

Sygn. akt KIO 2053/17
KIO 2054/17

WYROK
z dnia 12 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Beata Konik
Jan Kuzawiński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 2 października 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „ALTOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** (sygn. akt KIO 2053/17)
- B. w dniu 2 października 2017 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** (sygn. akt KIO 2054/17)

w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Z.U. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „U.” Z.U., WIESTAR** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i **SISTEMA HITS** spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Przasnyska 75, 06-200 Maków Mazowiecki zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2053/17 po stronie zamawiającego

- B. wykonawcy Saferoad Grawil spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Komunalna 7, 87-800 Włocławek zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2054/17 po stronie zamawiającego
- C. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: RECTOR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i WIESTAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Bora Komorowskiego 35/7, 03-982 Warszawa zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2054/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołania,**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „ALTOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:
 - A. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „ALTOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** tytułem wpisu od odwołania,
 - B. kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo**

Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „ALTOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki, w tym:

- A. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „ALTOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (KIO 2053/17),
- B. kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** na rzecz **Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt KIO 2054/17)

2.3 nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „ALTOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki i wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne**

i Drogowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki kwoty **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), w tym:

- A. kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „ALTOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** tytułem nadpłaconego wpisu,

- B. kwoty **5 000 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy) na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 28, 05-300 Mińsk Mazowiecki** tytułem nadpłaconego wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) 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 :

.....

.....

Sygn. akt KIO 2053/17

Sygn. akt KIO 2054/17

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 14 zadań”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r., poz. 1579), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 28 czerwca 2017 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2017/S 121-245107.

Sprawa o sygn. akt KIO 2053/17:

W dniu 2 października 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „ALTOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Odwołujący 1”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w Zadaniu nr 11 polegających na wykluczeniu Odwołującego 1 z postępowania na podstawie 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty Odwołującego 1 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący 1 zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i przez błędne przyjęcie, że Odwołujący 1 należy do tej samej grupy kapitałowej, co inny wykonawca, który złożył ofertę lub ofertę częściową w tym samym postępowaniu, oraz że Odwołujący 1 nie wykazał, że istniejące powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w (danym) postępowaniu o udzielenie zamówienia, bez uwzględnienia odrębności postępowań na poszczególne zadania, prowadzonych przez Zamawiającego w trybie podziału zamówienia na części (zgodnie z art. 36aa ustawy Pzp),

2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego 1 przy błędnym przyjęciu, iż Odwołujący 1 miał nie wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia,

3) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że Odwołujący 1 w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa miał przedstawić informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w wyniku powyższego także naruszenie art. 7 § 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawną dyskryminację Odwołującego 1,

4) naruszenie art. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, w szczególności wyrażające się w uznaniu, że treść oferty Odwołującego 1 nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), a w konsekwencji błędne odrzucenie oferty Odwołującego 1.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 1 podniósł, że pomimo, iż w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 8 września 2017 r. Odwołujący 1 pismem z dnia 13 września 2017 r. (nr pisma PBDiM sp. z o.o./D8/566/2017) szczegółowo wykazał brak jakichkolwiek podstaw do wykluczenia, wyjaśnienia te zostały w całości zignorowane przez Zamawiającego i potraktowane jako niebyłe, zaś w uzasadnieniu informacji o wykluczeniu wykonawcy z dnia 21 września 2017 r. Zamawiający odwołał się do wyroku KIO z dnia 6 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 283/17, KIO 291/17, KIO 298/17), który zapadł w odmiennym stanie faktycznym.

W szczególności, jak zauważył Odwołujący 1, odmiennie niż w przedmiotowej sprawie, w stanie faktycznym leżącym u podstaw ww. orzeczenia KIO miało miejsce udowodnione porozumienie spółek z jednej grupy kapitałowej odnośnie treści składanych ofert, bezsporna pełna świadomość treści obu ofert w obu spółkach, w szczególności wyrażająca się podpisaniem przez tą samą osobę ofert obu wykonawców oraz oświadczeń o braku przynależności do grupy kapitałowej. Jak zauważył Odwołujący 1, Zamawiający, dokonując błędnej subsumpcji stanu faktycznego niniejszej sprawy pod hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, całkowicie pominął udzielone przez Odwołującego 1 wyjaśnienia, mylnie przyjmując ustalenia faktyczne ze sprawy objętej orzeczeniem KIO z dnia 6 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 283/17, KIO 291/17, KIO 298/17). Dla przykładu Odwołujący 1 wskazał na zawarty na stronie 3 pisma Zamawiającego fragment „Jak wynika z wyjaśnień PBDiM-Sp. z o.o.-D.8/565/2017 z dnia 13.09.2017 r, oba podmioty nie zamierzały ze sobą konkurować” co, jak wskazał Zamawiający, powoduje, iż „zatem świadomie wykonawcy ci wykorzystali wiedzę co do zakresu własnych ofert, aby uniknąć zbędnej konkurencji i stworzyć jak najlepsze warunki dla podmiotów z grupy kapitałowej”. Odwołujący 1 stwierdził, że zacytowana wypowiedź jest cytatem z wyroku KIO z dnia 6 marca 2017 r, zaś w piśmie PBDiM z dnia 13 września 2017 r. (o numerze PBDiM-Sp. z o.o.-D.8/566/2017, a nie PBDiM-Sp. z o.o.- D.8/565/2017, które to pismo zostało złożone w postępowaniu dotyczącym innego zadania - Zadania nr 5) nie tylko nie znalazło się twierdzenie, jakoby Odwołujący 1

i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. miały porozumieć się, że „nie zamierzają ze sobą konkurować”, ale wręcz odwrotnie - iż wykonawcy ci nie porozumiewali się i nie konsultowali ze sobą w żaden sposób jakichkolwiek czynności związanych z przygotowaniem, czy też złożeniem ofert. Zdaniem Odwołującego 1, tak rażąco przeinaczenie stanu faktycznego uzasadnia wątpliwości, czy Zamawiający zapoznał się wnikliwie z wyjaśnieniami Odwołującego 1, czy też decyzję swoją oparł jedynie na skopiowanym orzeczeniu KIO, zapadłym w zupełnie innej sprawie. Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego 1, zarzut nie wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazania braku podstaw do wykluczenia jest całkowicie sprzeczny zarówno ze stanem faktycznym niniejszej sprawy, jak i z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący 1 zaznaczył, że warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp mogą dotyczyć wyłącznie (stosownie do art. 22 ust. 1b ustawy Pzp): kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub zdolności technicznej lub zawodowej. Podkreślił, że przesłanki spełniania warunków udziału w postępowaniu nie można w szczególności mylić z drugą przesłanką możliwości ubiegania się o zamówienie, o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, tj. nie podleganiem wykluczeniu.

Odwołujący 1 stwierdził ponadto, że bezsporne wydaje się, że Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. nie złożyła oferty na żadne z zadań, które pokrywałyby się z ofertami złożonymi przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o., która to spółka w ramach konsorcjum z firmą TAR-POL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tomasz Jaworski złożyła swoje oferty na zupełnie inne zamówienia, tj. na Zadanie nr 4 - Rejon w Mińsku Mazowieckim oraz Zadanie nr 13 - Rejon w Siedlcach. Tym samym, Odwołujący 1 zgodnie z istniejącym stanem faktycznym złożył oświadczenie o następującej treści, wybierając w istocie jedno z dwóch możliwych do złożenia oświadczeń, zawartych w załączonym do SIWZ formularzu oraz uzupełniając jedynie numer Zadania, którego oświadczenie dotyczy: „Biorąc udział w postępowaniu na Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 14 zadań, w zakresie zadania nr 11 znak: GDDKiA.O.WA.D-3.241.31.2017 prowadzonego przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, po zapoznaniu się z informacją, o której mowa w art. 86 ust 5 ustawy pzp, oświadcza co następuje: Oświadczam, że nie należymy do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust 1 pkt. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa Pzp) do której należą inni wykonawcy składający ofertę w postępowaniu”. Odwołujący 1 podkreślił, że wybranie drugiej przygotowanej przez Zamawiającego na ww. formularzu opcji, tzn. oświadczenia o przynależności do grupy

kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, byłoby oświadczeniem nieprawdziwym, ponieważ według najlepszej wiedzy Odwołującego 1, żaden z członków jego grupy kapitałowej nie ubiegał się o zamówienie na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 14 zadań, w zakresie zadania nr 11”.

Jak zaznaczył Odwołujący 1, stanowiący element specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) formularz nr 3.3 nie zawierał innych wzorów oświadczeń, rubryk, ani miejsc na szczegółowe wyjaśnienia, w szczególności w kontekście ewentualnego udziału podmiotów z grupy kapitałowej w postępowaniach na inne zadania. Ewentualna samowolna przeróbka treści formularza w tym zakresie stanowiłaby zaś zmianę oferty w stosunku do SIWZ (w szczególności naruszenie pkt. I.9.3 instrukcji dla wykonawców), co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp uzasadniałoby odrzucenie oferty. Odwołujący zauważył, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, wszelkiego rodzaju nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia lub postanowieniach SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego 1, ta sama zasada znajduje zastosowanie do przygotowywanych przez Zamawiającego załączników do SIWZ.

