

Sygn. akt: KIO 2811/15

WYROK
z dnia 13 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Natalia Mierzicka-Konopko

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015 r. przez Odwołującego **Samodzielny Zespół Publiczny Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Wawer** z siedzibą w Warszawie przy ul. Strusiej 4/8, 04-564 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Szkołę Główną Służby Pożarniczej** w Warszawie, ul. Słowackiego 52/54, 01-629 Warszawa

przy udziale

wykonawcy **Falck Medycyna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Jana Olbrachta 94, 01-102 Warszawa

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 21.12.2015 r. oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Odwołującego i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Szkołę Główną Służby Pożarniczej w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Wawer z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 Zasądza od Zamawiającego - Szkoły Głównej Służby Pożarniczej w Warszawie na rzecz Odwołującego - Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Wawer z siedzibą w Warszawie kwotę **11.100 zł. 00 gr.** (słownie: jedenaście

tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Szkołę Główną Służby Pożarniczej w Warszawie na świadczenie usług medycznych z zakresu medycyny pracy w zakresie dotyczącym pracowników cywilnych i funkcjonariuszy Państwowej Straży Pożarnej Szkoły Głównej Służby Pożarniczej w Warszawie (nr postępowania 25/15), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 października 2015 r., poz. 158409, wobec czynności wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Lecznictwa Otwartego Warszawa Wawer, zostało wniesione w dniu 28 grudnia 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy wykluczonego z postępowania (sygn. akt KIO 2811/15). Zamawiający przekazał informację wykonawcy o wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu jego oferty w dniu 22 grudnia 2015 r.

Kopia odwołania przekazana została przez Zamawiającego do uczestników postępowania w dniu 29 grudnia 2015 r. drogą elektroniczną oraz listownie.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Falck Medycyna Sp. z o.o., którego oferta uznana została za najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów ustawy przez wykluczenie z postępowania i odrzucenie oferty Odwołującego, tj. art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, art. 4 pkt 1 i 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz bezprawne oparcie rozstrzygnięcia na art. 211 kodeksu spółek handlowych, który nie może stanowić podstawy do rozstrzygnięć w zakresie oceny składanych ofert.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty i nakazanie ponownej oceny ofert.

Odnośnie podstawy decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał bądź wskazał w sposób ogólnikowy, że istniejące między nim a innym z oferentów – Szpital Solec Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powiązania między spółkami wynikają z tego samego organu nadzorującego – Miasto Stołeczne Warszawa, a zatem Odwołujący powinien był wykazać brak powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie interpretuje pojęcie grupy kapitałowej, zdefiniowanej w art. 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), przez którą rozumie się *wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w*

tym również tego przedsiębiorcę. Ustawa definiuje również pojęcie przedsiębiorcy w art. 4 pkt 1, którym nie jest Miasto Stołeczne Warszawa. Zatem udział, czy to właścicielski, czy w zakresie wpływu na obsadę personalną stanowisk w organach pozostaje bez wpływu na ocenę, czy mamy do czynienia z *grupą kapitałową*. Również Odwołujący nie jest przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów tej ustawy.

W konsekwencji powyższego również okoliczność, iż dyrektor Odwołującego się przez pewien czas wchodziła w skład zarządu Szpitala Solec Sp. z o.o., nie może mieć jakiegokolwiek znaczenia w przedmiotowej sprawie.

Wskazany przez Zamawiającego przepis art. 211 KSH nie może stanowić podstawy oceny dopuszczalności złożenia oferty, gdyż rodzi jedynie skutki w postaci wewnątrzspółkowej odpowiedzialności między członkami zarządu, a wspólnikami (wspólnikiem) spółki.

Zamawiający zarzucił „ogólny” charakter wyjaśnień, jednak nie wskazuje jakie dokumenty czy oświadczenia miałyby przedłożyć, aby przekonać o braku zagrożenia uczciwej konkurencji. Odwołujący wskazuje Zamawiającemu, że od lat współdziała na rynku usług medycznych, konkurując ze Szpitalem Solec Sp. z o.o., jak i wspólnie ubiegając się o zamówienie w ramach konsorcjum, co wskazuje, iż podmiot ten jest traktowany jak każdy inny funkcjonujący na rynku usług medycznych.

Stanowisko Izby

Izba na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 12 stycznia 2016 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę. Postępowanie prowadzone jest według zasad określonych dla postępowań o wartości nieprzekraczającej kwoty, od której uzależniony jest obowiązek publikacji ogłoszenia w publikatorze unijnym.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego wywoływać miałyby zaskarżona czynność. Ponieważ zarzuty dotyczą czynności wykluczenia

Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, uchybienia Zamawiającego do jakich dopuścić miał się przy ocenie oferty prowadziłyby do nieprawidłowego wyniku postępowania zakończonego wyborem oferty innego Wykonawcy (Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego). Uwzględnienie odwołania prowadziłyby do unieważnienia wyniku postępowania i przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

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 i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Zasadniczo zarzuty sprowadzają się do kwestionowania czynności oceny oferty Odwołującego zakończonej decyzją o wykluczeniu Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy i uznania oferty za odrzuconą.

Zamawiający w piśmie z dnia 21.12.2015 r. wskazał na okoliczności mające prowadzić do stwierdzenia wystąpienia przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 5, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy *należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.),* złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu, chyba że wykazą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, iż Odwołujący złożyło oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, tymczasem ze statutu, odpisu z KRS SZPZLO Warszawa-Wawer oraz odpisu z KRS Szpitala Solec Sp. z o.o. wynika, że funkcję podmiotu tworzącego oraz organu nadzorującego SZPZLO Warszawa – Wawer wykonuje m.st. Warszawa, zaś w Szpitalu Solec Sp. z o.o. jedynym udziałowcem jest również m.st. Warszawa.

Zamawiający w piśmie z dnia 17.12.2015 r. wezwał Odwołującego o wyjaśnienie, czy powiązania istniejące pomiędzy podmiotami nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia i uzyskał bardzo ogólną odpowiedź, w której wskazał, że w chwili obecnej (nie wskazał, aby dotyczyło to również stanu na dzień składania ofert) nie istnieją jakiegokolwiek powiązania między obydwoma podmiotami, które mogłyby zachwiać uczciwą konkurencją w postępowaniu.

Ponadto przyznał, że zdarzają się incydentalne przypadki, że oba podmioty składają oferty w ramach jednego konsorcjum, co nie ma wpływu na sytuację innych podmiotów, czy też zasady rywalizacji między tymi podmiotami w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający istnienie powiązań kapitałowych pomiędzy tymi podmiotami wywodził z faktu, iż ten sam podmiot utworzył/pełni funkcję podmiotu tworzącego – m.st. Warszawa, a powiązania osobowe dotyczyć mają osoby reprezentującej oba podmioty pełniąc funkcję członka zarządu w Szpitalu Solec Sp. z o.o., jak również kierownika SZPZLO Warszawa – Wawer, bez posiadania wymaganej przepisem art. 211 kodeksu spółek handlowych zgody właściwego organu spółki Szpital Solec Sp. z o.o. Stan ten istniał w momencie złożenia oferty przez Odwołującego.

W związku z powyższym Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

W wyjaśnieniach z dnia 18.12.2015 r. Odwołujący oświadczył, że *w chwili obecnej nie istnieją jakiegokolwiek powiązania między SZPZLO Warszawa Wawer a Szpitalem Solec Sp. z o.o., które mogłyby zachwiać uczciwą konkurencją w przedmiotowym postępowaniu. Jeśli chodzi o występowanie w niektórych postępowaniach w ramach konsorcjum, to takie współdziałanie ma charakter incydentalny i w żaden sposób nie wpływa na zasady rywalizacji między obydwoma podmiotami w postępowaniach, w których występują jako samodzielni oferenci. Podobnie sytuacja wygląda w odniesieniu do innych podmiotów, z którymi zarówno SZPZLO Warszawa Wawer, jak i Szpital Solec Sp. z o.o. występują doraźnie w konsorcjach. Jeśli natomiast wątpliwość dotyczyła okoliczności pełnienia funkcji członka zarządu Szpital Solec Sp. z o.o. przez Panią M. A. K. – Dyrektora SZPZLO Warszawa Wawer, pragniemy poinformować, że w dniu 12 listopada 2015 r. została złożona rezygnacja przez Panią K. .*

Zamawiający na rozprawie złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał decyzje podjęte w postępowaniu i wniósł o oddalenie odwołania.

Oferta Odwołującego była ofertą najtańszą spośród złożonych w postępowaniu, w tym tańszą od oferty wybranej jako najkorzystniejsza. W odpisie KRS Odwołującego o numerze 0000089156 z dnia 04.12.2015 r., jako organ sprawujący nadzór wskazany został Urząd .St. Warszawy, a organem uprawnionym do reprezentacji wskazany został Kierownik Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej M. A. K. . Główny cel funkcjonowania zespołu określony został, jako wykonywanie działalności leczniczej polegającej na udzielaniu świadczeń zdrowotnych

Z odpisu KRS Szpitala Solec Sp. z o.o. o numerze 0000368174 z 04.12.2015 r. wynika, iż jedynym wspólnikiem i jednocześnie jednym z Członków Zarządu reprezentującym wspólnie podmiot jest M. A. K. .

W wyjaśnieniach z dnia 18.12.2015 r. Szpital Solec Sp. z o.o. wskazał, iż z dniem 28.11.2015 r. M. A. K. złożyła rezygnację z pełnienia funkcji członka zarządu, którą pełniła na dzień złożenia oferty.

W aktach sprawy znajduje się pismo skierowane przez Zamawiającego do Odwołującego z dnia 20.11.2015 r., w którym Zamawiający zwrócił się o zajęcie stanowiska w sprawie zastrzeżeń, jakie zgłosił Zamawiającemu wykonawca Szpital Solec, a dotyczące wysokości ceny za badania funkcjonariuszy pobierających naukę w SGSP w ramach służby kandydackiej (badania okresowe), co stwarzać ma ryzyko niskiej jakości oferowanych usług.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności faktyczne Izba uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadniczo istotnym w sprawie było stwierdzenie, czy poprzez fakt sprawowania przez Miasto Stołeczne Warszawa nadzoru nad zakładami leczniczymi oraz występujących na moment złożenia ofert w postępowaniu powiązań osobowych pomiędzy tymi podmiotami przez osobę M. K., Odwołujący pozostawał ze Szpitalem Solec Sp. z o.o. w jednej grupie kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. W przypadku udzielenia na tak postawione pytanie odpowiedzi twierdzącej, w dalszej kolejności koniecznym byłoby stwierdzenie, iż Odwołujący nie wykazał, aby powiązania występujące pomiędzy podmiotami składającymi oferty w postępowaniu nie prowadziły do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, stanowiące przesłankę do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy.

Zamawiający wskazał, iż Odwołujący złożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej, tymczasem ze statutu, odpisu z KRS SZPZLO Warszawa-Wawer oraz odpisu z KRS Szpitala Solec Sp. z o.o. wynika, że funkcję podmiotu tworzącego oraz organu nadzorującego SZPZLO Warszawa – Wawer wykonuje m.st. Warszawa, zaś w Szpitalu Solec Sp. z o.o. jedynym udziałowcem jest również m.st. Warszawa. W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający powołał się na stanowisko judykatury, w którym przyznano na gruncie ustawy antymonopolowej jednostkom samorządu terytorialnego status przedsiębiorcy (art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów). Zdaniem Zamawiającego powyższe powodowało, iż Odwołujący pozostawał w jednej grupie kapitałowej ze Szpitalem Solec Sp. z o.o., jako przedsiębiorcami kontrolowanymi w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę – Miasto Stołeczne Warszawa.

Izba uznała, iż samo stwierdzenie faktu powołania z Miastem Stołecznym Warszawa przedsiębiorcy – Odwołującego oraz posiadania przez Miasto całości udziałów w Szpitalu Solec Sp. z o.o., nie jest wystarczające dla uznania, iż Miasto Stołeczne Warszawa jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a uokik, tj. osobą prawną organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej. Przywołane przez Zamawiającego tezy z orzeczeń Sądów oraz decyzji UOKiK dotyczyły stanów faktycznych, w których oceniano praktyki jednostek samorządu terytorialnego, jako ograniczające konkurencję na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oceniane były działania jednostek podejmowane w ramach kompetencji władczych polegające na stawianiu konkretnych wymagań, kształtowaniu zasad wiążących uczestników obrotu gospodarczego (m.in. związane z wydaniem zezwoleń na odbieranie odpadów, ustalaniem opłat za czynności administracyjno-techniczne). W każdym z tych stanów, oceniane były działania jednostek podejmowane w ramach wykonywanych samodzielnie przez gminy zadań własnych (organizacji lub świadczenia usług użyteczności publicznej).

Powyższe, w ocenie Izby wskazywało na istotną dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie kwestię związaną z oceną działań jednostki samorządu terytorialnego, jako podejmowanych przez przedsiębiorcę w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a uokik, dla której koniecznym było stwierdzenie, iż m.st. Warszawa podejmuje poprzez nadzór nad zakładami leczniczymi działania władcze mogące kształtować zachowania uczestników na rynku usług medycznych. Zamawiający wybiórczo przywołał fragment uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20.11.2008 r., sygn. akt III SK 12/08 pomijając istotne jego fragmenty, w których między innymi wskazano, iż *działalność organów państwa lub jednostek samorządu terytorialnego, polegająca na korzystaniu z przysługujących im kompetencji władczych pozostaje – co do zasady – poza zakresem norm prawa ochrony konkurencji, gdyż nie jest to działalność podejmowana przez uczestników rynku, mimo iż może dotyczyć zasad funkcjonowania określonego rynku i wpływać na poziom konkurencji, poprzez regulowania barier wejścia. W tym ujęciu zarządzenia lub uchwały organów jednostek samorządu terytorialnego (...) co do zasady są poza sferą zainteresowania organów antymonopolowych, ponieważ są związane z wykonywaniem władzy publicznej (por. wyrok ETS w sprawie 30/87 Bodson p. Pompes Funbres des Regions Liberees SA, Rec.1988, 2479). Takie zarządzenia lub uchwały mają status aktu prawa miejscowego, są instrumentem korzystania przez gminę (miasto) z przysługujących jej uprawnień władczych i służą realizacji zadań własnych (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 29 grudnia 2005 r., sygn. akt II OSK 394/05, Wspólnota z 2006 r., Nr 17, s.49; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 9 listopada 2006 r., sygn. akt II OSK 1311/05, niepubl.). Jednakże w obszarze polskiego prawa ochrony konkurencji treść tych aktów może stanowić podstawę zarzutu naruszenia zakazu*

nadużywania pozycji dominującej z uwagi na szczególną regulację statusu jednostek samorządu terytorialnego, które w zakresie, w jakim wydają akty prawa miejscowego regulujące zasady świadczenia usług użyteczności publicznej na ich terenie, mają status przedsiębiorców (...). Pod pojęciem organizowania usług o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a ustawy należy rozumieć działalność jednostek samorządu terytorialnego, która polega na tworzeniu wszelkiego rodzaju ram świadczenia takich usług przez innych przedsiębiorców, w tym określaniu za pomocą aktów prawa miejscowego normatywnych warunków ubiegania się o zezwolenie na prowadzenie działalności z zakresu usług użyteczności publicznej oraz zasad wykonywania takiej działalności.

W niniejszym stanie faktycznym Izba uznała, iż nie było podstaw do stwierdzenia, aby miasto poprzez stworzenie zakładu opieki medycznej, czy też sprawowanie nadzoru nad jego działalnością organizowało świadczenie usługi użyteczności publicznej, poprzez kształtowanie zachowań innych uczestników rynku, ingerując tym samym w stan konkurencji. Jedynie taki wymiar czynności władczych miasta mógłby wskazywać na jego status, jako przedsiębiorcy na gruncie art. 4 pkt. 1 lit a uokik. Tym samym nie było zasadnym stwierdzenie, iż Odwołujący pozostaje w grupie kapitałowej z innym przedsiębiorcą przez fakt powiązań istniejących pomiędzy tymi podmiotami, a m.st. Warszawa.

Odnośnie drugiej z podstaw wskazanej przez Zamawiającego, a dotyczącej powiązań osobowych pomiędzy Odwołującym, a Szpitalem Solec Sp. z o.o. Izba uznała, iż nie świadczyły one o sprawowaniu przez jednego przedsiębiorcę kontroli nad tymi podmiotami. Izba w całości przychyliła się do stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 8.12.2014 r., sygn. akt KIO 2454/14, w którym wskazano na brak możliwości uznania za odpowiadającą definicji grupy kapitałowej sytuację, w której kontrola nad danym przedsiębiorcą sprawowana byłaby łącznie przez dwóch przedsiębiorców, a co ma miejsce w niniejszej sprawie. Z uzasadnienia wyroku wynika, iż w art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wprost i literalnie wskazuje na konieczność kontroli jednego przedsiębiorcy nad innymi, nie zaś kontrolę kilku przedsiębiorców nad innymi. Ustawodawca w tym zakresie posłużył się - w przeciwieństwie do innych przepisów tej ustawy (np. art. 13 ust. 2 pkt 2 tej ustawy „... bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców”) - wyłącznie liczbą pojedynczą rzeczownika „przedsiębiorca” („... są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę ...”). Wykładania literalna przepisów powinna – zgodnie z orzecnictwem Sądu Najwyższego – mieć pierwszeństwo przed innym rodzajem wykładni. Powyższe ma znaczenie szczególne w przypadku, kiedy należy dokonywać interpretacji wskazanego przepisu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w kontekście określonych negatywnych skutków dla

wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego z tytułu wypełnienia się dyspozycji art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (pozostawania w grupie kapitałowej).

Taki sposób wykładni art. 4 pkt 14 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jak prezentuje Izba, znajduje potwierdzenie w decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 26 stycznia 2007 r. (DAR-421-13/06/EK), w której wskazuje się wprost, że z definicji grupy kapitałowej zawartej w przywołanym przepisie wynika, że kontrolę w grupie może sprawować tylko jeden przedsiębiorca, gdyż sprawowanie wspólnej kontroli wyklucza istnienie decydującego wpływu jednego przedsiębiorcy. Stąd też Prezes UOKiK wywodzi, że przedsiębiorą, nad którym sprawowana jest wspólna kontrola nie należy do grupy kapitałowej żadnego z przedsiębiorców posiadających nad nim wspólną kontrolę.

Jak wynika z dokumentów rejestrowych Szpital Solec Sp. z o.o. osoba wskazana przez Zamawiającego osoba, w momencie złożenia ofert w postępowaniu była jednym z dwóch członków zarządu uprawnionych do łącznej reprezentacji spółki, a tym samym nie mogła samodzielnie kontrolować tego przedsiębiorcy, co powodowało, iż w stosunku do tego przedsiębiorcy nie została spełniona przesłanka do uznania, iż pozostaje on w tej samej grupie kapitałowej z Odwołującym.

Powyższe w zasadzie jest wystarczające do stwierdzenia wadliwości decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy. odnosząc się jednak do dalszej argumentacji Zamawiającego Izba wskazuje, iż ocena wyjaśnień złożonych przez Odwołującego jako ogólnikowych, a tym samym niedostatecznych dla wykazania, że istniejące powiązania pomiędzy podmiotami nie prowadziły do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu, była nieprawidłowa. Przede wszystkim sam Zamawiający wzywając do złożenia wyjaśnień w tym zakresie poza przywołaniem brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 5 Ustawy nie wskazał konkretnych okoliczności, które miałyby wskazywać na istnienie grupy kapitałowej. Powodowało to ten skutek, iż Odwołujący musiał domyślać się co Zamawiający miał na myśli żądając od wykonawcy wyjaśnień, a co wynika z konstrukcji odpowiedzi, w której wskazuje na możliwe jego zdaniem okoliczności, z jakich Zamawiający wywodził podstawę do wezwania o wyjaśnienia (składanie ofert w konsorcjum ze Szpitalem Solec Sp. z o.o., czy też powiązania osobowe). W świetle tych okoliczności odpowiedź nie musiała czynić zadość oczekiwaniom Zamawiającego, które nie zostały wprost wyartykułowane w treści pisma z dnia 17.12.2015 r. Odwołujący nie odniósł się do określonych przez Zamawiającego dopiero w decyzji o wykluczeniu z postępowania *powiązań kapitałowych*, które, jak wskazano powyżej, nie uzasadniały stwierdzenia, że Odwołujący pozostaje w grupie kapitałowej ze Szpitalem Solec Sp. z o.o. Dodatkowo Izba ustaliła na podstawie złożonej do akt sprawy dokumentacji postępowania, iż Szpital Solec

Sp. z o.o. w piśmie z dnia 18.12.2015 r. wskazywał Zamawiającemu na możliwość zniżenia ceny w ofercie Odwołującego, mogącej wpływać na obniżenie jakości usługi. Powyższe miałyby znaczenie, gdyby przyjąć, że Odwołujący pozostaje w grupie kapitałowej, dla oceny czy udział tych podmiotów nie prowadził do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mając jednak na uwadze, iż Odwołujący nie pozostaje w jednej grupie kapitałowej z Szpitalem Solec Sp. z o.o. rozważania w tym zakresie nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż w stosunku do Odwołującego nie została spełniona przesłanka do wezwania o złożenie wyjaśnień na podstawie art. 24b Ustawy.

Mając powyższe na względzie Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy uwzględniła odwołanie w całości i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i przywrócenie do tej oceny oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: