.11.2023 r. dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu M. B. powołuje się na zasoby Z. B. w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. doświadczenia. 4. Wraz z ofertą M. B. złożyła oświadczenie i zobowiązanie podpisane przez Z. B. w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia oraz że będzie uczestniczył w części 1 w wykonaniu zamówienia wraz z M. B. na podstawie umowy cywilno-prawnej. Cena 100 % (max. 100 pkt.). 5. Wadium zabezpieczające ofertę Z. B., zostało wpłacone z konta M. B., przez M. B..” W efekcie Zamawiający, na podstawie ww. okoliczności i dokumentów, uznał, że M. B. korzysta z potencjału Z. B., co oznacza, iż musiała działać w porozumieniu w celu przygotowania i złożenia oferty. W ocenie Zamawiającego między wykonawcami zostało zawarte niedozwolone porozumienie w sprawie warunków udziału w postępowaniu oraz cen złożonych ofert mające na celu zakłócenie konkurencji i naruszające interes pozostałych przedsiębiorców, którzy postępowali zgodnie z warunkami zamówienia. Niedozwolone porozumienie między wykonawcami doprowadziło do tego, że Z. B. uczestniczyłby w realizacji zamówienia w dwóch częściach i w ten sposób wykonawcy obeszli zapisy SWZ, gdzie zamawiający wyraźnie zastrzegł, że wykonawcy mogą składać ofertę tylko na jedną część zamówienia. Dzięki powoływaniu się na doświadczenie przez jednego z wykonawców oraz ustaleniu cen między wykonawcami podzieliли między siebie całe zamówienie wbrew SWZ. Wykonawcy ci należą, według Zamawiającego, do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zarząd Lokali Miejskich ocenił, że wykonawcy w swoich wyjaśnieniach nie uprawdopodobnili, że obie oferty nie zostały sporządzone niezależnie od siebie. Zamawiający, analizując złożone wyjaśnienia wraz ze złożonymi z ofertą dokumentami, uznał, że pomiędzy ww. wykonawcami doszło do zawarcia nieuprawnionego porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu. Zakłócenie konkurencji w postępowaniu, według Zarządu Lokali Miejskich, mogło doprowadzić do uzyskania przez podmioty zawierające niedozwolone porozumienie oraz należące do jednej grupy kapitałowej zamówienia w zakresie więcej niż jednej części wbrew ograniczeniu wprowadzonemu przez Zamawiającego. Oznacza to wg Zamawiającego, że M. B. i Z. B. wspólnie mieli większe szanse na uzyskanie zamówienia w stosunku do swoich konkurentów i w ten sposób zyskali istotną przewagę konkurencyjną nad innymi przedsiębiorcami ubiegającymi się o zamówienia częściowe udzielane w ramach jednego postępowania.

Przyjmując za podstawę art. 255 ust. 2 PZP, Zamawiający unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w części 1, bowiem wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

W części 2, Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy Usługi Budowlane Adrian Ponikowski.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 2 stycznia 2024 r., w tym w szczególności: - ogłoszenie o zamówieniu,
- Specyfikację Warunków Zamówienia wraz z załącznikami;
- Wezwania do złożenia wyjaśnień skierowane do Odwołujących z dnia 30 listopada 2023 r.;
- Wyjaśnienia złożone przez Odwołujących dnia 4 grudnia 2023 r.,
- oferty Odwołujących;
- Informację z otwarcia ofert z dnia 29 listopada 2023 r.,
- Informację o wynikach postępowania z dnia 13 grudnia 2023 r.
- 2) złożone przez pełnomocnika Odwołującego na rozprawie:
- opracowanie własne wraz z dokumentacją z poprzednich postępowań Zamawiającego.

KIO 3799/23

Odwołująca złożyła w przedmiotowym postępowaniu ofertę na część 1: teren RON Północ, RON Zachód i częściowo obszar RON Centrum, za cenę 171.000 zł brutto, będąc zwolnioną, jak wskazała w ofercie, z podatku VAT na podstawie art. 113 ust. 1 i ust. 9 ustawy o podatku od towarów i usług. W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Odwołująca powołała się na zasoby P.H.U. „KUMBUD” Z. B. w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (warunki dotyczące doświadczenia) pkt VII 1.4 SIWZ i oświadczyła, że powierzy wykonanie części zamówienia temu podwykonawcy w zakresie: „Udostępnienie i przekazanie wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania usług kosztorysowych (związanych z remontem lokali, lub remontem/przebudową budynku/budynków mieszkalnych, użytkowych lub użyteczności publicznej obejmujące swym zakresem min. roboty ogólnobudowlane) o

łącznej wartości minimum 200 000,00 zł brutto. Wsparcie w organizacji, pomiarach lokali, realizacji i monitoring wykonywanego zadania. Każdorazowe konsultowanie, opiniowanie i sprawdzanie wykonywanych kosztorysów inwestorskich.”

Dnia 30 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującą do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 PZP, dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 w zakresie niepodlegania wykluczeniu w postępowaniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, w zakresie wyjaśnienia okoliczności złożenia ofert, celem potwierdzenia, że nie doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a w szczególności czy wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i przedłożenia dowodów, które

w jego ocenie uzasadniają, że składając oferty nie pozostawali w tej samej grupie kapitałowej. Zamawiający wskazał, iż: „Wykonawcy posiadają ten sam adres prowadzonej działalności gospodarczej, a ponadto pozostają we wspólnym związku małżeńskim. Powyższe zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej (orzeczenie z 4 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 885/19) powoduje sytuację, że małżonkowie tworzą więź która oddziałuje na ich majątek i wzajemne relacje. Tym samym fakt pozostawania w związku małżeńskim tworzy sytuację, która w sposób oczywisty może oddziaływać na podstawową zasadę prawa zamówień publicznych tj. zasadę uczciwej konkurencji. Izba uznaje, że błędne jest utożsamianie faktu przynależności do grupy kapitałowej tylko z faktu powiązania kapitałowego wykonawców (spółek kapitałowych). (...). Niewątpliwie taką sytuacją jest fakt pozostawania wykonawców, którzy złożyli oferty w danym postępowaniu w związku małżeńskim. Zdaniem Izby małżonkowie składający oferty w tym samym postępowaniu winni złożyć informację o pozostawaniu w grupie kapitałowej i równocześnie mogą wykazać, że istniejąca między małżonkami więź nie prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co podlega ocenie zamawiającego.”

W odpowiedzi na wezwanie, która wpłynęła do Zamawiającego 4 grudnia 2023 r.,

Odwołująca wskazała, że Zamawiający ograniczył możliwość składania ofert przez Wykonawcę tylko na jedną część zamówienia, traktowaną jako odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia. Podkreśliła, że swoją ofertę przygotowała niezależnie od innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, działała zgodnie z zasadami określonymi przez Zamawiającego w SWZ oraz w żaden sposób nie wpływała na ilość ofert składanych przez innych wykonawców w postępowaniu. Relacje rodzinne Odwołującej czy też udział w mieniu wspólnym nie miały wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. „Prowadzona przeze mnie działalność gospodarcza dysponuje pełną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej a tym samym działa w sposób konkurencyjny. Nasze powiązania rodzinne nie mają przełożenie np. poprzez próbę wpływu na pozycję ofert, czy też ograniczanie dostępu do zamówienia innym podmiotom gospodarczym. Składając ofertę w postępowaniu na część 1 nie zakłóciłem konkurencji w/w postępowaniu.” Do wyjaśnień, Odwołująca załączyła oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu.

KIO 3805/23

Odwołujący złożył ofertę na część 2: teren RON Południe, RON Wschód i częściowo obszar RON Centrum, za cenę 171.000 zł brutto, wskazując na zwolnienie z podatku VAT na podstawie art. 113 ust. 1 i ust. 9 ustawy o podatku od towarów i usług.

Dnia 30 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 PZP, dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1

ust. 1 w zakresie niepodlegania wykluczeniu w postępowaniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, w zakresie wyjaśnienia okoliczności złożenia ofert, celem potwierdzenia, że nie doszło do zawarcia porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a w szczególności czy wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i przedłożenia dowodów, które w jego ocenie uzasadniają, że składając oferty nie pozostawali w tej samej grupie kapitałowej, przedstawiając analogiczne jak w sprawie KIO 3799/23 uzasadnienie.

W odpowiedzi na wezwanie z 4 grudnia 2023 r., Odwołujący wskazał, że Zamawiający ograniczył możliwość składania ofert przez Wykonawcę tylko na jedną część zamówienia, traktowaną jako odrębne postępowanie o udzielenie zamówienia. Podkreślił, że swoją ofertę przygotował niezależnie od innych wykonawców biorących udział w postępowaniu, w tym żony, działał zgodnie z zasadami określonymi przez Zamawiającego w SWZ oraz w żaden sposób nie wpływał na ilość ofert składanych przez innych wykonawców w postępowaniu. Relacje rodzinne Odwołującego, czy też udział w mieniu wspólnym nie miały wpływu na podejmowane decyzje biznesowe. „Prowadzona przez mnie działalność gospodarcza dysponuje pełną samodzielnością w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej a tym samym działa w sposób konkurencyjny. Nasze powiązania rodzinne nie mają przełożenie np. poprzez próbę wpływu na pozycję ofert, czy też ograniczanie dostępu do zamówienia innym podmiotom gospodarczym. Składając ofertę w postępowaniu na część 2 nie zakłóciłem konkurencji w/w postępowaniu.” Do wyjaśnień, Odwołujący załączył oświadczenie o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej z innymi wykonawcami biorącymi udział w postępowaniu.

KIO 3799/23 i KIO 3805/23

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w niniejszym postępowaniu nie zaistniały przesłanki do wykluczenia Odwołujących z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP. Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli zamawiający może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych

przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji, w szczególności jeżeli należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że przygotowali te oferty lub wnioski niezależnie od siebie. Przy interpretacji tego przepisu należy mieć na względzie, iż stanowi on implementację art. 57 ust. 4 lit. d) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. (Dz.Urz. UE L z 2014 r. Nr 94, str. 65), w świetle którego: „Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o 13

udzielenie zamówienia każdego wykonawcę: jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji.” Biorąc to pod uwagę, należy pamiętać, iż na gruncie prawa zamówień publicznych istotna jest regulacja ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie dotyczącym zakazu zawierania porozumień, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W szczególności zakazane jest porozumienie, polegające na zмовie przetargowej, tj. uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny (art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy). W wyroku z 30 września 2020 r. (sygn. KIO 1865/20), Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła – które to wyjaśnienia Izba na gruncie niniejszej sprawy przyjmuje również jako swoje, iż: „Przejawem takiego niedozwolonego porozumienia mogą być przykładowo:

- 1) porozumienia dotyczące ograniczenia składania ofert polegające na rezygnacji ze złożenia oferty w przetargu, aby zwiększyć szanse wygrania innego przedsiębiorcy;
- 2) składanie tzw. ofert rotacyjnych, które polega na tym, że co najmniej dwóch wykonawców startuje w kolejnych postępowaniach ustalając jednocześnie, który z nich składa ofertę najkorzystniejszą w danym przetargu, podczas gdy pozostałe oferty mają stwarzać wrażenie istnienia konkurencyjności;
- 3) ustalanie warunków składanych ofert (np. cen, okresu gwarancji, sposobu postępowania w aukcji, itp.);
- 4) porozumienia dotyczące sposobu postępowania w toku postępowania przetargowego, które ma wpłynąć na wynik postępowania w sposób inny niż wynikający z ustalenia warunków ofert (np. spowodowanie odrzucenia oferty wskutek niezupelnienia dokumentów, wadium itp.);
- 5) składanie ofert wyłącznie w celu wypełnienia formalnego wymogu odpowiedniej liczby ofert niezbędnej do uznania przetargu za ważny,
- 6) składanie tzw. ofert kurtuazyjnych;
- 7) podział rynku opierający się na różnego rodzaju kryteriach np.: kryterium

geograficznym, przedmiotowym, podmiotowym (co do klienta), w takim wypadku najczęściej jeden lub więcej oferentów powstrzymuje się od składania ofert w określonej części rynku, albo składa ofertę nieważną czy też tak niekorzystną, że nie ma szans na wybór (por. W. Dzierżanowski, Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych; k.k. w: k.k. i M.S. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 286; D.M. Reguła rozsądku w prawie

antymonopolowym, Kraków 2004; E.M.W., Ustawa o ochronie konkurencji KIO

648/16).”

W niniejszej sprawie, Izba uznała, że Odwołujący, jakkolwiek zawarli porozumienie co do uczestnictwa w postępowaniu (co też sami przyznali w odwołaniu), to jednak jego celem nie było zakłócenie konkurencji. Uzasadnienie podjętych w postępowaniu czynności, przedstawione przez Zamawiającego jest niewystarczające dla stwierdzenia, że mamy do czynienia z antykonkurencyjnym porozumieniem. Jakkolwiek rację ma Zamawiający podnosząc, iż nie jest w tym wypadku wymagane dysponowanie bezpośrednim dowodem w postaci pisemnego porozumienia określającego bezprawny cel, lecz mimo to w przedmiotowej sprawie Zamawiający w Informacji o wynikach nie wykazał, by zaistniały przesłanki do przyjęcia, że Odwołujący zawarli takie antykonkurencyjne porozumienie.

Przede wszystkim uznać należy, iż małżonkowie B. nie konkurowali ze sobą – złożyli oferty na dwie różne, odrębne części zamówienia. Izba nie widzi w samej czynności wniesienia przez osoby powiązane osobowo ofert na dwie różne części postępowania działania mogącego zakłócić konkurencję, w tym mogącego ograniczyć możliwość konkurowania w tym postępowaniu przez innych wykonawców lub w inny sposób wpłynąć na proces badania i oceny ofert, a co za tym idzie na wybór konkretnej oferty. W tym kontekście zupełnie nieprzekonujący jest argument Zamawiającego, że: „Zakłócenie konkurencji w postępowaniu mogło doprowadzić do uzyskania przez podmioty zawierające niedozwolone porozumienie oraz należące do jednej grupy kapitałowej zamówienia w zakresie więcej niż jednej części wbrew ograniczeniu wprowadzonemu przez Zamawiającego. Oznacza to, że M. B. i Z. B. wspólnie mieli większe szanse na uzyskanie zamówienia w stosunku do swoich konkurentów i w ten sposób zyskali istotną przewagę konkurencyjną nad innymi przedsiębiorcami ubiegającymi się o zamówienie częściowe udzielane w ramach jednego postępowania.” (Informacja o wynikach postępowania z dnia 13 grudnia 2023 r.). W istocie, z tak

sformułowanego uzasadnienia decyzji Zamawiającego nadal nie wynika, na czym owe zakłócenie konkurencji miałyby polegać i w jaki sposób Zamawiający uznał, że Odwołujący małżonkowie wspólnie mieli większe szanse na uzyskanie

zamówienia w stosunku do swoich konkurentów. Nie można a priori uznać, że Pan B. pozornie tylko udostępnił zasoby małżonke, a tak naprawdę sam będzie wykonywał nie tylko zamówienie w części 2, ale również zamówienie w części 1, skoro brak ku takiemu wnioskowaniu stosownych przesłanek, dowodów. W istocie, jak wynika z Zobowiązania z dnia 29 listopada 2023 r. dotyczącego udostępnienia zasobów, Pan B. zobowiązał się udostępnić Pani B. zasoby w zakresie: Udostępnienie wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonywania usług

kosztorysowych (związanych z remontem lokali, lub remontem/przebudową budynku/budynków mieszkalnych, użytkowych lub użyteczności publicznej obejmujące swym zakresem min. roboty ogólnobudowlane) o łącznej wartości minimum 200 000,00 brutto." poprzez: „Przekazanie wiedzy i doświadczenia w celu sporządzenia kosztorysów

inwestorskich. Wsparcie wykonawcy, tj.: P.H.U. „BM” M. B. na każdym etapie wykonania zadania. Wsparcie w organizacji, pomiarach lokali, realizacji i monitoring wykonywanego zadania. Każdorazowe konsultowanie, opiniowanie i sprawdzanie wykonywanych kosztorysów inwestorskich.” W zakresie leżącym po stronie Pana B. a nie leżało ani wykonywanie przedmiarów robót ani opracowywanie kosztorysów inwestorskich, lecz jedynie wsparcie w czynnościach związanych z realizacją przedmiotu zamówienia oraz konsultacja, opiniowanie i sprawdzanie kosztorysów. Co więcej, nie można uznać, jak to wskazał Zamawiający w Informacji o wynikach, jakoby: „Niedozwolone porozumienie między wykonawcami doprowadziło do tego, że Z. B. uczestniczyłby w realizacji zamówienia w dwóch częściach i w ten sposób wykonawcy obeszli zapisy SWZ, gdzie zamawiający wyraźnie zastrzegł, że wykonawcy mogą składać ofertę tylko na jedną część zamówienia.” – wykonawcy nie naruszyli bowiem wskazanego postanowienia SWZ (rozdział III pkt 6 SWZ), żadne z nich nie złożyło oferty na więcej niż jedną część zamówienia, zaś Pan B. udzielając Pani B. zasobów i będąc podwykonawcą w ograniczonym zakresie – nie stał się tym samym wykonawcą, który w rzeczywistości wykona oba zamówienia, a bynajmniej Zamawiający w żaden sposób takiej okoliczności nie wykazał. Zakres udostępnienia zasobów i uczestnictwa Pana B. a w wykonywaniu zamówienia w części 1 – nie wyczerpuje zakresu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu Zamówienia (rozdział III SWZ, załącznik nr 6 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia). Nie ulega wątpliwości, iż zarówno korzystanie z zasobów, jak też podwykonawstwo, było dopuszczalne.

Iżba nie podziela również poglądu, iż Zamawiający miał podstawy, by uznać, że odwołujący małżonkowie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z zawartym w art. 4 pkt 14 tej ustawy słowniczkiem obejmującym definicję legalną „grupy kapitałowej”, rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. O kontroli może być zaś mowa, gdy mamy do czynienia z jakąkolwiek formą bezpośredniego lub pośredniego posiadania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców (art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów). 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 16

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.

Zamawiający nie wykazał zaś, by którykolwiek z Odwołujących miał kontrolę – w rozumieniu ww. przepisów nad drugim, a tym samym nie wykazał, by małżonkowie B. tworzyli grupę kapitałową w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Fakt, że Odwołujący prowadzą działalność gospodarczą pod tym samym adresem, że Pani B. w swojej ofercie powołała się na zasoby Pana B., czy też nawet, że wadium co do oferty Z. B. zostało zapłacone z konta M. B. – nie świadczy o tym, by którykolwiek z małżonków miał kontrolę nad drugim. Zauważyć należy, iż w momencie składania ofert pomiędzy małżonkami istniał ustrój majątkowej wspólności ustawowej, co oznacza, że mieli oni równe udziały i prawa w całym małżeńskim majątku. Zgodnie z art. 36 § 1 i 2 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, oboje małżonkowie są obowiązani współdziałać w zarządzie majątkiem wspólnym oraz każdy z małżonków może samodzielnie zarządzać majątkiem wspólnym. Zamawiający nie ustalił zaś, by którykolwiek małżonek miał decydujący wpływ na drugiego małżonka lub kontrolę nad majątkiem drugiego. Okoliczności posiadania większej wiedzy i doświadczenia przez Pana B. a – nie przekłada się na stosunek dominacji nad drugim przedsiębiorcą – Panią B.. Pani M. B. nie jest zależna od Pana B. a w tym znaczeniu, że Pan B. może wydawać jej obiektywnie wiążące polecenia, w szczególności co do wykonywania zamówienia. A już na pewno stosunek zależności nie tworzy się – jak uznał Zamawiający – przez to, że Pan B. ma większe doświadczenie i będzie wspierał Panią B.. Co więcej, gdyby dać się przekonać Zamawiającemu, że wskazane

poszlaki, a w istocie sam już fakt więzi osobowych – tutaj małżeńskich – wystarczy do uznania, że małżonkowie B. nie powinni byli składać dwóch ofert w tym postępowaniu, oznaczałoby to dopuszczenie do znacznego ograniczenia konkurencji na gruncie krajowym, a nawet unijnym. Według bowiem utartego w tym względzie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości, w kontekście jednolitego rynku wewnętrznego i skutecznej konkurencji w interesie Unii Europejskiej pozostaje zapewnienie, by w przetargu uczestniczyła jak największa liczba oferentów. Co za tym idzie, istotne jest zachowanie zasady proporcjonalności w przypadku decydowania o wykluczeniu 17

wykonawców z postępowania z uwagi na domniemane zawarcie porozumienia zakłócającego konkurencję. W wyroku z dnia 19 maja 2009 r. (sygn. C-538/07, Assitur), Trybunał Sprawiedliwości wskazał, iż uregulowania krajowe, w zakresie w jakim rozciągają zakaz udziału w tej samej procedurze udzielania zamówień publicznych na sytuacje, w których łączący zainteresowane przedsiębiorstwa stosunek dominacji nie ma wpływu na ich zachowania w ramach takich procedur, wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu w postaci zapewnienia stosowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Powyższe należy tym bardziej odnieść do sytuacji, w której brak możliwości wskazania na stosunek dominacji i zależności, a wykonawców wiąże jedynie więź osobowa, jak w przypadku małżonków B.. Jak podkreślił Trybunał: „Takie uregulowanie, oparte na niewzruszalnym domniemaniu, że poszczególne, powiązane ze sobą przedsiębiorstwa, przedstawiając swe oferty w tym samym przetargu, bezwzględnie na siebie wpływały, narusza zasadę proporcjonalności, ponieważ nie pozostawia tym przedsiębiorstw żadnej możliwości wykazania, że w ich przypadku nie istnieje realne ryzyko występowania praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję między oferentami (zob. podobnie wyrok z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych *Fabricom*, Zb.Orz. s. I-1559, pkt 33, 35; ww.w sprawie *Michaniki*, pkt 62). Natomiast samo stwierdzenie, że zainteresowane przedsiębiorstwa pozostają względem siebie w stosunku dominacji z uwagi na stosunek własności lub ilość głosów na zwyczajnym zgromadzeniu wspólników, nie wystarczy do tego, by instytucja zamawiająca mogła wykluczyć automatycznie te przedsiębiorstwa z procedury udzielenia zamówienia publicznego bez dokonania weryfikacji, czy taki stosunek miał wpływ na zachowanie każdego z tych przedsiębiorstw w ramach danego postępowania.” W ocenie Izby, Zamawiający tak właśnie postąpił w niniejszym postępowaniu – przyjął niewzruszalne domniemanie, że więź małżeństwa, wspólny adres itd. stanowią niezbicie o zawarciu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji. Na gruncie niniejszego

postępowania, Izba podziela pogląd wyrażony przez Izbę orzekającą w innym składzie w wyroku z dnia 4 czerwca 2021 r. (sygn. KIO 1083/21), 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 18

same części zamówienia nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia, a jedynie wskazuje na konkurowanie o to samo zamówienie.” Tym bardziej zaś złożenie dwóch ofert na dwie różne części samo przez się nie powoduje zwiększenia szansy uzyskania zamówienia. W nieco podobnym stanie faktycznym, z tą różnicą, że wykonawcami podejrzewanymi o zawarcie porozumienia nie byli małżonkowie, lecz powiązane spółki, orzekła Izba w wyroku z 15 lipca 2019 r. (sygn. KIO 1247/19) uznając, że: „Powyższe porozumienie – w okolicznościach danej sprawy – nie świadczyło jednak o tym, że cel tego porozumienia miał na celu ograniczenie konkurencji między wykonawcami. Podkreślenia wymagał kluczowy fakt, że odwołujący (...) polegając wzajemnie na swym doświadczeniu i osobach, złożyli oferty w odrębnych częściach postępowania. Podział zamówienia na części oznaczał, że w każdej z tych części funkcjonował odrębny opis przedmiotu zamówienia, warunki, kryteria oceny ofert itp. Tego rodzaju postępowanie toczy się celem udzielenia odrębnych i niezależnych od siebie zamówień w każdej z części. Powyższe oznaczało, że obaj odwołujący żadną miarą nie konkurowali ze sobą w analizowanym postępowaniu. Zamawiający przyznał zresztą w trakcie rozprawy dwukrotnie, że odwołujący (...) między sobą nie konkurowali. Podział zamówienia i złożenie ofert na różne części oznaczał, że odwołujący nie mieli jakiegokolwiek możliwości manipulowania wynikami postępowania w części 1 ani 2, np. wycofywania ofert na korzyść drugiego, uzgadniania działań wobec innych wykonawców itp.” Rację mają zatem Odwołujący, iż zmowa mogłaby być realna w przypadku złożenia oferty w ramach jednej części zamówienia oraz, że Zamawiający nie wskazał na czym miałyby polegać porozumienie antykonkurencyjne małżonków, w szczególności w kontekście art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Nadto, również Pan B. w toku rozprawy oświadczył, iż nie konkurował z żoną w tym postępowaniu.

Izba podziela również stanowisko Odwołujących, iż fakt, że w przypadku postępowań Zamawiającego o analogicznym przedmiocie na przestrzeni lat wpływa coraz mniej ofert może być wyłącznie skutkiem zaostrzania warunków zamówienia przez Zamawiającego, a nie efektem zмовы przetargowej Odwołujących, do której wszak nie doszło.

Mając to na uwadze, nieprawidłowe było wykluczenie z postępowania Odwołujących, gdyż nie zaistniały przesłanki, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP. Co za tym idzie, całkowicie pozbawione podstaw prawnych było odrzucenie ofert tych wykonawców, a w zakresie dotyczącym części 1 zamówienia, również unieważnienie postępowania. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pkt 1 zw. z art. 556 PZP, orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz 19

wysokości i sposobu pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca:

