

Sygn. akt: KIO 1504/15

WYROK
z dnia 27 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 lipca 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lipca 2015 r. przez wykonawcę **A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Medyczo Opiekuńczy A. K., ul. Kościuszki 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Katowicach, ul. Jagiellońska 17, 40-032 Katowice**

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Medyczo Opiekuńczy A. K., ul. Kościuszki 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Medyczo Opiekuńczy A. K., ul. Kościuszki 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Medyczo Opiekuńczy A. K., ul. Kościuszki 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza** na rzecz **Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Katowicach, ul. Jagiellońska 17, 40-032 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Katowicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miejski Ośrodek Pomocy Społecznej w Katowicach (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Zakup usług w postaci świadczenia specjalistycznych usług opiekuńczych w miejscu zamieszkania klientów Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej w Katowicach”. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Zamawiający podzielił zamówienie na cztery części zamówienia. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 9 maja 2015 r. pod nr 2015/S 090-162079.

W postępowaniu tym wykonawca A. K., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą: Niepubliczny Zakład Opieki Zdrowotnej Zespół Medyczo Opiekuńczy A. K. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej: „Odwołujący”) w dniu 16 lipca 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 15 lipca 2015 r. Zarzuty odwołania dotyczą czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach zamówienia. Informację o tej czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu pocztą elektroniczną w dniu 7 lipca 2015 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał pozostałym wykonawcom w dniu 17 lipca 2015 r. Do Prezesa Izby w dniu 20 lipca 2015 r. wpłynęło faksem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone przez wykonawcę Agencja Opiekuńczo- Medyczna i Handlowa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Przystępujący”) po stronie Zamawiającego. To samo zgłoszenie przystąpienia w formie pisemnej wpłynęło do Izby w dniu 23 lipca 2015 r.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 27 lipca 2015 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący złożył odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących przynależności do grupy kapitałowej, tj. zaniechaniu czynności z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp,
2. wyborze, jako najkorzystniejszej oferty nr 2, dotyczącej części nr II zamówienia, złożonej przez wykonawcę: Agencja Opiekuńczo- Medyczna i Handlowa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, tj. naruszenia art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp,
3. zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Stowarzyszenie Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „CONVIVERE” z siedzibą w Katowicach i wykonawcę Agencję Opiekuńczo-Medyczną i Handlową Sp. z o.o., jako niespełniającej wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz przepisów art. 82 ust. 1 pkt 3, 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp,
4. prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących przynależności do grupy kapitałowej;
- 3) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty nr 2 (dotyczącej części nr II zamówienia) złożonej przez wykonawcę: Agencja Opiekuńczo - Medyczna i Handlowa Sp. z o. o.;
- 4) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty złożonej przez Odwołującego dotyczącej części nr II przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Odwołującego postępowanie Zamawiającego narusza art. 7 ust. 1, ust. 2 i ust. 3, art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 1, pkt 2 i pkt 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podkreślił, że Zamawiający poinformował go o wyborze, jako oferty najkorzystniejszej w poszczególnych częściach zamówienia (w części I - oferty złożonej przez Pana R. C. - prezesa Agencji Opiekuńczo - Medycznej i Handlowej Sp. z o.o. części II - oferty złożonej przez Pana R. C. - prezesa Agencji Opiekuńczo - Medycznej i Handlowej Sp. z o.o., a w części nr III oferty złożonej przez Pana R. C. - prezesa Stowarzyszenia Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „CONVIVERE”).

Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający postępował zgodnie z ustaloną przez siebie w SIWZ procedurą oraz zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to Odwołujący uzyskałby

do wykonania część II przedmiotowego zamówienia. Podkreślił, że Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, iż o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie przepisów art. 24 ustawy Pzp (tj. rozdział III pkt 2 SIWZ). Jednocześnie podkreślił, że Zamawiający w SIWZ w rozdziale dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia, w pkt 5, określił, iż dopuszcza składanie ofert częściowych na poszczególne rejony miasta Katowice (części od I do IV), opisane w pkt 4 ppkt 1) SIWZ z zastrzeżeniem, że wykonawca może złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu na nie więcej niż dwa rejony. Podkreślił, że w dniu 12 czerwca 2015 r. po zapoznaniu się z ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu poinformował Zamawiającego, iż złożone przez prezesa zarządu – R. C., tj. osobę reprezentującą zarówno Spółkę z o.o. Agencję Opiekuńczo - Medyczną i Handlową, jak i Stowarzyszenie Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „Convivere”, oferty nr 2 i 3 na wszystkie cztery rejony (części), stanowią czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tj. Dz. U. 1993 nr 47 poz. 211 z późn. zm.) i jest to niezgodne z treścią SIWZ. Wskazał, że Zamawiający zaniechał czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. W tym zakresie przywołał art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Przywołał też brzmienie art. 24b ustawy Pzp. Podkreślił, że Zamawiający po zapoznaniu się z przedłożonymi w przedmiotowym postępowaniu ofertami złożonymi przez tę samą osobę - Pana R. C. i mając wiedzę o istniejących powiązaniach między Stowarzyszeniem Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „CONVIVERE” oraz Agencji Opiekuńczo-Medycznej i Handlowej Sp. z o.o., prowadzącymi działalność pod wspólnym adresem: Katowice 40-126 ul. Okrzei 6/15, oraz mając na względzie, iż prezesem w Stowarzyszeniu Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „CONVIVERE” oraz Agencji Opiekuńczo - Medycznej i Handlowej Sp. z o.o. jest ta sama osoba - Pan R. C., a jedyny wspólnik w firmie: Agencja Opiekuńczo Medyczna i Handlowa Sp. z o.o. - Pani A. S., posiadająca całość udziałów spółki jest jednocześnie członkiem komitetu założycielskiego i osobą wchodzącą w skład organu: Komisji Rewizyjnej w Stowarzyszeniu Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „Convivere”, powziął wiedzę, że zachodzi przejaw kontroli nad danymi podmiotami, a tym samym istniejące pomiędzy wykonawcami powiązania prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji. Powyższe jego zdaniem świadczyć może o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 4 pkt 14 w związku z art. 4 pkt 4 i pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przedsiębiorców:

- Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością- Agencja Opiekuńczo-Medyczna i Handlowa
- Stowarzyszenie Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „Convivere”.

Odwołujący podkreślił, że w dniu 8 lipca 2015 r. zapoznał się z protokołem niniejszego postępowania wraz z wszystkimi załącznikami, a tym samym potwierdził, jak na wstępie, iż Zamawiający zaniechał czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp. Tym samym - w jego ocenie - Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, a jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. W ocenie Odwołującego dokonana przez Zamawiającego czynność wyboru oferty nr 2 w części II zamówienia, złożonej przez Pana R. C. prezesa Agencji Opiekuńczo - Medycznej i Handlowej Sp. z o.o., rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, bowiem gdyby Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił treść kluczowych dokumentów złożonych przez wykonawcę - winien odrzucić jego oferty, jako sprzeczne z ustawą Pzp i z treścią SIWZ, a w konsekwencji oferta Odwołującego złożona na część II zamówienia winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący w toku rozprawy podtrzymał w całości odwołanie, wnosząc o jego uwzględnienie i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego w postaci uiszczzonego przez Odwołującego wpisu od odwołania.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 22 lipca 2015 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że w związku z podziałem zamówienia na cztery części oraz faktem złożenia oferty przez Odwołującego na część nr II i IV zamówienia, Zamawiający uznał, że odwołanie dotyczy tych części, jednakże z uwagi na to, że rozstrzygnięcie niniejszego odwołania może skutkować powtórzeniem czynności w pozostałych częściach, z ostrożności procesowej, poinformował, że wstrzymał się od czynności zawarcia umowy w części nr I i III zamówienia. Ponadto wskazał tam m.in., że w przypadku udzielenia zamówienia na przedmiot zamówienia, który jest podzielny, zamawiający może wybrać dwa sposoby postępowania: albo przewidzieć jedno postępowanie z możliwością składania ofert częściowych, albo przeprowadzić kilka odrębnych postępowań w celu udzielenia zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Zamawiający w przypadku niniejszego przedmiotu zamówienia wybrał pierwszą ze wskazanych możliwości. Powołując się na orzeczenie KIO w sprawie KIO/UZP 656/08 i KIO/UZP, podkreślił, że podział zamówienia na części znajduje

umocowanie w treści art. 83 ust. 1 ustawy Pzp i tym samym czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej dokonuje się w takim przypadku dla każdej z części odrębnie, co wskazuje na przyjęcie przez ustawodawcę części zamówienia (pakietów) w pewnych granicach jako pewną samodzielną całość. Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający podkreślił, że oferty obydwóch kwestionowanych wykonawców w ani jednej części zamówienia nie pokrywały się. Podniósł, że każdą z części zamówienia należy traktować tak, jakby stanowiły oddzielne zamówienie w związku zatem w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, w ocenie Zamawiającego, nie doszło w tym zakresie do sytuacji, gdy dwa podmioty powiązane ze sobą kapitałowo (co jego zdaniem było założeniem czysto teoretycznym) złożyły odrębne oferty w tym samym postępowaniu (tj. w tej samej części zamówienia). Stąd też - w jego ocenie - brak było podstaw do wzywania wskazanych wykonawców do składania wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający zwrócił także uwagę na to, że sama przynależność do grupy kapitałowej nie powoduje automatycznego wykluczenia wykonawców z postępowania, gdyż konieczne jest w tym zakresie przeprowadzenie dalszych czynności wyjaśniających w celu uznania, że poszczególni wykonawcy podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Przeprowadzenie tych czynności w niniejszej sprawie, w ocenie Zamawiającego, jest bezprzedmiotowe, gdyż każda z części zamówienia traktowana jest jako pewna samodzielna całość, odrębne oferty wykonawców na poszczególne części zamówienia.

W kontekście zarzutu naruszenia art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Zamawiający podkreślił, że Odwołujący błędnie wskazał jakoby w każdej z części zamówienia została złożona oferta przez Pana R. C., czym Odwołujący sugeruje, że wbrew postanowieniom rozdziału I pkt 5 SIWZ jeden wykonawca złożył swoje oferty na więcej niż dwie części zamówienia. Podkreślił, że oferty w poszczególnych częściach złożyły dwa odrębne podmioty: Agencja Opiekuńczo-Medyczna i Handlowa Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (część nr I i II zamówienia) i Stowarzyszenie „Convivere” z siedzibą w Katowicach (część III i IV zamówienia). Wskazani wykonawcy są odrębnymi podmiotami posiadającymi odrębne wpisy do rejestru KRS, nr NIP i REGON, inny też jest status prawny tych podmiotów oraz forma reprezentacji. O dwóch niezależnych podmiotach, zdaniem Zamawiającego, pisze sam Odwołujący w żądaniu odrzucenia ofert wskazanych wykonawców. Uwzględniając powyższe według Zamawiającego oferty tych wykonawców zostały złożone prawidłowo zgodnie z przywołanymi wymogami SIWZ i tym samym naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp nie miało miejsca. W konsekwencji też - zdaniem Zamawiającego - nie dożyło do naruszenia art. 7 ust. 1 – 3 ustawy Pzp.

W toku rozprawy przez Izbą Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania w postaci wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku przedkładanego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w toku rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że wykonawca zgłaszający przystąpienie do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, nie wypełnił dwóch wymogów formalnych związanych ze skutecznym zgłoszeniem przystąpienia, wynikających z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, tj. nie dochował 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia do Prezesa KIO w formie pisemnej i nie przekazał kopii odwołania Odwołującemu. Tym samym wskazany wykonawca nie uzyskał statusu uczestnika przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Jednocześnie też Izba ustaliła, że przesłanka materialnoprawna do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, została wypełniona w zakresie części II zamówienia, w której to części Odwołujący złożył swoją ofertę, a nie została ona uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Odwołujący, bowiem zakwestionował wybór oferty wybranego w tej części zamówienia w postępowaniu wykonawcy (Agencja Opiekuńczo-Medyczna i Handlowa Sp. z o.o.) w kontekście złożenia oferty na inne części zamówienia przez tego wykonawcę, a także przez innego wykonawcę (Stowarzyszenie Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „Convivere”). Gdyby nie ten wybór, za ofertę najkorzystniejszą w części II zamówienia uznana byłaby oferta Odwołującego. Tym samym Odwołujący w wystarczający sposób wykazał się więc możliwością uzyskania niniejszego zamówienia publicznego (w części II zamówienia)

w przypadku uwzględniania zarzutów odwołania i w konsekwencji możliwością poniesienia przez niego szkody związanej z nie udzieleniem mu tego zamówienia.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła co następuje.

Zamawiający wszczął niniejsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 9 maja 2015 r., publikując treść ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE. Jednocześnie też ogłoszenie to zostało zamieszczone na tablicy ogłoszeń Zamawiającego oraz na stronie internetowej w dniu 11 maja 2015 r.

Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie na cztery części, odnosząc każdą z nich do odrębnego rejonu miasta Katowice, w którym usługi miałyby być świadczone. Jednocześnie też w rozdziale I pkt 5 SIWZ wprowadził zastrzeżenie, że jeden wykonawca może złożyć ofertę tylko na dwie części zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 2 czerwca 2015 r., do Zamawiającego wpłynęły: następujące oferty:

- 1) na część I zamówienia: Agencji Opiekuńczo-Medycznej i Handlowej Sp. z o.o.
- 2) na część II zamówienia: Agencji Opiekuńczo-Medycznej i Handlowej Sp. z o.o. i Odwołującego
- 3) na część III zamówienia: Stowarzyszenia Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „Convivere”
- 4) na część IV zamówienia: Stowarzyszenia Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „Convivere” i Odwołującego.

Zamawiający w dniu 7 lipca 2015 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu:

- 1) w zakresie części I zamówienia: Agencji Opiekuńczo-Medycznej i Handlowej Sp. z o.o.
- 2) w zakresie części II zamówienia: Agencji Opiekuńczo-Medycznej i Handlowej Sp. z o.o.
- 3) w zakresie części II zamówienia: Stowarzyszenia Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „Convivere”

4) w zakresie części IV zamówienia: Odwołującego

Biorąc pod uwagę powyższe Izba zważyła, co następuje.

Odnosząc się do podniesionego w odwołaniu zarzutu zaniechania wezwania wykonawców: Stowarzyszenie Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „CONVIVERE” i Agencja Opiekuńczo Medyczna i Handlowa Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień co do przynależności do grupy kapitałowej, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący podnosił wskazany zarzut w kontekście dyspozycji art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, wykazując, że przywołane powyżej dwie oferty zostały złożone *de facto* przez jednego wykonawcę z uwagi na podpisanie się pod nimi przez tę samą osobę, pełniącą funkcję prezesa zarządu w obydwu podmiotach ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołujący wykazywał także na określone powiązania istniejące pomiędzy tymi podmiotami (oprócz osoby prezesa zarządu, prowadzenie działalności pod wspólnym adresem, jedynym wspólnikiem w Agencji Opiekuńczo Medycznej i Handlowej Sp. z o.o. jest Pani A. S., która jest jednocześnie członkiem komitetu założycielskiego i osobą wchodzącą w skład Komisji Rewizyjnej w Stowarzyszeniu Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „Convivere”). Odwołujący przywołane okoliczności podnosił w kontekście wykazania kontroli istniejącej pomiędzy tymi przedsiębiorcami w świetle art. 4 pkt 14 w związku z art. 4 pkt 4 i pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odnosząc się do powyższego Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazywał przywołane powiązania pomiędzy wskazanymi firmami jedynie jako podstawę do właściwego badania przez Zamawiającego przynależności wykonawców do tej samej grupy kapitałowej. Podkreślenia wymaga, że ustawodawca, nałożył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podmioty zamawiające konieczność weryfikacji czy wykonawcy ubiegający się o dane zamówienie, poprzez złożenie ofert (bądź wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu), w tym samym postępowaniu, należą do tej samej grupy kapitałowej i czy powyższe może prowadzić do zachwiania konkurencji pomiędzy wykonawcami w tym postępowaniu. Tym samym ustawodawca badanie owych zależności określił jako istotny warunek formalnoprawny skuteczności podmiotowej ubiegania się o dane zamówienie publiczne. Tego rodzaju wymogi badania są z mocy prawa w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie też, jeżeli zamawiający w danym postępowaniu dopuści – zgodnie z art. 83 ustawy Pzp - możliwość składania ofert częściowych, wymogi podmiotowe weryfikowane są w odniesieniu do każdej z części zamówienia odrębnie. Na każdą bowiem z takich części wykonawca składa odrębną ofertę,

która podlega właściwemu badaniu przez zamawiającego, tak co do warunków podmiotowych (odnoszących się do różnego rodzaju zależności samych podmiotów ubiegających się o zamówienie, tj. wykonawców), jak i treści właściwej oferty (wymogów SIWZ co do sposobu, zakresu, terminu realizacji przedmiotu zamówienia). W praktyce przyjmuje się niejednokrotnie, że technicznie takie oferty – na kilka części zamówienia - składane są w jednej kopercie, często na jednym formularzu ofertowym i często z pojedynczymi dokumentami podmiotowymi składanymi przez tego samego wykonawcę, a odnoszącymi się do kilku części zamówienia. Faktycznie jednak mamy tu do czynienia z odrębnymi oświadczeniami woli wykonawcy co do jego zobowiązania się do realizacji przedmiotu zamówienia, określonego w każdej z części oddzielnie. Tak więc w przypadku części zamówienia (pakietów) mamy do czynienia formalnie z odrębnymi ofertami składanymi na każdą z części zamówienia, które podlegają odrębnej weryfikacji przez zamawiającego. Weryfikacja ta (czynność badania i oceny ofert) kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej dla każdej części zamówienia odrębnie, albo unieważnieniem określonych części zamówienia, zgodnie z dyspozycją art. 93 ust. 2 ustawy Pzp.

Tym samym zatem, odnosząc powyższe rozważania do przedmiotu zaskarżenia, stwierdzić należało, że badanie podstaw do wykluczenia wykonawców z postępowania w oparciu o dyspozycję art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, odbywa się odrębnie w odniesieniu do każdej z części zamówienia, określonej przez Zamawiającego. Izba ustaliła w tym zakresie, że obydwaj kwestionowani wykonawcy swoje oferty złożyli na odrębne części zamówienia. Obydwaj też wykonawcy w swoich ofertach złożyli oświadczenia o braku przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. nr 50, poz. 331 ze zm.). Odwołujący nie podważał jednak tych, złożonych w ofertach wykonawców, oświadczeń. Z tych też względów weryfikacja dokonana przez Zamawiającego w zakresie przynależności do grupy kapitałowej obydwu wykonawców, którzy złożyli swoje oferty na odrębne, niezależne części zamówienia, była – w ocenie Izby – prawidłowa i brak było podstaw do żądania w tym zakresie od wskazanych wykonawców jakichkolwiek wyjaśnień.

Na marginesie tylko podkreślić należy, że Zamawiający, w przypadku oświadczeń dotyczących przynależności - bądź braku przynależności - do grupy kapitałowej, złożonych przez wykonawców, w odrębnym trybie od trybu wyjaśnień przewidzianego w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zwraca się o stosowne wyjaśnienia w tym właśnie szczególnym względzie (zależności wynikających z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp) w oparciu o art. 24b ustawy Pzp.

Ponadto podkreślić należy, że okoliczności faktyczne, które w tym kontekście przywoływał Odwołujący co najwyżej, w ocenie Izby, mogłyby być podstawą do podniesienia przez Odwołującego zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wskazanych wykonawców

z powodu czynu nieuczciwej konkurencji, definiowanego w przepisach ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. t.j. z 2003 r. Nr 153, poz. 1504 ze zm.), czy też w kontekście art. 6 przywołanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (np. zmowa przetargowa). Takiego zarzutu jednak Odwołujący w treści odwołania nie podniósł. Wskazane okoliczności były przedmiotem informacji kierowanej przez Odwołującego do Zamawiającego w toku postępowania (pismo z dnia 12 czerwca 2015 r.), jednak nie stanowiły przedmiotu zarzutów odwołania złożonego do Izby. Dla podniesienia zarzutu odwołania konieczne jest wskazanie w odwołaniu nie tylko podstawy prawnej naruszenia, ale przede wszystkim okoliczności faktycznych związanych z określonym zaniechaniem zamawiającego czy też jego bezprawną czynnością. W tym przypadku chodziłoby ewentualnie o normę art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, który formalnie został wskazany w treści odwołania, ale bez podania jakichkolwiek okoliczności, które wskazywałyby na czyn nieuczciwej konkurencji w ofertach obydwu wykonawców i bez wskazania, o jakie czynności czy zaniechania Zamawiającego chodziłoby w tym względzie. Izba natomiast związana jest zakresem zaskarżenia zawartym w treści odwołania i z urzędu – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – nie może brać pod uwagę określonych okoliczności faktycznych i formułować za Odwołującego treści zarzutów.

Biorąc pod uwagę powyższe - w ocenie Izby – nie doszło do naruszeń wykazywanych w treści odwołania we wskazanym zakresie.

W tym kontekście także Izba nie uznała za zasadny drugiego zarzutu odwołania, sformułowanego jako wybór oferty złożonej przez wykonawcę Agencja Opiekuńczo Medyczna i Handlowa Sp. z o.o. w zakresie części II zamówienia. Wykonawca nie określił w tym zakresie na czym ów zarzut miałby polegać, wskazując jedynie na normy art. 7 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp. Wskazane przepisy ustawy Pzp określają podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, a konkretny sposób ich naruszenia powinien być określony w treści zarzutu, czego Odwołujący nie uczynił. Przyjmując, że podniesiony zarzut stanowi jedynie konsekwencję wcześniejszego zarzutu odwołania, związanego z zaniechaniem Zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień przez wskazanych wykonawców, ze wskazanych powyżej względów, także taki zarzut nie może zostać przez Izbę uwzględniony.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę Stowarzyszenie Pomocy Rodzinom Osób Niepełnosprawnych Oraz Im Samym „CONVIVERE” i wykonawcę Agencję Opiekuńczo Medyczną i Handlową Sp. z o.o. jako niespełniających wymogów SIWZ oraz wymogów ustawy Pzp, gdzie Odwołujący przywołał: art. 82 ust. 1 pkt 3 oraz art. 89. ust. 1 pkt 1, 2 i 3 ustawy .Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odwołujący we wskazanym zakresie nie określił na czym przywołany zarzut miałby się opierać. Z treści uzasadnienia odwołania można tylko wnioskować, że Odwołujący podnosił, jakoby jeden wykonawca złożył ofertę na więcej niż dwie części zamówienia, czym naruszył wymogi SIWZ. Odnosząc się do tak sformułowanego zarzutu odwołania, Izba stwierdziła, że oferty złożyły dwa odrębne podmioty funkcjonujące w obrocie prawnym – jak wskazał Zamawiający: posiadające odrębne wpisy do KRS, nr NIP i Regon oraz status prawny i formę reprezentacji - które mogą składać oświadczenia woli, w tym także ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego. Wskazane podmioty złożyły oferty - każdy z nich na dwie odrębne części zamówienia. To, że określona osoba pełni funkcję prezesa zarządu w przypadku obydwu wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie czyni jeszcze z tych dwóch podmiotów jednego wykonawcy. Także okoliczność, że w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością określona osoba jest właścicielem wszystkich udziałów, a jednocześnie pełni funkcję członka w określonym organie (komisja rewizyjna) innego podmiotu (stowarzyszenia ubiegającego się o zamówienie), nie wskazuje na tożsamość dwóch odrębnych podmiotów. Powyższe - jak wskazano powyżej – mogłoby ewentualnie stanowić podstawę do oceny, czy w tym postępowaniu nie doszło do zмовы przetargowej pomiędzy wskazanymi, odrębnymi podmiotami (wspólne określenie warunków realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności cen ofertowych, czy też podział wskazanego zamówienia pomiędzy dwóch wykonawców), ale taki zarzut nie został postawiony przez Odwołującego.

W tym kontekście także generalny zarzut prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp) przy braku jego konkretyzacji przez Odwołującego (wskazaniu okoliczności faktycznych naruszenia, w powiązaniu z konkretnymi czynnościami czy zaniechaniami Zamawiającego, które naruszają określone przepisy ustawy Pzp), nie może być uznany za zasadny.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła:

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania

(Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczonego przez Odwołującego w kwocie 15 000,00 zł i

- stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 2) lit. b) wskazanego rozporządzenia – koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł na podstawie rachunku przedłożonego przed zamknięciem rozprawy do akt sprawy.

Przewodniczący: