

**Sygn. akt: KIO 1293/13**

**WYROK**

**z dnia 12 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**

**Izabela Kuciak**

**Marek Koleśnikow**

**Sylwester Kuchnio**

**Protokolant:**

**Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 czerwca 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2013 r. przez **Odwołującego** – Impel Catering Company sp. z o.o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Szpital im. Świętej Jadwigi Śląskiej, ul. Prusicka 53-55, 55-100 Trzebnica,

przy udziale **Wykonawcy** - SOPRA Sp. z o.o., ul. Przybyszewskiego 255/267, 92-338 Łódź, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – Impel Catering Company Sp. z o.o., Sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – Impel Catering Company sp. z o.o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwolującego** – Impel Catering Company sp. z o.o. sp. k., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, na rzecz **Zamawiającego** - Szpital im. Świętej Jadwigi Śląskiej, ul. Prusicka 53-55, 55-100 Trzebnica, kwotę **3.868 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest świadczenie usług w zakresie przygotowywania i dostarczania posiłków. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 marca 2013 r. pod numerem 2013/S 052-085443.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3, 4, 5, art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2b i 2d ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy Sopra Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, mimo że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje na temat spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu, złożył nieprawdziwe oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz o braku przynależności do grupy kapitałowej, jak również nie złożył listy podmiotów należących do grupy kapitałowej,
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez wadliwe wezwanie wykonawcy Sopra Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego wykonawcy Sopra Sp. z o.o.,
- 5) art. 91 ust 1 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,
- 6) art. 186 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez niewykonanie przez Zamawiającego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 857/13).

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy Sopra Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3, 4, 5 oraz art. 24b ust. 3 ustawy Pzp, odrzucenia oferty wykonawcy Sopra Sp. z o.o. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert ważnych.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wyjaśnił, iż w dniu 4 kwietnia 2013 r., na podstawie przekazanego przez Zamawiającego zawiadomienia, powziął informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Na powyższą czynność Zamawiającego Odwołujący złożył odwołanie w dniu 12 kwietnia 2013 r. W wyniku uwzględnienia przez Zamawiającego

odwołania w całości, Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 23 kwietnia 2013 r. postanowienie o umorzeniu postępowania (sygn. akt: KIO 857/13). Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Sopra Sp. z o.o., który nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości. Zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert i w dniu 14 maja 2013 r. oraz w dniu 20 maja 2013 r. wezwał wykonawcę Sopra Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W dniu 24 maja 2013 r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o ponownym wyborze oferty wykonawcy Sopra Sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgadza się z taką decyzją Zamawiającego. W pierwszej kolejności Odwołujący stwierdza, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej została dokonana przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem przepisu art. 186 ust. 2 i 3 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca Sopra Sp. z o.o., który nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości. Skoro zatem w postępowaniu odwoławczym Przystępujący zrezygnował z uprawnienia do złożenia sprzeciwu, to konsekwentnie wobec umorzenia przez KIO postępowania odwoławczego, Zamawiający ma obowiązek wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Odwołujący wyjaśnił, że w pierwszym odwołaniu - wskazując naruszenie przepisów ustawy Pzp - żądał, aby wybrany wykonawca Sopra Sp. z o.o. został wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3, 4, 5 ustawy Pzp. Oferta tego Wykonawcy winna była zostać również odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wbrew powyższemu żądaniu, czynność badania i oceny oferty została dokonana przez Zamawiającego z rażącym naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, w niniejszej sprawie wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i konieczności odrzucenia oferty wybranego Wykonawcy w związku z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ nie było żadnych podstaw, zdaniem Odwołującego, do uruchamiania procedury uzupełniania dokumentów, przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po drugie, Zamawiający, uwzględniając zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, winien dokonać wykluczenia Wykonawcy, gdyż złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Jeżeli więc Zamawiający stwierdził, że Wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje, to Zamawiający nie miał podstaw prawnych do żądania od Wykonawcy, ewentualnego zastąpienia informacji nieprawdziwej informacją prawdziwą w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż dopuszczalne jest tylko uzupełnianie dokumentów niezłożonych lub wadliwych, a nie dokumentów, które zawierają informację nieprawdziwą.

Niezależnie od powyższego - mimo próby uzupełnienia dokumentów - wybrany Wykonawca, w ocenie Odwołującego, nadal podlega wykluczeniu na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3, 4, 5, art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2b i 2d ustawy Pzp, gdyż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu oraz złożył nieprawdziwe informacje na temat spełniania przez siebie warunków udziału w postępowaniu, złożył nieprawdziwe oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia oraz o braku przynależności do grupy kapitałowej. Oferta nadal podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podaje, że Zamawiający wezwał do uzupełnienia oświadczenia Gastro Serwis Sp. z o.o. z zobowiązaniem o udostępnieniu potencjału w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wybrany Wykonawca przedstawił nowe oświadczenie podmiotu udostępniającego. Z treści oświadczenia wynika, że przekazanie wiedzy i doświadczenia polegać będzie na szkoleniu pracowników Sopra Sp. z o.o. w zakresie działań koniecznych do realizacji zamówienia oraz na udostępnieniu specjalistycznej wiedzy związanej ze zbiorowym żywieniem w postaci receptur, jadłospisów i technologii produkcji.

Odwołujący stwierdza, że oświadczenie o udostępnieniu potencjału jest wadliwe. Z treści oświadczenia nie wynika, aby podmiot udostępniający miał występować przy realizacji usługi jako podwykonawca. Podkreśla, że w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż dysponowanie wiedzą i doświadczeniem innego podmiotu wymaga uczestnictwa tego podmiotu w realizacji zamówienia (orzeczenie KIO z dnia 13 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1288/10). Powołuje się również na opinię prawną Prezesa UZP, zawartą w kwartalniku UZP nr 11/2011. W tych okolicznościach, zdaniem Odwołującego, wykonawca ten winien zostać zatem wykluczony, gdyż nie spełnia warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Dalej Odwołujący podnosi, że Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia Wykazu usług. Wykonawca przedstawił - zamiast własnego wykazu - Wykaz usług wykonawcy Gastro Serwis Sp. z o.o., który nie składał oferty w niniejszym postępowaniu. Wykaz usług został podpisany przez prokurenta P..... D..... w imieniu Gastro Serwis Sp. z o.o.

Jak podaje Odwołujący, Zamawiający wezwał również Przystępującego do uzupełnienia dokumentu referencji wystawionej przez WSS im. Biegańskiego w Łodzi. Wybrany Wykonawca nie uzupełnił tej referencji.

Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia Wykazu osób w związku danymi Ł..... O..... zd. B..... Wybrany Wykonawca przedstawił Wykaz opatrzony datą 26 marca 2013 r. Mając na uwadze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący podnosi, iż w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać uzupełnienia dokumentu wyłącznie jeden raz. Tymczasem, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 29 marca 2013 r., Wykonawca w dniu 2 kwietnia 2013 r. złożył już raz

poprawiony Wykaz osób oraz dyplom Ł..... O..... Uzupełniony przez wybranego Wykonawcę wykaz nie został wówczas opatrzony żadną datą, zatem nie może stanowić dokumentu, który potwierdza spełnienie warunku udziału na dzień składania ofert. Nie ma żadnych podstaw do ponownego wzywania Wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób, zatem Zamawiający nie miał podstaw do stosowaniu w tym wypadku trybu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaś Wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący podaje, iż w piśmie z dnia 14 maja 2013 r. Zamawiający zwrócił się o uszczegółowienie informacji w zakresie użytych osób przez Gastro Serwis Sp. z o.o., które mają częściowo wykonywać pracę na rzecz spółki Sopra Sp. z o.o. Wykonawca nie udzielił w tym zakresie żadnych wyjaśnień. Również oświadczenie Gastro Serwis Sp. z o.o. o udostępnieniu potencjału nie zawiera żadnych informacji, dotyczących sposobu wykorzystania zasobów ludzkich.

Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, iż wykonawca Sopra Sp. z o.o. posiada wdrożony system HACCP (w szczególności GHP/GMP) w miejscu wykonywania usługi w jednostce. Wybrany Wykonawca przedstawił zaświadczenie I..... R....., w którym stwierdzono, że spółka Sopra Sp. z o.o. opracowała i wdrożyła do stosowania HACCP w kuchni w Rawiczu przy ul. Grota Roweckiego 6. Poza powyższym oświadczeniem, co do którego mocy prawnej i wiarygodności, zdaniem Odwołującego, istnieją uzasadnione wątpliwości - Wykonawca nie przedstawił żadnego stosownego certyfikatu lub innego dokumentu potwierdzającego przeprowadzenie właściwego auditu przez podmiot certyfikujący w celu wdrożenia systemu HACCP.

Odwołujący zauważa, że to spółka Gastro Serwis Sp. z o.o. jest stroną umowy ze Szpitalem Powiatowym Sp. z o.o. w Rawiczu. Spółka Sopra z o.o. nie jest stroną umowy z tym Zamawiającym, nie jest zapewne również podwykonawcą, bo gdyby była, to nie korzystałaby z udostępnienia potencjału w tym zakresie. Skoro usługa na rzecz Zamawiającego wykonywana jest przez Gastro Serwis Sp. trudno sobie wyobrazić, w ocenie Odwołującego, aby jakkolwiek podmiot certyfikujący dokonał certyfikacji takiego podmiotu w zakresie HACCP na obiekcie, na którym ten podmiot nie wykonuje żadnej usługi. Wobec powyższego Wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż kolejny raz składa nieprawdziwe informacje. Z uwagi, iż treść oferty wybranego Wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta jego winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalej Odwołujący wyjaśnia, że Zamawiający wezwał wybranego Wykonawcę do uzupełnienia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 25 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp wraz z prawidłowym

oświadczeniem zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ. W odpowiedzi Wykonawca złożył oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej oraz przedstawił listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej. Na liście znalazły się dwa podmioty: Sopra Sp. z o.o. oraz Gastro Serwis Sp. z o.o.

Odwołujący stwierdza, że J..... D..... w spółce Gastro Serwis Sp. z o.o. występuje jako prezes zarządu oraz jest również wspólnikiem tej spółki, zaś w spółce Sopra Sp. z o.o. występuje jako prezes zarządu oraz jest również wspólnikiem tej spółki. Podmioty te zatem bezspornie należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.). Odwołujący stoi na stanowisku, że złożona przez Wykonawcę lista podmiotów nie jest kompletna, gdyż nie obejmuje wszystkich podmiotów znajdujących się w grupie kapitałowej, a przez to wadliwa na gruncie przepisu art. 24b ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 25 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Dla przykładu Odwołujący podaje, że J..... D..... jest także prezesem Zarządu w spółce TPO Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, w której jest również wspólnikiem tej spółki. W konsekwencji uznać należy, że grupa kapitałowa kontrolowana przez prezesa D....., w ocenie Odwołującego, może obejmować także inne spółki. Zgodnie z art. 24b ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp. Zamawiający winien również wykluczyć Wykonawcę na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W dniu 12 kwietnia 2013 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy Sopra Sp. z o.o., zarzucając Zamawiającemu w szczególności naruszenie przepisów: art. 24 ust. 2 pkt 3, 4, 5 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b i 2d ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Sopra Sp. z o.o.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2013 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Przystępujący wobec przedmiotowego stanowiska Zamawiającego nie wniósł sprzeciwu.

Pismem z dnia 6 maja 2013 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanej w dniu 4 kwietnia 2013 r.

Następnie Zamawiający wezwał wykonawcę Sopra Sp. z o.o., w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia (pismo z dnia 14 maja 2013 r):

1. *„dokumentów potwierdzających, że Wykonawca polegając na zasobach Gastro Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ul. Przybyszewskiego 255/267 będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności: zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*
2. *Wykazu osób potwierdzającego spełnienie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 27.03.2013 r.*
3. *dokumentów potwierdzających, iż Wykonawca posiada wdrożony system HACCP (w szczególności GHP/GMP) w miejscu wykonywania usługi w jednostce”.*

W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał, że z treści zobowiązań, jak i z pozostałych dokumentów złożonych z ofertą nie wynika, iż wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia publicznego oraz potencjału finansowego podmiotu trzeciego, zaś w formularzu oferty Przystępujący złożył oświadczenie, że wykona zamówienie, bez udziału podwykonawców.

Zamawiający zwrócił uwagę, że zobowiązanie Gastro Serwis Sp. z o.o. nie zawiera szczegółowych informacji, o których mowa w pkt 1. Odnośnie Wykazu usług wraz z referencjami Zamawiający stwierdził, że *„oświadczenie Gastro Serwis Sp. z o.o. jest ogólne, gdyż nie wiadomo, o jaki wykaz i o jakie referencje chodzi, tym bardziej, iż ww. wykaz został podpisany tylko przez Panią L..... P....., będącą osobą upoważnioną do reprezentowania Wykonawcy. Ponadto nie wiadomo na czym polega przekazanie wiedzy i doświadczenia Państwa firmie. Oświadczenie nie dowodzi, że Wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego.”* Zdaniem Zamawiającego, oświadczenie nie zawiera szczegółowych danych określonych w pkt 1 wezwania.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że w Wykazie usług, wymieniono usługę realizowaną *„na rzecz WSS im. Biegańskiego w Łodzi wykonywaną od 01.09.2010 r. do 31.08.2012 r., ale referencja należytego wykonania usługi została wystawiona w dniu 09.11.2010 r., a więc zaledwie po 2 miesiącach wykonania usługi, Wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku może złożyć dokument potwierdzający należyte wykonanie lub wykonywanie tej usługi, wystawiony po upływie 12 miesięcy wykonywania usługi.”*



Zamawiający podał również, że: „Do oferty załączyli Państwo wykaz osób zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ, w którym wymienili Państwo m.in. Kucharza - Panią Ł..... O..... zd. B.....: Wykształcenie - Zespół Szkół Ekonomicznych w Lesznie, nr dyplomu 18939. Natomiast załączone przez Państwa Świadectwo Pani O..... dotyczyło ukończenia Szkoły Zasadniczej Zawodowej w zawodzie kucharz i ma nadany nr 15491. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy PZP, Zamawiający wezwał Państwa do złożenia wyjaśnień powyższych rozbieżności. W odpowiedzi przesłali Państwo poprawiony wykaz osób (wg załącznika nr 4 do SIWZ) oraz dyplom p. Ł..... O..... Wykaz ten jednak nie został opatrzony datą, w związku z czym, Zamawiający nie może uznać, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.”

Zamawiający zwrócił uwagę, że z ofertą przedłożono pismo Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Rawiczu, z którego wynika, iż to firma Gastro Serwis Sp. z o.o. posiada wdrożony system HACCP a nie Wykonawca.

Zamawiający wezwał również, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp „do wyjaśnienia czy w ofercie złożono prawdziwe oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ. Zgodnie z SIWZ Wykonawca miał załączyć do oferty listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy PZP, albo informację o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. W ofercie oświadczyli Państwo, że nie należą do grupy kapitałowej, natomiast z treści zobowiązania firmy Gastro Serwis Sp. z o.o. o udostępnieniu potencjału wynika, iż jest ona w 100% właścicielem spółki Sopra Sp. z o.o. Informacja ta wynika również z treści KRS spółki Sopra Sp. z o.o.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 16 maja 2013 r.) Przystępujący przedłożył m.in. zobowiązanie Gastro Serwis Sp. z o.o., Wykaz usług wraz z referencjami, dokument potwierdzający, że Sopra Sp. z o.o. posiada wdrożony system HACCP.

Z treści zobowiązania wynika, że Gastro Serwis Sp. z o.o. zobowiązuje się udostępnić Przystępującemu:

1. potencjał techniczny w postaci: pomieszczenia kuchni przy Szpitalu Powiatowym Sp. z o.o. w Rawiczu przy ul. Grota Roweckiego 6 wraz z decyzją Państwowego Powiatowego Inspektora Sanitarnego w Rawiczu.
2. osoby zdolne do wykonania wskazanego zamówienia publicznego: A..... K....., Ł..... O....., J..... S....., B..... W.....
3. wiedzę i doświadczenie: Wykaz usług wraz z referencjami.
4. potencjał finansowy: Informacja z banku.

W treści zobowiązania zawarta jest następująca informacja: „Wykaz usług firmy Gastro Serwis Sp. z o.o. został złożony jako załącznik nr 3 do SIWZ w postępowaniu ZP/3/2013, prowadzonym przez Szpital im. Św. Jadwigi Śląskiej w Trzebnicy wraz z referencjami z III

*Szpitala Miejskiego im. K. Jonschera w Łodzi i z Wojewódzkiego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie w Lubiążu. Przekazanie wiedzy i doświadczenia polegało na:*

- *Szkoleniach dla pracowników Sopra Sp. z o.o. w zakresie działań koniecznych do realizacji zamówienia.*
- *Udostępnieniu specjalistycznej wiedzy związanej ze zbiorowym żywieniem w postaci receptur potraw, jadłospisów i technologii produkcji koniecznej do realizacji usługi w sposób właściwy.”*

Wraz o odpowiedź na wezwanie Przystępujący przedłożył również Wykaz osób, w którym wskazano m.in. Ł..... O..... zd. B....., w zakresie wykształcenia podano: Zasadniczą Szkołę Zawodową w Rawiczu (nr świadectwa 15491) i Zespół Szkół ekonomicznych w Lesznie (nr dyplomu 18939).

Przystępujący przedłożył również Wykaz głównych usług, w którym wskazano na usługi realizowane na rzecz III Szpitala Miejskiego im. K. Jonschera w Łodzi i Wojewódzkiego Szpitala dla Nerwowo i Psychicznie w Lubiążu. Wykaz podpisał P..... D..... w imieniu Gastro Serwis Sp. o.o.

Do przedmiotowej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zostało dołączone również zaświadczenie wydane przez I..... R....., auditora wewnętrznego systemu HACCP TÜV NORD Polska sp. z o.o., w którym potwierdzono, że Sopra Sp. z o.o. opracowała i wdrożyła do stosowania w bieżącej działalności zasady Dobrej Praktyki Higienicznej oraz Dobrej Praktyki Produkcyjnej i system HACCP zgodny z wymaganiami Codex Alimentarius w kuchni cateringowej zlokalizowanej w Rawiczu przy ul. Grota Roweckiego 6.

Przystępujący wyjaśnił również, że *„oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej jest zgodne z prawdą. Artykuł 24 ust.2 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych mówi o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, co inni wykonawcy, którzy złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu. Sopra Sp. z o.o. nie należy do grupy kapitałowej z żadnym innym wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Zgodnie z powołanym przepisem wykluczeniu z postępowania nie podlega wykonawca, który należy do jakiegokolwiek grupy kapitałowej, lecz wyłącznie ten, który należy do grupy kapitałowej z jakimkolwiek innym wykonawcom, składającym odrębną ofertę w tym samym postępowaniu. Taka zaś sytuacja w odniesieniu do Sopry Sp. z o.o. nie zachodzi.”*

Pismem z dnia 20 maja 2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Sopra Sp. z o.o., w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, *„do złożenia listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej.”* W uzasadnieniu wezwania Zamawiający wskazał,

ze „na podstawie art. 26 ust. 2d ustawy Pzp wymagał od Wykonawców, zgodnie z Rozdz. XIII pkt 2 ppkt 3 SIWZ, złożenia w ofercie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, albo informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej. W ofercie oświadczyli Państwo, że nie należą do grupy kapitałowej, natomiast z treści oferty oraz z treści dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.05.2013 r. wynika, iż firma Gastro Serwis Sp. z o.o. (...) należy wraz z firmą Sopra Sp. z o.o. do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.). Mając na uwadze powyższe, Wykonawca powinien złożyć ww. listę podmiotów oraz oświadczenie, że należy do grupy kapitałowej (zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ), nawet jeśli członek grupy kapitałowej nie złożył w tym samym postępowaniu oferty.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 21 maja 2013 r.) wykonawca Sopra Sp. z o.o. przedłożył załącznik nr 6 do SIWZ „Informację o należeniu do grupy kapitałowej”, wskazując, że do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp należą Sopra Sp. z o.o. oraz Gastro Serwis Sp. z o.o.

Zamawiający dokonując oceny uzupełnionych dokumentów stwierdził, że potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu i jako najkorzystniejszą ofertę ponownie wybrał ofertę złożoną przez wykonawcę Sopra Sp. z o.o. (pismo z dnia 24 maja 2013 r.).

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż czynności wykonywane przez zamawiających po uwzględnieniu odwołania w sposób niezgodny z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, będą podlegały ponownej kontroli wykonawców w ramach środków ochrony prawnej, a tym samym ocenie Izby względem ich zgodności z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie. Jedynie czynności wykonane zgodnie z żądaniami zawartymi w uwzględnionym odwołaniu, takiej kontroli podlegać nie będą – odwołanie będzie odrzucone na podstawie art. 185 ust. 6 i 189 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Samo wskazanie w przepisie art. 186 ust. 3 ustawy Pzp, iż zamawiający po uwzględnieniu odwołania i umorzeniu postępowania przez Izbę wykonuje czynności zgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wywiera jedynie skutek w sferze środków ochrony prawnej. Przepis ten nie stanowi samodzielnej normy materialnoprawnej, której naruszenie stanowiłoby podstawę do nakazania zamawiającemu dokonania jakichkolwiek czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Czynności wykonane przez zamawiającego

w sposób inny niż żądano w uwzględnionym odwołaniu, stanowią po prostu czynności inne i odrębne, od tych, których uwzględnione odwołanie dotyczyło, i jako takich norma art. 186 ust. 3 ustawy Pzp nie będzie dotyczyć. Jakkolwiek adresatem przepisu jest zamawiający, to jednak dokonywana przez niego czynność uwzględnienia w całości zarzutów jest elementem postępowania odwoławczego prowadzonego przed Izbą (i w jego sferze wywołuje skutki prawne), nie zaś elementem postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający, który postanowił uznać w całości zarzuty, powinien zgodnie z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp uczynić zadość wszystkim żądaniom odwołującego, jednakże powtarzając swoje czynności musi mieć przede wszystkim na uwadze cel postępowania o udzielenie zamówienia, tj. zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie będzie obciążona żadną wadą. Stąd też, podejmując każdą czynność w toku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający winien kierować się obowiązującymi przepisami. Tym samym nie powinien czynić zadość żądaniom odwołującego, których wykonanie stanowiłoby naruszenie przepisów prawa.

Reasumując stwierdzić należy, iż uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów podniesionych w odwołaniu, wobec braku sprzeciwu, kreuje obowiązek umorzenia postępowania przez Izbę. Jakkolwiek zaś uwzględnienie zarzutów obliguje zamawiającego do podjęcia czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, to jednakże ocena Izby nie może być dokonywana przez pryzmat żądań sformułowanych w poprzednim odwołaniu, bowiem oznaczałoby to, iż Izba podejmuje rozstrzygnięcie względem zarzutów uprzednio podniesionych w odwołaniu, co jest niedopuszczalne biorąc pod uwagę fakt, że umorzenie postępowania znosi skutki prawne, jakie ustawa wiąże z wniesieniem odwołania. Skoro Izba nie podejmuje rozstrzygnięcia (merytorycznego) w tamtym postępowaniu odwoławczym, a czynności zamawiającego związane z umorzeniem postępowania pozostają poza postępowaniem odwoławczym, to nie można wiązać ich rozpatrywania na gruncie niniejszego postępowania z poprzedzającym postępowaniem odwoławczym. Należy je zaś traktować jako nowe czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które podlegają ocenie w świetle obowiązujących przepisów prawa. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony. Analogicznie należy ocenić zarzut naruszenia przepisu art. 186 ust. 2 ustawy Pzp z tym jednakże zastrzeżeniem, że za jego oddaleniem przemawia już chociażby fakt, iż okoliczności faktyczne objęte hipotezą normy prawnej, zawartej we wskazanym przepisie, nie obejmują tych, które miały miejsce w niniejszej sprawie.

Zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub

zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Z powyższego przepisu wynika uprawnienie dla wykonawcy skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, w sytuacji, gdy samodzielnie nie zdołałby spełnić warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego, a jednocześnie obowiązek wspomnianego wykonawcy udowodnienia zamawiającemu możliwości dysponowania określonymi zasobami przez czas realizacji zamówienia w celu jego wykonania.

W ocenie Izby, udostępnienie wiedzy i doświadczenia, które nastąpi w oparciu o przeprowadzone szkolenia dla pracowników Przystępującego i transfer receptur, jadłospisów i technologii produkcji, przy uwzględnieniu okoliczności, że zamówienie będzie realizowane w oparciu o zasoby osobowe zarówno Przystępującego, jak i podmiotu udostępniającego potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia, pozwala na stwierdzenie, że udostępnienie spornych zasobów nie ma jedynie charakteru blankietowego i potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie przygotowywania i dostarczania posiłków konieczny jest udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Takiego wymogu nie stawiają bowiem obowiązujące przepisy, istotne jest zaś faktyczne dysponowanie tym potencjałem, co wykonawca winien udowodnić. Źródło i rodzaj zobowiązania oraz ocena okoliczności faktycznych przesądzają o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu. Oceny tej nie sposób również dokonywać w oderwaniu od sformułowanego warunku udziału w postępowaniu.

Jeśli więc Zamawiający wymagał doświadczenia w przygotowywaniu i dostarczaniu posiłków, a wykonawca powołuje się na wiedzę podmiotu trzeciego w tym zakresie, zaczerpniętą w toku szkoleń i z przekazanych receptur oraz technologii produkcji, przy jednoczesnym wsparciu pracowników podmiotu udostępniającego potencjał, to brak podstaw do twierdzenia, że Przystępujący warunku wiedzy i doświadczenia w opisanych okolicznościach faktycznych nie spełnił. W ocenie Izby, powołanie się na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego nie wymaga każdorazowo jego udziału w charakterze podwykonawcy. Dotyczy to w szczególności zamówień o małym stopniu skomplikowania, jeśli chodzi o ich przedmiot, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu.

Nie należy również zapominać, że wprowadzenie regulacji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp miało na celu zwiększenie konkurencyjności na rynku zamówień publicznych a nie umacnianie pozycji podmiotów, które na tym rynku funkcjonują i zapewnienie im udziału w realizacji zamówień, których wykonawcą jest inny podmiot.

Odwołujący stracił z pola widzenia cel przepisu i wymóg wykazania realnego spełniania warunków udziału w postępowaniu w przypadku udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci. Akcent w kwestionowanym przepisie jest bowiem położony na obowiązek udowodnienia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie został zaś wyartykułowany obowiązek udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jakkolwiek nie oznacza to, że w określonych okolicznościach faktycznych w celu wykazania spełniania przedmiotowego warunku konieczne nie będzie zrealizowanie zamówienia przy udziale podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy. Z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

W ocenie Izby, nie znajdują uzasadnienia twierdzenia Odwołującego o wadliwości przedłożonego przez Przystępującego Wykazu usług jako niepochodzącego od Wykonawcy. W pierwszej kolejności zauważyć należy, iż wezwanie z dnia 14 maja 2013 r. kierowane przez Zamawiającego do Przystępującego do uzupełnienia dokumentów nie obejmowało obowiązku przedłożenia Wykazu usług. Analiza przedmiotowego wezwania prowadzi do wniosku, iż Zamawiający oczekiwał uszczegółowienia informacji na temat udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, a wątpliwości związane ze wspomnianym Wykazem dotyczyły jedynie jednej z referencji, dotyczącej realizacji usługi zawartej w Wykazie. Zaś treść samego Wykazu usług nie była przez Zamawiającego kwestionowana. Zatem, fakt uzupełnienia Wykazu usług nie podlega ocenie i zaś sam dokument należy traktować jako załącznik do przedkładanego przez Przystępującego zobowiązania podmiotu trzeciego. Na taki charakter spornego dokumentu wskazuje również okoliczność podpisania rzeczonoego dokumentu przez przedstawiciela podmiotu udostępniającego Przystępującemu swój potencjał. Wobec powyższego okoliczność, że uzupełniony Wykaz usług sygnowany jest przez prokurenta Gastro Serwis Sp. z o.o. nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy w aspekcie formułowanego przez Odwołującego zarzutu. Ocena warunków udziału w postępowaniu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, winna następować bowiem w oparciu o Wykaz przedłożony wraz z ofertą a nie ten uzupełniany, skoro pierwotny Wykaz nie był przez Zamawiającego kwestionowany.

Nie sposób podzielić również stanowiska Odwołującego, że Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi

realizowanej na rzecz Wojewódzkiego Specjalistycznego Szpitala im. Biegańskiego w Łodzi. Zamawiający zwrócił jedynie uwagę na pewną wadliwość rzeczony referencji, sygnalizując tym samym, że przedmiotowa usługa nie może być przez Zamawiającego pozytywnie zweryfikowana. Jednakże powyższe nie rodziło po stronie Przystępującego obowiązku uzupełnienia właściwej referencji, czy też uzupełnienia Wykazu usług o inną usługę, skoro usługi referencyjne, które nie budziły wątpliwości Zamawiającego, były wystarczające dla uznania, że Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, że sam Odwołujący podnosząc zarzut zaniechania przez Przystępującego przedstawienia prawidłowej referencji odnośnie przedmiotowej usługi nie formułuje żadnych wniosków, co w istocie świadczy o tym, że sam nie dostrzega znaczenia tej okoliczności dla oceny oferty Przystępującego.

Przechodząc do oceny zarzutu dwukrotnego wezwania przez Zamawiającego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Przystępującego do uzupełnienia Wykazu osób stwierdzić należy, iż stanowisko Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy. Odwołujący pomija, że Zamawiający w dniu 29 marca 2013 r. wezwał Przystępującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności, dotyczących numeru dokumentu potwierdzającego wykształcenie Ł..... O..... a wynikających z porównania treści Wykazu i świadectwa ukończenia szkoły. W odpowiedzi Odwołujący przedłożył Wykaz osób, w którym uzupełniono informacje na temat wykształcenia Ł..... O..... i dyplom, potwierdzający uzyskanie wykształcenia pierwotnie wskazanego. Jednakże powyższe działanie Przystępującego należy kwalifikować jako udzielenie wyjaśnień, tym bardziej, że treść przedmiotowych dokumentów stanowi wyjaśnienie wątpliwości Zamawiającego, a ponadto żądanie Zamawiającego dotyczyło udzielenia wyjaśnień. Biorąc zaś pod uwagę przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i sformułowany tam obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, przyjęc należy, że samodzielna działalność wykonawcy w tym zakresie nie może zastępować realizacji obowiązku przez Zamawiającego. Stanowisko Odwołującego nie znajduje również uzasadnienia i z tej przyczyny, że Zamawiający mocą wskazanego przepisu jest zobowiązany do stwierdzenia braku lub wadliwości rzeczonych dokumentów i nie może tego obowiązku przerzucać na wykonawcę, a tym bardziej wyciągać negatywnych konsekwencji, wynikających z własnej beczynności.

Na tym tle działania Zamawiającego, który w dniu 14 maja 2013 r. wezwał Przystępującego do potwierdzenia najpóźniej na dzień składania ofert spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału osobowego, należy uznać za prawidłowe.

Zaś, uzupełniony Wykaz opatrzony tą datą spełnia wymogi Zamawiającego. Zatem, zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Odnośnie zarzutu braku wyjaśnień ze strony Przystępującego na temat udostępnionego przez podmiot trzeci potencjału osobowego, to w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że Odwołujący nie formułuje w tym przedmiocie żadnych wniosków. Wyjaśnienia zaś wymaga, co Odwołujący pomija, że ocenie w tym zakresie podlega treść uzupełnionego zobowiązania Gastro Serwis Sp. z o.o. Z rzeczonego dokumentu zobowiązania jasno zaś wynika, które osoby, stanowiące zasób podmiotu trzeciego będą uczestniczyły w realizacji niniejszego zamówienia i jaka umowa stanowi źródło zobowiązania (umowa o współpracy). Względem tych okoliczności Odwołujący nie sformułował żadnych zarzutów, co powoduje, że stanowisko Odwołującego nie poddaje się ocenie. Nie należy bowiem zapominać, że w celu wykazania spełniania określonego warunku udziału w postępowaniu wykonawca może posłużyć się potencjałem podmiotu trzeciego, jednakże zobowiązany jest udowodnić, że będzie w istocie dysponował tym zasobem. Zaś, skuteczność zakwestionowania spornego warunku winna być oceniana przez pryzmat argumentacji podniesionej dla wykazania, że wykonawca nie przedstawił w tym zakresie dowodów ten fakt potwierdzających. Sama zaś negacja, na której poprzestaje Odwołujący z pewnością nie jest wystarczająca dla uwzględnienia twierdzeń Odwołującego i z tych przyczyn zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 należy uznać za chybiony.

Brak również podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, z treści SIWZ nie wynika obowiązek przedłożenia „*certyfikatu lub innego dokumentu potwierdzającego przeprowadzenie właściwego auditu przez podmiot certyfikujący w celu wdrożenia systemu HACCP*”. Wołą Zamawiającego było jedynie dołączenia do oferty dokumentu potwierdzającego, że „*Wykonawca posiada wdrożony system HACCP (w szczególności GHP/GMP) w miejscu wykonywania usługi w jednostce*” (rozdz. IX lit. b pkt 3 SIWZ). Zatem, w świetle powyższych wymagań, za wystarczające należy uznać przedłożone przez Przystępującego zaświadczenie sporządzone przez I..... R....., auditora wewnętrznego systemu HACCP.

Nie znajdują uzasadnienia twierdzenia Odwołującego podważające wiarygodność rzeczonego dokumentu wobec braku przytoczenia jakichkolwiek podstaw faktycznych i dowodów potwierdzających formułowany zarzut. W analogiczny sposób, z przyczyn jak wyżej, należy odnieść się do twierdzeń Odwołującego, że w tym przedmiocie złożono nieprawdziwe informacje. Fakt, że dotychczas usługę w kuchni zlokalizowanej w Rawiczu przy ul. Grota Roweckiego realizowała Gastro Serwis Sp. z o.o. nie oznacza, że Przystępujący nie posiada w tym miejscu wdrożonego systemu HACCP, tym bardziej, że



pomieszczenia wspomnianej kuchni stanowią potencjał techniczny udostępniony Przystępującemu przez Gastro Serwis Sp. z o.o. w celu realizacji niniejszego zamówienia. W konsekwencji, zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp należy uznać za chybiony. Tym samym wezwanie do uzupełnienia spornego dokumentu znajduje podstawę. Gastro Serwis Sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego, Przystępujący winien być wykluczony z postępowania, bowiem przedłożona przez niego lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej jest niekompletna. Powyższe wywodzi z faktu, iż na rzeczony liście nie znalazła się spółka TPO Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, w której prezesem zarządu jest J..... D..... Tym samym, w ocenie Odwołującego, należało uznać, że Przystępujący nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymaga, czy spółka TPO Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie z Gastro Serwis Sp. z o.o. i Sopra Sp. z o.o. należy do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.), dalej „u.o.k.k.”. W tym celu konieczne jest odwołanie się do definicji legalnej „grupy kapitałowej”, zawartej w art. 4 pkt 14 powołanej ustawy, zgodnie z którą pojęcie to obejmuje wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Powyższe wskazuje, że rekonstrukcja pełnej definicji „grupy kapitałowej” następować winna w oparciu o przepisy art. 4 pkt 1, 3 i 4 u.o.k.k.

Cechą charakterystyczną grupy kapitałowej jest występowanie w niej dwóch kategorii podmiotów: przedsiębiorcy dominującego oraz przedsiębiorców zależnych. Przesądza o tym treść art. 4 pkt 14 u.o.k.k., który stanowi, iż grupę kapitałową tworzą: przedsiębiorca kontrolujący innych przedsiębiorców oraz ci wszyscy kontrolowani przez przedsiębiorcy. Przedsiębiorcy ci pozostają w stosunku zależności do przedsiębiorcy mającego nad nimi kontrolę, który zarazem - właśnie z uwagi na posiadanie tej kontroli - ma status przedsiębiorcy dominującego w rozumieniu art. 4 pkt 3 u.o.k.k.

Ustawa nie zawiera definicji pojęcia "samej" kontroli. Przyjąć jednak należy, iż chodzi tu o kontrolę, o której mowa w art. 4 pkt 4 u.o.k.k., czyli możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę.

Pojęcie posiadania kontroli nad innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcami) jest zarazem konstytutywną cechą pozostawania przez jednego przedsiębiorcę (kontrolującego) w stosunku dominacji do innego przedsiębiorcy (kontrolowanego). Zgodnie z art. 4 pkt 3 u.o.k.k. przedsiębiorcą dominującym jest przedsiębiorca, który posiada kontrolę, w rozumieniu art. 4 pkt 4 u.o.k.k., nad innym przedsiębiorcą. W aktualnym stanie prawnym pojęcia przedsiębiorcy dominującego oraz posiadania kontroli pozostają ze sobą w ścisłym,

ustawowym związku. Co więcej, związek ten jest nierozzerwalny, w tym sensie, że brak posiadania kontroli pozbawia danego przedsiębiorcę statusu przedsiębiorcy dominującego oraz przeciwnie - uzyskanie przez przedsiębiorcę kontroli skutkuje uznaniem go za przedsiębiorcę dominującego.

Możliwość wywierania takiego wpływu stanowi istotę (podstawę) kontroli w rozumieniu art. 4 pkt 4 u.o.k.k. Uzyskanie (posiadanie) takiej możliwości przez przedsiębiorcę przesądza o tym, że w danym przypadku mamy do czynienia z przejęciem/posiadaniem przezeń kontroli nad innym przedsiębiorcą. Jest to zatem jedyne (wyłączne) kryterium definitywnego rozstrzygnięcia, czy zachodzi przejęcie/posiadanie kontroli nad innym przedsiębiorcą. Charakteru takiego kryterium nie mają bowiem przypadki określone w art. 4 pkt 4 lit. a-f u.o.k.k. W przepisach tych wymieniono przypadki (głównie prawa) stanowiące podstawę uzyskania przez przedsiębiorcę możliwości wywierania decydującego wpływu. Wyliczenie to ma jednak wyłącznie charakter przykładowy oraz pomocniczy, w zakresie ustalania, czy w danym przypadku doszło do uzyskania możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. Oznacza to, że po pierwsze, możliwe jest wystąpienie także innych przypadków (nabycie innych uprawnień), które uzasadniać będą (przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych) stwierdzenie, iż ma miejsce przejęcie kontroli. Po drugie, wystąpienie któregoś z przypadków wymienionych w art. 4 pkt 4 lit. a-f u.o.k.k. (czyli najczęściej nabycie/posiadanie określonych tam uprawnień) nie stanowi samodzielnej przesłanki przesądzającej, że w danym przypadku doszło do przejęcia (czy też ma miejsce posiadanie) kontroli nad innym przedsiębiorcą. Każdorazowo konieczne jest ustalenie, czy dany przedsiębiorca uzyskał lub ma możliwość wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę. W tym celu niezbędne jest uwzględnienie wszystkich okoliczności prawnych (w tym w szczególności uzyskanie/posiadanie wspomnianych uprawnień), jak i faktycznych. Mogą bowiem występować przypadki, w których uzyskanie (posiadanie) jednego z uprawnień wymienionych w art. 4 pkt 4 lit. a-f u.o.k.k. nie będzie skutkowało uzyskaniem możliwości wywierania decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę i tym samym - zakwalifikowaniem takiego przypadku jako przejęcia (posiadania) kontroli.

Odwołujący podniósł jedynie, że osoba J..... D..... łączy wszystkie trzy spółki, jednakże Odwołujący zaniechał wykazania, który z przedsiębiorców jest dominującym a który zależnym i z czego wywodzi możliwość wywierania decydującego wpływu jednego przedsiębiorcy na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców.

Odwołujący zdaje się twierdzić, że przedsiębiorcą dominującym jest Jacek Dawidowicz. Jakkolwiek problematyczna pozostaje kwestia uznania ww. osoby za przedsiębiorcę w rozumieniu przepisu art. 4 pkt 1 u.o.k.k., to niezbędne jest również przypisanie ww. posiadania kontroli nad spółką TPO Sp. o.o., bowiem okoliczność, że

pozostałe dwie spółki tworzą grupę kapitałową jako bezsporna pozostaje poza rozstrzygnięciem Izby. Jakkolwiek i w tym względzie Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu, to stwierdzić należy, iż J..... D..... w TPO Sp. o.o nie ma większości udziałów, brak informacji, czy udziały są uprzywilejowane co do prawa głosu. Nadto, J..... D..... nie jest jedynym członkiem zarządu TPO Sp. o.o., a mając na względzie regulację przepisów art. 201 i 208 k.s.h. nie sposób na podstawie odpisu aktualnego z KRS rozstrzygnąć, że J..... D..... kontroluje ww. spółkę.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że jeśli Odwołujący za przedsiębiorcę dominującego uznawał J..... D....., to zachowując konsekwencję prezentowanego stanowiska, winien domagać się również umieszczenia ww. osoby na spornej liście. Brak wykazania po stronie J..... D....., jak i po stronie spółki Gastro Sp. z o.o. i Sopra Sp. z o.o. sprawowania kontroli wobec TPO Sp. o.o. powoduje, że zarzut naruszenia przepisu art. 24b ust. 3 w związku z art. 26 ust. 2b i 2d ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Analiza przepisu art. 24b ust. 3 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie złożył wyjaśnień dotyczących powiązań wykonawców, należących do tej samej grupy kapitałowej, którzy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu oraz wykonawcę, który nie złożył listy, o której mowa w art. 26 ust. 2d ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, iż w zakresie pojęcia „nie złożył listy” mieści się sytuacja, w której wykonawca nie przedkłada tej listy w ogóle. Pozostaje zatem do rozstrzygnięcia pytanie, czy lista, która odzwierciedla niepełny skład grupy kapitałowej, jednakże uwzględnia wszystkie podmioty, należące do grupy kapitałowej, które złożyły oferty lub wnioski w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest kompletna. W ocenie Izby, okoliczność, że rzeczona lista służy wyłącznie ustaleniu powiązań pomiędzy wykonawcami, którzy należąc do grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania, przemawia za tym, aby ograniczyć zawartość tej listy do wykonawców tworzących grupę kapitałową i ubiegających się o to samo zamówienie. Za powyższym przemawia również redakcja przepisów art. 24b oraz art. 26 ust. 2d ustawy Pzp, które odwołują się w swej treści do przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Na ścisłe powiązania przepisu art. 24b ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp wskazuje również sposób oznaczenia jednostki redakcyjnej pierwszego z wymienionych przepisów.

W tych okolicznościach stwierdzić należy, iż uwzględnienie TPO Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi na spornej liście, niezależnie od wyżej stwierdzonych okoliczności, nie było konieczne, w świetle przepisu art. 24b ust. 3 ustawy Pzp.

Nie można również pominąć, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się jedynie w przypadku ustalenia, że wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu a istniejące między nimi powiązania prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Wobec braku wykazania przez Odwołującego ziszczenia się którejkolwiek z przesłanek objętych hipotezą przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp zarzut należało uznać za chybiony.

W ocenie Izby, nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, z tej przyczyny, iż jak wskazano wyżej, TPO Sp. z o.o. nie podlegała ujawnieniu na spornej liście grupy kapitałowej. Po drugie, oświadczenie Odwołującego, dołączone do oferty, o braku przynależności do grupy kapitałowej nie było podyktowane chęcią wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Zaś, brak możliwości przypisania zamiaru, zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Izby, powoduje, iż stwierdzenie złożenia nieprawdziwych informacji nie jest możliwe. Niezależnie od powyższego, Odwołujący pomija, że wykluczenie z postępowania związane jest ze złożeniem informacji nieprawdziwych, jeśli mają lub mogły mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W okolicznościach niniejszej sprawy, gdyby nawet zaktualizował się obowiązek umieszczenia TPO Sp. z o.o. na spornej liście, to wobec niemożliwości ziszczenia się przesłanek, o których mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, okoliczność ta pozostawałaby bez wpływu na wynik prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego oraz stwierdzenia przesłanek do wykluczenia Przystępującego z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przesądza o uprawnieniu i obowiązku Zamawiającego do wdrożenia procedury, o której mowa w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec niepotwierdzenia się sformułowanych przez Odwołującego zarzutów stwierdzić należy, iż wybór oferty najkorzystniejszej był prawidłowy. Zaś, Odwołujący nie wykazał, iż przy rzeczonym wyborze Zamawiający kierował się innymi kryteriami niż te ustalone w SIWZ (art. 91 ust. 1 ustawy Pzp).

Powyższe prowadzi do wniosku, iż przypisanie Zamawiającemu zarzutu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 nie jest możliwe.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł i koszty dojazdu na posiedzenie w kwocie 268,00 zł.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....