Odwołujący 1 wskazał, że stanowisko Zamawiającego jest niekonsekwentne w świetle korespondencji kierowanej przez samego Zamawiającego do wykonawców. W piśmie z dnia 21 września 2017 r. Zamawiający wskazał, że Informacja o wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych kierowana jest do „wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu według rozdzielnika”. Tymczasem załączony do pisma rozdzielnik zawiera listę dwóch wykonawców - Odwołującego 1 oraz konsorcjum firm: PHU Z. U., Maków Mazowiecki i SISTEMA HITS Sp. z o.o. z Krakowa, tj. jedynie tych podmiotów, które złożyły oferty w odniesieniu do danej części, tj. Zadania nr 11 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Przasnyszu”.

Odwołujący 1 zwrócił też uwagę na okoliczność, że Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad udziela zamówień na analogiczne usługi, tj. całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA w innych rejonach, niż objęte przedmiotowymi czternastoma zadaniami (np. przetarg organizowany przez Zamawiającego dotyczący utrzymania dróg „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie”, nr O-RZ-D-3.2413.13.2017 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Kielcach z podziałem na 2 części”, wszczęte 15.02.2017 r., nr O.Ki.D-3.2413.2.2017.gk lub przetarg „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i

Autostrad Oddział w Lublinie wraz ze wszystkimi elementami”, nr O.LU.D-3.2413.14.2017.af). W opinii Odwołującego 1, przy konsekwentnym przyjęciu stanowiska Zamawiającego o konieczności odniesienia oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej do wszystkich czternastu części (zadań), wówczas analogicznie, celem zapewnienia uczciwej konkurencji, Zamawiający powinien badać kwestię przynależności do grupy kapitałowej również w ramach innych (odrębnych) postępowań dotyczących dalszych Rejonów Zamawiającego. Są to bowiem analogiczne usługi utrzymania dróg, podobnie jak w przypadku wydzielonych 14 Zadań, realizowane na odrębnych obszarach geograficznych i administracyjnych na rzecz Zamawiającego - Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad.

W ocenie Odwołującego 1, złożone przez Odwołującego 1 oświadczenie odpowiada w pełni regulacjom ustawy Pzp. Odwołujący 1 podkreślił, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, oświadczenie wykonawcy powinno dotyczyć przynależności lub braku 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, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Odwołujący 1 podał, że pod pojęciem „postępowania” ustawodawca rozumie postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt. 7a ustawy Pzp). Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Z definicji tych wprost wynika, zdaniem Odwołującego 1, że cel postępowania o udzielenie zamówienia sprowadza się do wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta jedna umowa w sprawie realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący 1 podniósł, że Zamawiający dopatrując się naruszenia przez wykonawcę art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp dokonuje szeregu błędnych ustaleń natury faktycznej i prawnej. Odwołujący 1 stwierdził, że Odwołujący 1 i powiązana z nim kapitałowo spółka Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. nie złożyli odrębnych ofert, lub ofert częściowych w tym samym postępowaniu, a nadto Odwołujący się w piśmie z dnia 13 września 2017 r. zawierającym wyjaśnienia, ponad wszelką wątpliwość, z najdalej posuniętej ostrożności wyjaśnił również, że powiązania obu spółek w żaden sposób nie zakłócają konkurencji w obu postępowaniach.

Odwołujący 1 wskazał, że w zignorowanej przez Zamawiającego odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 września 2017 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących

oświadczeń i dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do oświadczenia dotyczącego przynależności do tej samej grupy kapitałowej, wskazał na kluczowy w niniejszej sprawie fakt, tj. że przetarg o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie” został przez Zamawiającego podzielony na 14 odrębnych Zadań (części), które to zadania dotyczą prac utrzymaniowych zupełnie odrębnych Rejonów zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie. Konsekwencją powyższego jest, że składa się ono z niezależnych od siebie postępowań, a tym samym w przypadku podziału zamówienia na części (Zadania) *de facto* mamy do czynienia nie z jednym zunifikowanym postępowaniem, lecz z jego autonomicznymi, całkowicie niezależnymi od siebie częściami, co przejawia się zarówno w jego przebiegu, zawieraniu odrębnych umów, jak i ich zupełnie niezależnej realizacji. Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że wyobrazić sobie można całkowite rozejście się tych postępowań już na etapie postępowania o udzielenie poszczególnych zamówień (np. unieważnienie jednego - co zresztą miało miejsce w niniejszej sprawie w odniesieniu do zadań nr 4, nr 12 oraz nr 14, zawarcie umowy w drugim, postępowanie odwoławcze w trzecim itp.), jak również całkowicie różne losy umów zawieranych dla poszczególnych zadań (np. opóźnienie w realizacji jednej, odstąpienie od drugiej, zmiana aneksem trzeciej, całkowite zrealizowanie czwartej). Próba potraktowania wszystkich 14 zadań jako jednego postępowania byłaby, w ocenie Odwołującego 1, sprzeczna nie tylko z wzorcową treścią formularza 3.3 - oświadczenia wykonawcy, ale także z faktem, iż Zamawiający odrębnie sformułował dla poszczególnych Zadań m. in. wymagania techniczne, czy też sprzętowe (vide: SIWZ, pkt. 7 „Warunki udziału w postępowaniu”, Tom I, pkt. 7.2 SIWZ oraz Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia, Załączniki do Opisu Przedmiotu Zamówienia dla poszczególnych Zadań (Rejonów). Przykładowo Odwołujący 1 podał, że Zamawiający zróżnicował wymagane ilości sprzętu koniecznego na etapie realizacji zamówienia (pługosolarki/pługopiaskarki) dla poszczególnych zadań.

Powyższe znajduje, zdaniem Odwołującego 1, potwierdzenie m.in. w okoliczności, że zgodnie z wymogami określonymi w punkcie 16.1 SIWZ („Wymagania dotyczące wadium”), jeżeli oferta składana jest na więcej niż jedno Zadanie, Zamawiający wymaga, aby w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia było ono wnoszone odrębnie dla każdego Zadania. Tym samym, w ocenie Odwołującego 1, zgodnie z intencją Zamawiającego, ale i jedyną możliwą interpretacją przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, przynależność do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp może być rozpatrywana każdorazowo wyłącznie w zakresie poszczególnych części (w tym przypadku Zadań), na które postępowanie zostało podzielone.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący 1, pomimo udzielonych przez Odwołującego 1 wyjaśnień dotyczących braku możliwości wpływu powiązań kapitałowych na potencjalne zakłócenie konkurencji w postępowaniu (samodzielność tych podmiotów, odrębna polityka handlowa, odrębne zasoby techniczne i finansowe), Zamawiający w zasadzie w ogóle nie ustosunkowując się do nich poprzestał na stwierdzeniu, jakoby wykonawca składając wyjaśnienia nie wykazał, że istniejące pomiędzy nim a Przedsiębiorstwem Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący 1 stwierdził, że zarówno przygotowywane przez Zamawiającego dokumenty i formularze, a w szczególności sam formularz oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej, czynności podejmowane przez Zamawiającego odrębnie w zakresie różnych części (Zadań) potwierdzają stanowisko, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z autonomicznymi częściami zamówienia (zadaniami), w znaczeniu art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp, które stanowią odrębne postępowania, nie zaś odrębne oferty w jednym postępowaniu, względnie oferty częściowe w znaczeniu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący 1, pojęcie oferty częściowej zdefiniowane zostało zgodnie z art. 2 pkt. 6 ustawy Pzp jako oferta przewidująca, zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia publicznego. Z kolei, stosownie do art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Odwołujący 1 wskazał, że jak wynika z uzasadnienia pisma Zamawiającego z dnia 13 września 2017 r. (str. 3), prawdopodobnie Zamawiający traktuje ofertę wykonawcy, jako „ofertę częściową”.

Odwołujący 1 zwracając uwagę na dyspozycję art. 32 ust. 4 ustawy Pzp podał, że występująca w tym przepisie dychotomia pojęciowa wskazuje, że inaczej należy rozumieć pojęcia ofert częściowych i udzielania zamówienia w częściach. Odwołujący 1 zaznaczył, że w języku prawniczym różnym zwrotom nie należy nadawać tego samego znaczenia. Odwołujący 1 wskazał również, że powołany przez Zamawiającego jako podstawa wykluczenia Odwołującego 1 art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp nie przewiduje sankcji wykluczenia za złożenie różnych ofert przez wykonawców w postępowaniach, w których Zamawiający udziela zamówienia w częściach. Jak bowiem wynika z jednolitej w tym zakresie i niekwestionowanej judykatury i doktryny, do oznaczenia jednakowych pojęć w tekście prawnym należy posługiwać się jednakowymi określeniami, nie jest dopuszczalne używanie tych samych określeń do oznaczenia różnych określeń czy instytucji prawnych. Podobnie, nie należy posługiwać się różnymi określeniami dla oznaczenia tego samego obiektu, czy instytucji prawnych. Z powyższego wynika, jak zauważył Odwołujący 1, że nie jest możliwe nadanie identycznego znaczenia użytym w art. 32 ust. 4 ustawy Pzp i

przedzielonym alternatywą rozłączna („albo”) pojęciom: ofert częściowych i zamówienia w częściach. Co prawda obie instytucje pod względem proceduralnym charakteryzują się pewnym podobieństwem, nie oznacza to jednak możliwości utożsamiania obu instytucji, a tym bardziej ich mylenia przez Zamawiającego przy wyciąganiu negatywnych dla wykonawcy konsekwencji. Odwołujący 1 przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowanym w licznych orzeczeniach (vide: wyrok KIO z 26 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1181/14, KIO 1182/14, KIO 1183/14, KIO 1194/14, KIO 1195/14, KIO z 26 lutego 2015 r., sygn. KIO 260/15, KIO 261/15), że w przypadku podziału zamówienia na części przyjęć należy, że pomimo pewnych części wspólnych w postępowaniu, w istocie składa się ono z niezależnych od siebie postępowań. W przypadku podziału zamówienia na części, zamawiający dokonuje oceny udziału danego wykonawcy według odrębnych kryteriów dla każdego zadania (części), co ma miejsce również w niniejszej sprawie, gdzie oferty złożone na każde z poszczególnych czternastu Zadań rozpatrywane są niezależnie. Jak podkreślił Odwołujący 1, w każdej z tych części odrębnie oceniani są wykonawcy z punktu widzenia spełnienia warunków podmiotowych i ewentualnych przesłanek wykluczenia, jak również złożone przez nich oferty podlegają odrębnej i niezależnej ocenie pod kątem zgodności ich treści z postanowieniami SIWZ i przepisów ustawy Pzp. Odwołujący 1 zaznaczył, że efektem końcowym części zamówienia (przy podziale zamówienia na części) jest - po przeprowadzeniu oddzielnych postępowań - zawarcie odrębnych, niezależnych i autonomicznych umów, których przedmiotami jest niezależna od siebie realizacja różnych części zamówienia. Z kolei istotą oferty częściowej jest składanie kilku ofert, a co za tym idzie, prowadzenie przez Zamawiającego kilku oddzielnych postępowań w celu realizacji jednego zamówienia (vide: uchwała KIO z dnia 9 kwietnia 2015 r., znak: KIO/KD 19/15). Odwołujący 1 stwierdził, że o ile instytucja ofert częściowych służy uzyskaniu jednego rezultatu, stanowiącego sumę realizacji oddzielnych zamówień, to podział zamówienia na części wydaje się być podyktowany wyłącznie uproszczeniami proceduralnymi związanymi z początkowym opisem przedmiotu zamówienia, jednak finalnie prowadzi do zawarcia całkowicie autonomicznych i niezależnych od siebie umów.

Jak wskazał Odwołujący 1, Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu odrębnie dla każdej części postępowania. Zgodnie z treścią SIWZ (np. Załączników nr 1a - 11 do OST), w odniesieniu do każdego z zadań przewidziane zostały odrębne szczegółowe zakresy robót zimowego utrzymania, odrębne wymagania sprzętowe, organizacyjne (np. w zakresie zorganizowania punktów ZUD itp.). W razie braku spełnienia warunków dla danego zadania, Zamawiający wykluczyłby wykonawcę z powodu niespełnienia warunków tylko w określonej części, a nie z całości, tj. wszystkich 14 zadań. Ewentualne zaskarżenie wyników procedury w stosunku do jednej lub kilku części nie zamknęłoby Zamawiającemu

drogi do zawarcia umów w częściach, w których odwołanie nie zostało wniesione. Wynika to z faktu, że wybór oferty najkorzystniejszej w podzielonych procedurach może mieć miejsce oddzielnie również w różnym czasie i w wyniku osobnych czynności Zamawiającego. Również ewentualne unieważnienie jednej lub większej ilości części nie ma wpływu na inne części. Odwołujący 1 podkreślił, że Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania w zakresie trzech odrębnych zadań, tj. Zadania nr 4 - Rejon w Mińsku Mazowieckim, Zadania nr 12 - Rejon w Radomiu oraz Zadania nr 14 - Rejon w Zwoleniu, a mimo to postępowanie w sprawie Zadania nr 11 toczyło się dalej, całkowicie niezależnie od innych.

Bezspornym jest także, jak zauważył Odwołujący 1, że Odwołujący 1, działając na podstawie art. 24 ust. 11 ustawy Pzp oraz zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ (Tom I „Instrukcja dla wykonawców”, punkt. 9.3 SIWZ) złożył w toku niniejszego postępowania, w ustawowym terminie, oświadczenie dotyczące braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp z innymi podmiotami ubiegającymi się o to samo zamówienie (zadanie). Przedmiotowe oświadczenie zostało złożone poprzez uzupełnienie przez Odwołującego 1 załączonego do SIWZ formularza (formularz nr 3.3, SIWZ, Tom I, Rozdział 2 „Instrukcja dla wykonawców”) w odniesieniu do konkretnego postępowania (Zadania), w ramach którego Odwołujący 1 ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, a którego przedmiotem jest „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Przasnyszu” (Zadanie nr 11). Przygotowany przez Zamawiającego formularz oświadczenia o przynależności, czy też o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp, każdorazowo wymagał wyraźnego określenia Zadania, w zakresie którego oświadczenie to zostało złożone. W przypadku, gdy wykonawca złożył oferty na dopuszczone przez Zamawiającego dwa Zadania, konieczne było złożenie dwóch odrębnych oświadczeń, tj. każdorazowo w odniesieniu do odrębnych części (odrębnych Zadań), które miały być objęte odrębnymi umowami zawartymi z wyłonionymi wykonawcami. Zupełnie osobne oświadczenie, dotyczące braku przynależności do grupy kapitałowej zostało złożone przez wykonawcę - konsorcjum z udziałem spółki Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. również w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Mławie” (Zadanie nr 5). Gdyby - jak obecnie twierdzi Zamawiający - ocena przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej dotyczyć miała łącznie wszystkich części (kompleksowo wszystkich 14 Zadań), oświadczenie byłoby jedno i dotyczyłoby wszystkich 14 zadań.

Odwołujący 1 podkreślił także, że w piśmie z dnia 13 września 2017 r. wykonawca, podtrzymując stanowisko o nie składaniu przez żaden podmiot z jego grupy kapitałowej

oferty na Zadanie nr 11, z daleko posuniętej ostrożności zwrócił również uwagę na brak potencjalnego nawet ryzyka zakłócenia konkurencji przez złożenie ofert w różnych postępowaniach. Każde z wydzielonych przez Zamawiającego zadań dotyczyło utrzymania dróg w zupełnie innym rejonie administrowanym przez Zamawiającego (innego obszaru geograficznego). Trudno, zdaniem Odwołującego 1, o uzasadnienie tezy, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie dotyczące utrzymania dróg w obszarze różnych rejonów administrowanych przez Zamawiającego mogliby w jakikolwiek sposób ze sobą konkurować.

Odwołujący 1 stwierdził, że owa rozłączność zadań i losów prawnych obu postępowań oraz ewentualnych umów, oba konsorcja, których członkami są spółki Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz odrębnie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. nie znajdują żadnej płaszczyzny do ewentualnego konkurowania ze sobą. Kluczowe dla określenia pola konkurencji pojęcie „rynku właściwego” w znaczeniu art. 4 pkt. 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Odwołujący 1 zauważył, że w orzecznictwie wskazuje się, że warunkiem *sine qua non* możliwości podjęcia konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami na rynku są jednorodne warunki z punktu widzenia popytu i podaży (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 18 marca 2013 r., sygn. akt VI ACa 1251/12). W świetle dokonanego przez Zamawiającego podziału zamówienia na autonomiczne i nie przenikające się części, Odwołujący wskazał, że Zamawiający sam zdefiniował bariery geograficzne i organizacyjne, które nie mogą zostać przezwyciężone jakimikolwiek działaniami wykonawców, którzy realizować będą różne Zadania. Odwołujący podkreślił, że nie ma możliwości jakiegokolwiek przeniknięcia się poszczególnych Zadań z uwagi właśnie na ich intencjonalne, nieodwracalne podzielenie przez Zamawiającego. Nie ma także - w odróżnieniu od ofert częściowych - powrotu na jakimkolwiek dalszym etapie postępowania lub realizacji umowy, do wykonywania jednego Zadania.

Odwołujący 1 zwrócił uwagę, że jak wskazywał Odwołujący 1 w swoim wyjaśnieniu z dnia 13 września 2017 r., brak jest możliwości potraktowania za zbieżne obszaru działania w odniesieniu do realizacji poszczególnych Zadań, stanowiących przedmioty odrębnych postępowań o udzielenie poszczególnych zamówień i odrębnych umów, usług, które przez nabywcę mogłyby być uznane za substytuty, czy jakichkolwiek innych warunków konkurencji zwycięzców poszczególnych części zamówienia.

Jak zauważył Odwołujący 1, również sposób realizacji poszczególnych Zadań nie uzasadnia żadnych obaw o ewentualne uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Zgodnie bowiem z treścią oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w zakresie Zadania 5 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Mławie”, tj. konsorcjum spółek Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o., wykonawca wskazał, że w zakresie zdolności technicznych będzie polegał na zasobach spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie, Przedsiębiorstwa MIK Roboty Ziemne i Drogowe J. M. oraz spółki Alga Radom Sp. z o.o. Jednocześnie składając ofertę na Zadanie 11 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Przasnyszu” konsorcjum spółek, w którego skład wchodzi Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz „ALTOR” Sp. z o.o. oświadczyło, że wykonawca w zakresie zdolności technicznych będzie polegał na zasobach spółki Remondis Sp. z o.o., Przedsiębiorstwa Budowy i Utrzymania Dróg Sp. z o.o., Ozamet Sp. z o.o. oraz Alga Radom Sp. z o.o.

Odwołujący 1 wskazał też, że konsorcjum spółek z udziałem spółki Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” oraz TAR-POL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. składając oferty na Zadanie nr 4 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Mińsku Mazowieckim” oraz Zadanie nr 13 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Siedlcach” oświadczyło, że zamierza skorzystać ze zdolności technicznych zupełnie innego podmiotu, tj. „FREZDRROM” Siedlce G. K.

Odwołujący 1 oświadczył, że zasoby materiałowo - kadrowe oraz lokalizacja infrastruktury ww. wykonawców, tj. Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., jak i Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. są całkowicie odrębne, niezależne od siebie i autonomiczne. Bazą materiałową, przeznaczoną przez Odwołującego 1 do realizacji niniejszego Zadania nr 11 jest Wytwórnia Mas Bitumicznych w Osowcu Szlacheckim, należąca do Odwołującego 1. Według najlepszej wiedzy Odwołującego 1, spółka Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. dysponuje własną Wytwornią Mas Bitumicznych, zlokalizowaną w Ujrzanowie k/Siedlec, obsługującą terytorialnie zadania z tamtejszego rynku. Odwołujący 1 dodał, że przesłanka wykazania, że powiązania kapitałowe nie zakłócą konkurencji w danym postępowaniu wymagałaby spełnienia warunku istnienia jednego postępowania, co wobec podziału zamówienia na 14 części nie jest spełnione. Odwołujący 1 podał ponadto, że zgodnie z podstawowymi zasadami ekonomii, składanie większej ilości ofert (a więc zwiększenie podaży) jest procesem korzystnym dla konkurencji, zaś sztuczne ograniczanie

podażą (m.in. poprzez rozszerzające traktowanie odrębnych zadań jako jednej całości) z pewnością nie służy wzmocnieniu konkurencyjności między przedsiębiorstwami.

Jak wskazał Odwołujący 1, w Informacji o wykluczeniu wykonawcy Zamawiający wskazał, jakoby z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp wprost miało wynikać, iż „podstawa wykluczenia zachodzi, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożą oferty częściowe na różne części zamówienia”. Odwołujący 1 nie zgodził się z tym stanowiskiem argumentując, iż przepis ten nie zawiera regulacji dotyczącej oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w przypadku podziału zamówienia na części.

Jednocześnie Odwołujący 1 podniósł, że Zamawiający w zupełnie nieuzasadniony sposób utożsamia ewentualne podstawy wykluczenia wykonawcy w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp z podstawami odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący 1, nawet, w sytuacji, gdyby podmioty należące do jednej grupy kapitałowej złożyły równocześnie oferty w ramach tego samego postępowania łącznie na większą ilość części (Zadań) niż dopuszczone przez zamawiającego i jednocześnie nie wykazały braku negatywnego wpływu na konkurencję, nie oznacza to, że oferty te byłyby automatycznie niezgodne z SIWZ. Przynależność do jednej grupy kapitałowej nie oznacza bowiem, że podmioty te są tymi samymi wykonawcami. Wręcz przeciwnie, każdy z nich pozostaje odrębnym wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp. Odwołujący 1 wskazał, że zgodnie z art. 2 pkt. 11 ustawy Pzp pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Przynależność do grupy kapitałowej dwóch odrębnych wykonawców nie uprawnia w żaden sposób do przyjęcia, iż powinni być oni przez Zamawiającego traktowani jako jeden i ten sam wykonawca. Takie rozumowanie nie znajduje oparcia w żadnym przepisie ustawy Pzp. Odwołujący 1 zauważył, że w przedmiotowej sprawie, zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie 2 części (zadania) (punkt. 5.1. SIWZ „Przedmiot zamówienia”). Bezspornym jest, iż Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., jako członek konsorcjum ze spółką „ALTOR” Sp. z o.o. oraz ze spółką „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o. złożył ofertę, zgodnie z postanowieniami SIWZ, tylko na dwie części, tj. na zadanie nr 11 („Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Przasnyszu”) oraz odpowiednio na zadanie nr 5 („Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Mławie”). Oczywistym jest przy tym, iż podmiot trzeci (niezależnie od faktu przynależności do grupy kapitałowej), i to w dodatku działający w ramach osobnych konsorcjów, jest odrębnym wykonawcą. Zdaniem Odwołującego 1, Zamawiający w nieuprawniony sposób dokonał dowolnej interpretacji i

rozszerzenia definicji wykonawcy, co w konsekwencji oznaczało błędne przyjęcie przez Zamawiającego, jakoby oferta PBDiM Sp. z o.o. miała być niezgodna z SIWZ.

Odwołujący 1 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego 1 z postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego 1, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego 1;
- 2) dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności w nim przywołane,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, obejmującymi poniesione koszty wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego 1.

Sprawa o sygn. akt KIO 2054/17:

W dniu 2 października 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Odwołujący 2”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w Zadaniu nr 5 polegających na wykluczeniu Odwołującego 2 z postępowania na podstawie 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty Odwołującego 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący 2 zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i przez błędne przyjęcie, że Odwołujący 2 należy do tej samej grupy kapitałowej, co inny wykonawca, który złożył ofertę lub ofertę częściową w tym samym postępowaniu, oraz że Odwołujący 2 nie wykazał, że istniejące powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w (danym) postępowaniu o udzielenia zamówienia, bez uwzględnienia odrębności postępowań na poszczególne zadania, prowadzonych przez Zamawiającego w trybie podziału zamówienia na części (zgodnie z art. 36aa ustawy Pzp),
- 2) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji wykluczenie Odwołującego 2 przy błędnym przyjęciu, iż Odwołujący 2 miał nie wykazać spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw wykluczenia,
- 3) naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i przyjęcie, że Odwołujący 2 w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa miał przedstawić informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a w wyniku

powyższego także naruszenie art. 7 § 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawną dyskryminację Odwołującego 2,

4) naruszenie art. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, w szczególności wyrażające się w uznaniu, że treść oferty Odwołującego 2 nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji błędne odrzucenie oferty Odwołującego 2.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący 2 podniósł, że pomimo, iż w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 8 września 2017 r. Odwołujący 2 pismem z dnia 13 września 2017 r. (nr pisma PBDiM sp. z o.o./D8/565/2017) szczegółowo wykazał brak jakichkolwiek podstaw do wykluczenia, wyjaśnienia te zostały w całości zignorowane przez Zamawiającego i potraktowane jako niebyłe, zaś w uzasadnieniu informacji o wykluczeniu wykonawcy z dnia 21 września 2017 r. Zamawiający odwołał się do wyroku KIO z dnia 6 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 283/17, KIO 291/17, KIO 298/17), który zapadł w odmiennym stanie faktycznym.

W szczególności, jak zauważył Odwołujący 2, odmiennie niż w przedmiotowej sprawie, w stanie faktycznym leżącym u podstaw ww. orzeczenia KIO miało miejsce udowodnione porozumienie spółek z jednej grupy kapitałowej odnośnie treści składanych ofert, bezsporna pełna świadomość treści obu ofert w obu spółkach, w szczególności wyrażająca się podpisaniem przez tą samą osobę ofert obu wykonawców oraz oświadczeń o braku przynależności do grupy kapitałowej. Jak zauważył Odwołujący 2, Zamawiający, dokonując błędnej subsumpcji stanu faktycznego niniejszej sprawy pod hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, całkowicie pominął udzielone przez Odwołującego 2 wyjaśnienia, mylnie przyjmując ustalenia faktyczne ze sprawy objętej orzeczeniem KIO z dnia 6 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 283/17, KIO 291/17, KIO 298/17). Dla przykładu Odwołujący 2 wskazał na zawarty na stronie 3 pisma Zamawiającego fragment „Jak wynika z wyjaśnień PBDiM-Sp. z o.o.-D.8/565/2017 z dnia 13.09.2017 r, oba podmioty nie zamierzały ze sobą konkurować” co, jak wskazał Zamawiający, powoduje, iż „zatem świadomie wykonawcy ci wykorzystali wiedzę co do zakresu własnych ofert, aby uniknąć zbędnej konkurencji i stworzyć jak najlepsze warunki dla podmiotów z grupy kapitałowej”. Odwołujący 2 stwierdził, że zacytowana wypowiedź jest cytatem z wyroku KIO z dnia 6 marca 2017 r, zaś w piśmie PBDiM z dnia 13 września 2017 r. nie tylko nie znalazło się twierdzenie, jakoby Odwołujący 2 i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. miały porozumieć się, że „nie zamierzają ze sobą konkurować”, ale wręcz odwrotne - iż wykonawcy ci nie porozumiewali się i nie konsultowali ze sobą w żaden sposób jakichkolwiek czynności związanych z przygotowaniem, czy też złożeniem ofert. Zdaniem Odwołującego 2, tak rażące przeinaczenie stanu faktycznego uzasadnia wątpliwości, czy Zamawiający zapoznał się wnikliwie z wyjaśnieniami Odwołującego 2, czy też decyzję swoją oparł jedynie na skopiowanym orzeczeniu KIO, zapadłym w zupełnie innej sprawie. Wobec powyższego,

w ocenie Odwołującego 2, zarzut nie wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazania braku podstaw do wykluczenia jest całkowicie sprzeczny zarówno ze stanem faktycznym niniejszej sprawy, jak i z przepisami ustawy Pzp. Odwołujący 2 zaznaczył, że warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp mogą dotyczyć wyłącznie (stosownie do art. 22 ust. 1b ustawy Pzp): kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub zdolności technicznej lub zawodowej. Podkreślił, że przesłanki spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie można w szczególności mylić z drugą przesłanką możliwości ubiegania się o zamówienie, o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, tj. nie podleganiem wykluczeniu.

Odwołujący 2 stwierdził ponadto, że bezsporne wydaje się, że Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. nie złożyła oferty na żadne z zadań, które pokrywałyby się z ofertami złożonymi przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o., która to spółka w ramach konsorcjum z firmą TAR-POL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. złożyła swoje oferty na zupełnie inne zamówienia, tj. na Zadanie nr 4 - Rejon w Mińsku Mazowieckim oraz Zadanie nr 13 - Rejon w Siedlcach. Tym samym, Odwołujący 2 zgodnie z istniejącym stanem faktycznym złożył oświadczenie o następującej treści, wybierając w istocie jedno z dwóch możliwych do złożenia oświadczeń, zawartych w załączonym do SIWZ formularzu oraz uzupełniając jedynie numer Zadania, którego oświadczenie dotyczy: „Biorąc udział w postępowaniu na Czatoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 14 zadań, w zakresie zadania nr 5 znak: GDDKiA.O.WA.D-3.241.31.2017 prowadzonego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, po zapoznaniu się z informacją, o której mowa w art. 86 ust 5 ustawy pzp, oświadczam co następuje: Oświadczam, że nie należymy do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust 1 pkt. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa Pzp) do której należą inni wykonawcy składający ofertę w postępowaniu”. Odwołujący 2 podkreślił, że wybranie drugiej przygotowanej przez Zamawiającego na ww. formularzu opcji, tzn. oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej z innym wykonawcą, który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu, byłoby oświadczeniem nieprawdziwym, ponieważ według najlepszej wiedzy Odwołującego 2, żaden z członków jego grupy kapitałowej nie ubiegał się o zamówienie na „Czatoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 14 zadań, w zakresie zadania nr 5”.

Jak zaznaczył Odwołujący 2, stanowiący element SIWZ formularz nr 3.3 nie zawierał innych wzorów oświadczeń, rubryk, ani miejsc na szczegółowe wyjaśnienia, w szczególności

w kontekście ewentualnego udziału podmiotów z grupy kapitałowej w postępowaniach na inne zadania. Ewentualna samowolna przeróbka treści formularza w tym zakresie stanowiłaby zaś zmianę oferty w stosunku do SIWZ (w szczególności naruszenie pkt. I.9.3 instrukcji dla wykonawców), co zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp uzasadniałoby odrzucenie oferty. Odwołujący 2 zauważył, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO, wszelkiego rodzaju nieścisłości w opisie przedmiotu zamówienia lub postanowieniach SIWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie Odwołującego 2, ta sama zasada znajduje zastosowanie do przygotowywanych przez Zamawiającego załączników do SIWZ.

Odwołujący 2 wskazał, że stanowisko Zamawiającego jest niekonsekwentne w świetle korespondencji kierowanej przez samego Zamawiającego do wykonawców. W piśmie z dnia 21 września 2017 r. Zamawiający wskazał, że Informacja o wykonawcach wykluczonych i ofertach odrzuconych kierowana jest do „wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu według rozdzielnika”. Tymczasem załączony do pisma rozdzielnik zawiera listę czterech wykonawców - Odwołującego 2, Saferoad Grawil Sp. z o.o., Konsorcjum firm: ROMIL Sp. z o.o., Biomas Polska Sp. z o.o., Polbud Partner Sp. z o.o. oraz Konsorcjum firm: RECTOR Sp. z o.o. i WIESTAR Sp. z o.o., tj. jedynie tych podmiotów, które złożyły oferty w odniesieniu do danej części, tj. Zadania nr 5 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Mławie”.

Odwołujący 2 zwrócił też uwagę na okoliczność, że Zamawiający - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad udziela zamówień na analogiczne usługi, tj. całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA w innych rejonach, niż objęte przedmiotowymi czternastoma zadaniami (np. przetarg organizowany przez Zamawiającego dotyczący utrzymania dróg „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie”, nr O-RZ-D-3.2413.13.2017, „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Kielcach z podziałem na 2 części”, wszczęte 15.02.2017 r., nr O.Ki.D-3.2413.2.2017.gk lub przetarg „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez Generalną Dyрекję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Lublinie wraz ze wszystkimi elementami”, nr O.LU.D-3.2413.14.2017.af). W opinii Odwołującego 2, przy konsekwentnym przyjęciu stanowiska Zamawiającego o konieczności odniesienia oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej do wszystkich czternastu części (zadań), wówczas analogicznie, celem zapewnienia uczciwej konkurencji, Zamawiający powinien badać kwestię przynależności do grupy kapitałowej również w ramach innych (odrębnych) postępowań dotyczących dalszych Rejonów Zamawiającego. Są to bowiem analogiczne usługi utrzymania dróg, podobnie jak w

przypadku wydzielonych 14 Zadań, realizowane na odrębnych obszarach geograficznych i administracyjnych na rzecz Zamawiającego - Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad.

W ocenie Odwołującego 2, złożone przez Odwołującego 2 oświadczenie odpowiada w pełni regulacjom ustawy Pzp. Odwołujący 2 podkreślił, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, oświadczenie wykonawcy powinno dotyczyć przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co inni wykonawcy, którzy złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Odwołujący 2 podał, że pod pojęciem „postępowania” ustawodawca rozumie postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2 pkt. 7a ustawy Pzp). Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp, przez zamówienie publiczne należy rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Z definicji tych wprost wynika, zdaniem Odwołującego 2, że cel postępowania o udzielenie zamówienia sprowadza się do wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta jedna umowa w sprawie realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący 2 podniósł, że Zamawiający dopatrując się naruszenia przez wykonawcę art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp dokonuje szeregu błędnych ustaleń natury faktycznej i prawnej. Odwołujący 2 stwierdził, że Odwołujący 2 i powiązana z nim kapitałowo spółka Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. nie złożyli odrębnych ofert, lub ofert częściowych w tym samym postępowaniu, a nadto Odwołujący 2 w piśmie z dnia 13 września 2017 r. zawierającym wyjaśnienia, ponad wszelką wątpliwość, z najdalej posuniętej ostrożności wyjaśnił również, że powiązania obu spółek w żaden sposób nie zakłócają konkurencji w obu postępowaniach.

Odwołujący 2 wskazał, że w zignorowanej przez Zamawiającego odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 września 2017 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń i dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do oświadczenia dotyczącego przynależności do tej samej grupy kapitałowej, wskazał na kluczowy w niniejszej sprawie fakt, tj. że przetarg o udzielenie zamówienia publicznego na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie” został przez Zamawiającego podzielony na 14 odrębnych Zadań (części), które to zadania dotyczą prac utrzymaniowych

zupełnie odrębnych Rejonów zarządzanych przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie. Konsekwencją powyższego jest, że składa się ono z niezależnych od siebie postępowań, a tym samym, w przypadku podziału zamówienia na części (Zadania) *de facto* mamy do czynienia nie z jednym zunifikowanym postępowaniem, lecz z jego autonomicznymi, całkowicie niezależnymi od siebie częściami, co przejawia się zarówno w jego przebiegu, zawieraniu odrębnych umów, jak i ich zupełnie niezależnej realizacji.

Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że wyobrazić sobie można całkowite rozejście się tych postępowań już na etapie postępowania o udzielenie poszczególnych zamówień (np. unieważnienie jednego - co zresztą miało miejsce w niniejszej sprawie w odniesieniu do zadań nr 4, nr 12 oraz nr 14, zawarcie umowy w drugim, postępowanie odwoławcze w trzecim itp.), jak również całkowicie różne losy umów zawieranych dla poszczególnych zadań (np. opóźnienie w realizacji jednej, odstąpienie od drugiej, zmiana aneksem trzeciej, całkowite zrealizowanie czwartej). Próba potraktowania wszystkich 14 zadań jako jednego postępowania byłaby, w ocenie Odwołującego 2, sprzeczna nie tylko z wzorcową treścią formularza 3.3 - oświadczenia wykonawcy, ale także z faktem, iż Zamawiający odrębnie sformułował dla poszczególnych Zadań m. in. wymagania techniczne, czy też sprzętowe (vide: SIWZ, pkt. 7 „Warunki udziału w postępowaniu”, Tom I, pkt. 7.2 SIWZ oraz Tom III Opis Przedmiotu Zamówienia, Załączniki do Opisu Przedmiotu Zamówienia dla poszczególnych Zadań (Rejonów). Przykładowo Odwołujący 2 podał, że Zamawiający zróżnicował wymagane ilości sprzętu koniecznego na etapie realizacji zamówienia (pługosolarki/pługopiaszkarki) dla poszczególnych zadań.

Powyższe znajduje, zdaniem Odwołującego 2, potwierdzenie m.in. w okoliczności, że zgodnie z wymogami określonymi w punkcie 16.1 SIWZ („Wymagania dotyczące wadium”), jeżeli oferta składana jest na więcej niż jedno Zadanie, Zamawiający wymaga, aby w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia było ono wnoszone odrębnie dla każdego Zadania. Tym samym, w ocenie Odwołującego 2, zgodnie z intencją Zamawiającego, ale i jedyną możliwą interpretacją przez wykonawców ubiegających się o zamówienie, przynależność do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp może być rozpatrywana każdorazowo wyłącznie w zakresie poszczególnych części (w tym przypadku Zadań), na które postępowanie zostało podzielne.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący 2, pomimo udzielonych przez Odwołującego 2 wyjaśnień dotyczących braku możliwości wpływu powiązań kapitałowych na potencjalne zakłócenie konkurencji w postępowaniu (samodzielność tych podmiotów, odrębna polityka handlowa, odrębne zasoby techniczne i finansowe), Zamawiający w ogóle nie ustosunkowując się do nich poprzestał na stwierdzeniu, jakoby wykonawca składając

wyjaśnienia nie wykazał, że istniejące pomiędzy nim a Przedsiębiorstwem Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Odwołujący 2 stwierdził, że zarówno przygotowywane przez Zamawiającego dokumenty i formularze, a w szczególności sam formularz oświadczenia dotyczącego przynależności do grupy kapitałowej, czynności podejmowane przez Zamawiającego odrębnie w zakresie różnych części (Zadań) potwierdzają stanowisko, że w niniejszej sprawie mamy do czynienia z autonomicznymi częściami zamówienia (zadaniami), w znaczeniu art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp, które stanowią odrębne postępowania, nie zaś odrębne oferty w jednym postępowaniu, względnie oferty częściowe w znaczeniu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący 2, pojęcie oferty częściowej zdefiniowane zostało zgodnie z art. 2 pkt. 6 ustawy Pzp jako oferta przewidująca, zgodnie z treścią SIWZ, wykonanie części zamówienia publicznego. Z kolei, stosownie do art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części. Odwołujący 2 wskazał, że jak wynika z uzasadnienia pisma Zamawiającego z dnia 13 września 2017 r. (str. 3), prawdopodobnie Zamawiający traktuje ofertę wykonawcy, jako „ofertę częściową”.

Odwołujący 2 zwracając uwagę na dyspozycję art. 32 ust. 4 ustawy Pzp podał, że występująca w tym przepisie dychotomia pojęciowa wskazuje, że inaczej należy rozumieć pojęcia ofert częściowych i udzielania zamówienia w częściach. Odwołujący 2 zaznaczył, że w języku prawniczym różnym zwrotom nie należy nadawać tego samego znaczenia. Odwołujący 2 wskazał również, że powołany przez Zamawiającego jako podstawa wykluczenia Odwołującego 2 art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp nie przewiduje sankcji wykluczenia za złożenie różnych ofert przez wykonawców w postępowaniach, w których Zamawiający udziela zamówienia w częściach. Jak bowiem wynika z jednolitej w tym zakresie i niekwestionowanej judykatury i doktryny, do oznaczenia jednakowych pojęć w tekście prawnym należy posługiwać się jednakowymi określeniami, nie jest dopuszczalne używanie tych samych określeń do oznaczenia różnych określeń czy instytucji prawnych. Podobnie, nie należy posługiwać się różnymi określeniami dla oznaczenia tego samego obiektu, czy instytucji prawnych. Z powyższego wynika, jak zauważył Odwołujący 2, że nie jest możliwe nadanie identycznego znaczenia użytym w art. 32 ust. 4 ustawy Pzp i przedzielnym alternatywą rozłączną („albo”) pojęciom: ofert częściowych i zamówienia w częściach. Co prawda obie instytucje pod względem proceduralnym charakteryzują się pewnym podobieństwem, nie oznacza to jednak możliwości utożsamiania obu instytucji, a tym bardziej ich mylenia przez Zamawiającego przy wyciąganiu negatywnych dla wykonawcy konsekwencji. Odwołujący 2 przywołał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane

w licznych orzeczeniach (vide: wyrok KIO z dnia 26 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1181/14, KIO 1182/14, KIO 1183/14, KIO 1194/14, KIO 1195/14, wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 260/15, KIO 261/15), że w przypadku podziału zamówienia na części przyjąć należy, że pomimo pewnych części wspólnych w postępowaniu, w istocie składa się ono z niezależnych od siebie postępowań. W przypadku podziału zamówienia na części, zamawiający dokonuje oceny udziału danego wykonawcy według odrębnych kryteriów dla każdego zadania (części), co ma miejsce również w niniejszej sprawie, gdzie oferty złożone na każde z poszczególnych czternastu Zadań rozpatrywane są niezależnie. Jak podkreślił Odwołujący 2, w każdej z tych części odrębnie oceniani są wykonawcy z punktu widzenia spełnienia warunków podmiotowych i ewentualnych przesłanek wykluczenia, jak również złożone przez nich oferty podlegają odrębnej i niezależnej ocenie pod kątem zgodności ich treści z postanowieniami SIWZ i przepisów ustawy Pzp. Odwołujący 2 zaznaczył, że efektem końcowym części zamówienia (przy podziale zamówienia na części) jest - po przeprowadzeniu oddzielnych postępowań - zawarcie odrębnych, niezależnych i autonomicznych umów, których przedmiotami jest niezależna od siebie realizacja różnych części zamówienia. Z kolei istotą oferty częściowej jest składanie kilku ofert, a co za tym idzie, prowadzenie przez Zamawiającego kilku oddzielnych postępowań w celu realizacji jednego zamówienia (vide: uchwała KIO z dnia 9 kwietnia 2015 r., znak: KIO/KD 19/15). Odwołujący 2 stwierdził, że o ile instytucja ofert częściowych służy uzyskaniu jednego rezultatu, stanowiącego sumę realizacji oddzielnych zamówień, to podział zamówienia na części wydaje się być podyktowany wyłącznie uproszczeniami proceduralnymi związanymi z początkowym opisem przedmiotu zamówienia, jednak finalnie prowadzi do zawarcia całkowicie autonomicznych i niezależnych od siebie umów.

Jak wskazał Odwołujący 2, Zamawiający ustalił warunki udziału w postępowaniu odrębnie dla każdej części postępowania. Zgodnie z treścią SIWZ (np. Załączników nr 1a – 1l do OST), w odniesieniu do każdego z zadań przewidziane zostały odrębne szczegółowe zakresy robót zimowego utrzymania, odrębne wymagania sprzętowe, organizacyjne (np. w zakresie zorganizowania punktów ZUD itp.). W razie braku spełniania warunków dla danego zadania, Zamawiający wykluczyłby wykonawcę z powodu niespełnienia warunków tylko w określonej części, a nie z całości, tj. wszystkich 14 zadań. Ewentualne zaskarżenie wyników procedury w stosunku do jednej lub kilku części nie zamknęłoby Zamawiającemu drogi do zawarcia umów w częściach, w których odwołanie nie zostało wniesione. Wynika to z faktu, że wybór oferty najkorzystniejszej w podzielonych procedurach może mieć miejsce oddzielnie również w różnym czasie i w wyniku osobnych czynności Zamawiającego. Również ewentualne unieważnienie jednej lub większej ilości części nie ma wpływu na inne części. Odwołujący 2 podkreślił, że Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania w

zakresie trzech odrębnych zadań, tj. Zadania nr 4 - Rejon w Mińsku Mazowieckim, Zadania nr 12 - Rejon w Radomiu oraz Zadania nr 14 - Rejon w Zwoleniu, a mimo to postępowanie w sprawie Zadania nr 11 toczyło się dalej, całkowicie niezależnie od innych.

Bezspornym jest także, jak zauważył Odwołujący 2, że Odwołujący 2, działając na podstawie art. 24 ust. 11 ustawy Pzp oraz zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ (Tom I „Instrukcja dla wykonawców”, punkt. 9.3 SIWZ) złożył w toku niniejszego postępowania, w ustawowym terminie, oświadczenie dotyczące braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp z innymi podmiotami ubiegającymi się o to samo zamówienie (Zadanie). Przedmiotowe oświadczenie zostało złożone poprzez uzupełnienie przez Odwołującego 2 załączonego do SIWZ formularza (formularz nr 3.3, SIWZ, Tom I, Rozdział 2 „Instrukcja dla wykonawców”) w odniesieniu do konkretnego postępowania (Zadania), w ramach którego Odwołujący 2 ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, a którego przedmiotem jest „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Mławie” (Zadanie nr 5). Przygotowany przez Zamawiającego formularz oświadczenia o przynależności, czy też o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp, każdorazowo wymagał wyraźnego określenia Zadania, w zakresie którego oświadczenie to zostało złożone. W przypadku, gdy wykonawca złożył oferty na dopuszczone przez Zamawiającego dwa Zadania, konieczne było złożenie dwóch odrębnych oświadczeń, tj. każdorazowo w odniesieniu do odrębnych części (odrębnych Zadań), które miały być objęte odrębnymi umowami zawartymi z wyłonionymi wykonawcami. Zupełnie osobne oświadczenie, dotyczące braku przynależności do grupy kapitałowej zostało złożone przez wykonawcę - konsorcjum z udziałem spółki Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. również w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Przasnyszu” (Zadanie nr 11). Gdyby - jak obecnie twierdzi Zamawiający - ocena przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej dotyczyć miała łącznie wszystkich części (kompleksowo wszystkich 14 Zadań), oświadczenie byłoby jedno i dotyczyłoby wszystkich 14 zadań.

Odwołujący 2 podkreślił także, że w piśmie z dnia 13 września 2017 r. wykonawca, podtrzymując stanowisko o nie składaniu przez żaden podmiot z jego grupy kapitałowej oferty na Zadanie nr 5, z daleko posuniętej ostrożności zwrócił również uwagę na brak potencjalnego nawet ryzyka zakłócenia konkurencji przez złożenie ofert w różnych postępowaniach. Każde z wydzielonych przez Zamawiającego zadań dotyczyło utrzymania dróg w zupełnie innym rejonie administrowanym przez Zamawiającego (innego obszaru geograficznego). Trudno, zdaniem Odwołującego 2, o uzasadnienie tezy, że wykonawcy

ubiegający się o zamówienie dotyczące utrzymania dróg w obszarze różnych rejonów administrowanych przez Zamawiającego mogłyby w jakikolwiek sposób ze sobą konkurować.

Odwołujący 2 stwierdził, że owa rozłączność zadań i losów prawnych obu postępowań oraz ewentualnych umów, oba konsorcja, których członkami są spółki Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz odrębnie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. nie znajdują żadnej płaszczyzny do ewentualnego konkurowania ze sobą. Kluczowe dla określenia pola konkurencji pojęcie „rynku właściwego” w znaczeniu art. 4 pkt. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów obejmuje rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Odwołujący 2 zauważył, że w orzecznictwie wskazuje się, że warunkiem sine qua non możliwości podjęcia konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami na rynku są jednorodne warunki z punktu widzenia popytu i podaży (zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 18 marca 2013 r., sygn. akt VI ACa 1251/12). W świetle dokonanego przez Zamawiającego podziału zamówienia na autonomiczne i nie przenikające się części, Odwołujący 2 wskazał, że Zamawiający sam zdefiniował bariery geograficzne i organizacyjne, które nie mogą zostać przewyżnione jakimikolwiek działaniami wykonawców, którzy realizować będą różne Zadania. Odwołujący 2 podkreślił, że nie ma możliwości jakiegokolwiek przeniknięcia się poszczególnych Zadań z uwagi właśnie na ich intencjonalne, nieodwracalne podzielenie przez Zamawiającego. Nie ma także - w odróżnieniu od ofert częściowych - powrotu na jakimkolwiek dalszym etapie postępowania lub realizacji umowy, do wykonywania jednego Zadania.

Odwołujący 2 zwrócił uwagę, że jak wskazywał Odwołujący 2 w swoim wyjaśnieniu z dnia 13 września 2017 r., brak jest możliwości potraktowania za zbieżne obszaru działania w odniesieniu do realizacji poszczególnych Zadań, stanowiących przedmioty odrębnych postępowań o udzielenie poszczególnych zamówień i odrębnych umów, usług, które przez nabywcę mogłyby być uznane za substytuty, czy jakichkolwiek innych warunków konkurencji zwycięzców poszczególnych części zamówienia.

Jak zauważył Odwołujący 2, również sposób realizacji poszczególnych Zadań nie uzasadnia żadnych obaw o ewentualne uzyskanie przewagi konkurencyjnej. Zgodnie bowiem z treścią oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w zakresie Zadania 5 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Mławie”, tj. konsorcjum spółek Przedsiębiorstwo Budowy

Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o., wykonawca wskazał, że w zakresie zdolności technicznych będzie polegał na zasobach spółki Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Ciechanowie, Przedsiębiorstwa MIK Roboty Ziemne i Drogowe J. M. oraz spółki Alga Radom Sp. z o.o. Jednocześnie składając ofertę na Zadanie 11 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Przasnyszu” konsorcjum spółek, w którego skład wchodzi Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz „ALTOR” Sp. z o.o. oświadczyło, że wykonawca w zakresie zdolności technicznych będzie polegał na zasobach spółki Remondis Sp. z o.o., Przedsiębiorstwa Budowy i Utrzymania Dróg Sp. z o.o., Ozamet Sp. z o.o. oraz Alga Radom Sp. z o.o. Odwołujący 2 wskazał też, że konsorcjum spółek z udziałem spółki Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” oraz TAR-POL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J., składając oferty na Zadanie nr 4 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Mińsku Mazowieckim” oraz Zadanie nr 13 „Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Siedlcach” oświadczyło, że zamierza skorzystać ze zdolności technicznych zupełnie innego podmiotu, tj. „FREZDROM” Siedlce . K. .

Odwołujący 2 oświadczył, że zasoby materiałowo - kadrowe oraz lokalizacja infrastruktury ww. wykonawców, tj. Przedsiębiorstwa Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., jak i Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. są całkowicie odrębne, niezależne od siebie i autonomiczne. Bazą materiałową, przeznaczoną przez Odwołującego 2 do realizacji niniejszego Zadania nr 5 jest Wytwórnia Mas Bitumicznych w Mławie, należąca do Odwołującego 2. Według najlepszej wiedzy Odwołującego 2, spółka Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. dysponuje własną Wytwornią Mas Bitumicznych, zlokalizowaną w Ujżanowie k/Siedlec, obsługującą terytorialnie zadania z tamtejszego rynku. Odwołujący 2 dodał, że przesłanka wykazania, że powiązania kapitałowe nie zakłócą konkurencji w danym postępowaniu wymagałaby spełnienia warunku istnienia jednego postępowania, co wobec podziału zamówienia na 14 części nie jest spełnione. Odwołujący 2 podał ponadto, że zgodnie z podstawowymi zasadami ekonomii, składanie większej ilości ofert (a więc zwiększenie podaży) jest procesem korzystnym dla konkurencji, zaś sztuczne ograniczanie podaży (m.in. poprzez rozszerzające traktowanie odrębnych zadań jako jednej całości) z pewnością nie służy wzmocnieniu konkurencyjności między przedsiębiorstwami.

Jak wskazał Odwołujący 2, w Informacji o wykluczeniu wykonawcy Zamawiający wskazał, jakoby z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp wprost miało wynikać, iż „podstawa wykluczenia zachodzi, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożą oferty częściowe na różne części zamówienia”. Odwołujący 2 nie zgodził się z tym stanowiskiem

argumentując, iż przepis ten nie zawiera regulacji dotyczącej oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w przypadku podziału zamówienia na części.

Jednocześnie Odwołujący 2 podniósł, że Zamawiający w zupełnie nieuzasadniony sposób utożsamia ewentualne podstawy wykluczenia wykonawcy w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp z podstawami odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak zauważył Odwołujący 2, nawet, w sytuacji, gdyby podmioty należące do jednej grupy kapitałowej złożyły równocześnie oferty w ramach tego samego postępowania łącznie na większą ilość części (Zadań) niż dopuszczone przez Zamawiającego i jednocześnie nie wykazały braku negatywnego wpływu na konkurencję, nie oznacza to, że oferty te byłyby automatycznie niezgodne z SIWZ. Przynależność do jednej grupy kapitałowej nie oznacza bowiem, że podmioty te są tymi samymi wykonawcami. Wręcz przeciwnie, każdy z nich pozostaje odrębnym wykonawcą w rozumieniu ustawy Pzp. Odwołujący 2 wskazał, że zgodnie z art. 2 pkt. 11 ustawy Pzp pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Przynależność do grupy kapitałowej dwóch odrębnych wykonawców nie uprawnia w żaden sposób do przyjęcia, iż powinni być oni przez Zamawiającego traktowani jako jeden i ten sam wykonawca. Takie rozumowanie nie znajduje oparcia w żadnym przepisie ustawy Pzp. Odwołujący 2 zauważył, że w przedmiotowej sprawie, zgodnie z treścią SIWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie 2 części (Zadania) (punkt. 5.1. SIWZ „Przedmiot zamówienia”). Bezspornym jest, iż Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., jako członek konsorcjum ze spółką „ALTOR” Sp. z o.o. oraz ze spółką „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o. złożył ofertę, zgodnie z postanowieniami SIWZ, tylko na dwie części, tj. na Zadanie nr 11 („Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Przasnyszu”) oraz odpowiednio na Zadanie nr 5 („Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez Rejon w Mławie”). Oczywistym jest przy tym, iż podmiot trzeci (niezależnie od faktu przynależności do grupy kapitałowej), i to w dodatku działający w ramach osobnych konsorcjów, jest odrębnym wykonawcą. Zdaniem Odwołującego 2, Zamawiający w nieuprawniony sposób dokonał dowolnej interpretacji i rozszerzenia definicji wykonawcy, co w konsekwencji oznaczało błędne przyjęcie przez Zamawiającego, jakoby oferta PBDiM Sp. z o.o. miała być niezgodna z SIWZ.

Odwołujący 2 wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

- 1) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego 2 z postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego 2, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego 2;
- 2) dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności w nim przywołane,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, obejmującymi poniesione koszty wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego 2.

W toku postępowania strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

W dniu 9 października 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący się legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołujących się możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając ich tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że w pkt 5.1 SIWZ Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych zastrzegając, że wykonawca może złożyć ofertę na maksymalnie 2 części (zadania).

Do SIWZ Zamawiający dołączył Formularz 3.3. stanowiący oświadczenie wykonawcy o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp o treści:

„Biorąc udział w postępowaniu na Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 14 zadań, w zakresie zadania nr

znak: GDDKiA.O.WA.D-3.241.31.2017

prowadzonego przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, po zapoznaniu się z informacją o której mowa w art. 86 ust 5 ustawy pzp, oświadczam, co następuje:

Oświadczam, że nie należymy do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa Pzp) do której należą inni wykonawcy składający ofertę w postępowaniu

Oświadczam, że należymy do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa Pzp) co wykonawca

.....

który złożył ofertę w niniejszym postępowaniu;”

Zamawiający zobowiązał wykonawców do dokonania wyboru odpowiedniej treści oświadczenia. W treści ww. wzoru Zamawiający zastrzegł również, że w przypadku, gdy wykonawca przynależy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, może przedstawić wraz z oświadczeniem dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp.

Odwołujący 1 złożył Zamawiającemu oświadczenie o treści:

„Biorąc udział w postępowaniu na Całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie w podziale na 14 zadań, w zakresie zadania nr 11

znak: GDDKiA.O.WA.D-3.241.31.2017

prowadzonego przez Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad, Oddział w Warszawie, po zapoznaniu się z informacją o której mowa w art. 86 ust 5 ustawy pzp, oświadczam, co następuje:

Oświadczam, że nie należymy do tej samej grupy kapitałowej o której mowa w art. 24 ust 1 pkt 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa Pzp) do której należą inni wykonawcy składający ofertę w postępowaniu”.

Analogiczne oświadczenie złożył Odwołujący 2 ubiegający się o zamówienie w zakresie zadania nr 5.

Pismami z dnia 8 września 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołujących się do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych oświadczeń o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp wskazując, że z dokumentu wygenerowanego przez Zamawiającego w dniu 7 września 2017 r. z Centralnej Informacji Krajowego Rejestru Sądowego dla spółki Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o., która złożyła odrębne oferty w przedmiotowym

postępowaniu na Zadania nr 4 oraz 13, wynika, że Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. posiada 100% udziałów w Przedsiębiorstwie Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o.

W dniu 13 września 2017 r. obaj Odwołujący się złożyli wyjaśnienia, w których wskazali na kluczowy, w ich ocenie fakt, tj., podział przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na 14 odrębnych Zadań (części), które to Zadania dotyczą odrębnych Rejonów Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie. Odwołujący się stwierdzili, że w konsekwencji powyższego, postępowanie to składa się z niezależnych od siebie postępowań – nie jest to jedno zunifikowane postępowanie, lecz jego autonomiczne części. Tym samym, jak zauważyli Odwołujący się, przynależność do tej samej grupy kapitałowej może być rozpatrywana każdorazowo wyłącznie w zakresie poszczególnych części (w tym przypadku Zadań), na które postępowanie zostało podzielone. Powyższe stanowisko znajduje, zdaniem Odwołujących się, potwierdzenie w treści SIWZ – formularz 3.3, na którym konieczne było m.in. oznaczenie numeru Zadania, którego dotyczy oświadczenie. Ponadto, jak zaznaczyli Odwołujący się, konieczne było złożenie oświadczeń o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej każdorazowo w odniesieniu do każdego z Zadań, na które dany wykonawca złożył swoją ofertę. Tymczasem, jak przypuszczali Odwołujący się, w sytuacji, gdyby ocena przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej miała dotyczyć łącznie wszystkich części postępowania, wystarczające byłoby jednorazowe złożenie oświadczenia, niezależnie od ilości Zadań, na których realizację wykonawca złożył swoją ofertę. Odwołujący się przywołali wyroki KIO z dnia 26 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1181/14, KIO 1182/14, KIO 1183/14, KIO 1194/14, KIO 1195/14, oraz wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r., sygn. KIO 260/15, KIO 261/15, w których Izba zajęła stanowisko, że w przypadku podziału zamówienia na części, przyjęć należy, że pomimo pewnych części wspólnych w postępowaniu, w istocie składa się ono z niezależnych od siebie postępowań. Odwołujący się wskazali, że w przypadku podziału zamówienia na części, Zamawiający dokonuje oceny udziału danego wykonawcy według odrębnych kryteriów dla każdego zadania (części), co ma miejsce również w przedmiotowej sprawie, gdzie oferty złożone na każde z poszczególnych czternastu Zadań rozpatrywane są niezależnie. Odwołujący się podkreślili, że w każdej z tych części odrębnie oceniani są wykonawcy z punktu widzenia spełnienia warunków podmiotowych i ewentualnych przesłanek wykluczenia oraz odrębnie i niezależnie oceniane są oferty co do zgodności ich treści z postanowieniami SIWZ i przepisów ustawy Pzp. Tym samym, jak wskazali Odwołujący się, dokonany przez Zamawiającego podział na 14 autonomicznych części dotyczących innych rejonów Zamawiającego, jak również ograniczenie możliwości złożenia

oferty przez wykonawcę na dwie części (Zadania) powoduje, że wnioski dotyczące jednego z Zadań (części) nie mają żadnego wpływu na wnioski i oferty innego Zadania (części). W związku z powyższym, w ocenie Odwołujących się, okoliczność, że wykonawcy należący do jednej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty na różne Zadania (części) nie może nawet potencjalnie prowadzić również do zachwiania uczciwej konkurencji w Postępowaniu.

Powyższe, jak zauważyli Odwołujący się, znajduje potwierdzenie w okoliczności, że zgodnie z wymogami pkt 16.1 SIWZ, jeżeli oferta składana jest na więcej niż jedno Zadanie, Zamawiający wymaga, aby w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia było ono wnoszone odrębnie dla każdego Zadania. Potwierdzeniem faktu odrębności postępowania w odniesieniu do poszczególnych części (Zadań) jest, w opinii Odwołujących się, treść art. 93 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym postępowanie może zostać unieważnione tylko w oznaczonej części, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie, gdzie Zamawiający unieważnił postępowanie w zakresie trzech odrębnych Zadań – Zadań nr 4, 12 i 14. Odwołujący się podkreślili, że z uwagi na fakt, że czynności zamawiającego odnoszące się do poszczególnych Zadań następują niezależnie od przebiegu postępowania w zakresie pozostałych części, unieważnienie postępowania w zakresie ww. Zadań nie miało wpływu na „ważność” postępowania w zakresie odrębnych części.

Odwołujący się wskazali ponadto, że wzór umowy jednoznacznie wskazuje, że umowy będą zawierane każdorazowo na poszczególne Zadania. Powyższe potwierdza, zdaniem Odwołujących się, że w przedmiotowej sprawie prowadzonych jest de facto kilka postępowań o zamówienie publiczne, w efekcie których zawarte zostaną odrębne umowy z poszczególnymi wykonawcami. Odwołujący się przywołali również opinię Urzędu Zamówień Publicznych grudnia 2016 r.

Odwołujący się stwierdzili, że mając na uwadze powyższe złożyli oświadczenia, że nie złożyli odrębnych ofert, ofert częściowych lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu należąc do tej samej grupy kapitałowej, zatem że nie spełniają przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Jak zauważyli Odwołujący się, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że przynależność do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp powinna być rozpatrywana łącznie w odniesieniu do wszystkich czternastu autonomicznych części zamówienia, złożenie odrębnych ofert na inne zadania przez wykonawców – konsorcja, których członkami są spółki Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. oraz odrębnie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. należy dojść do wniosku, że z uwagi na rozłączność przedmiotowych Zadań i wskazane zasady odrębności oceny ofert, nie sposób dopatrzeć się ryzyka zachwiania konkurencji między

wykonawcami.

Odwołujący się dalej wskazali, że Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. złożyła ofertę na dwie części postępowania, tj. jako członek konsorcjum z Przedsiębiorstwem „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe Sp. z o.o. na Zadanie nr 5 oraz jako członek konsorcjum z Altor Sp. z o.o. na Zadanie nr 11. Z kolei, jak wynika z informacji podanej przez Zamawiającego na stronie internetowej, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. złożyła ofertę na dwie inne niż wskazane powyżej części postępowania, tj. na Zadanie nr 4 jako członek konsorcjum z TAR-POL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. oraz na Zadanie nr 13 jako członek konsorcjum z udziałem TAR-POL Przedsiębiorstwo Wielobranżowe T. J. . Tym samym, zdaniem Odwołujących się, oczywiste jest, że konsorcja, w skład których wchodzi Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. nie ubiegają się o zawarcie tych samych umów w sprawie zamówienia publicznego. W konsekwencji, nawet potencjalnie brak jest jakiegokolwiek ryzyka zakłócenia konkurencji, polegającego na realizacji wspólnego celu w miejsce konkurowania, które powinno występować w przypadku ubiegania się o zawarcie tej samej umowy, nie ma zaś miejsca w przypadku ubiegania się o udzielenie odrębnych umów na różne części zamówienia.

Odwołujący się podkreślili, że obie ww. spółki działają w sposób zupełnie autonomiczny i samodzielny, prowadzą odrębną politykę handlową i nie prowadziły żadnych uzgodnień i konsultacji w zakresie przygotowywania ofert na wykonanie poszczególnych, zupełnie odrębnych Zadań. Spółki te nie zamierzają również korzystać ani polegać na wzajemnych zasobach technicznych, zawodowych czy też finansowych, co wynika z treści złożonych ofert.

Odwołujący się oświadczyli również, że zarówno Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., jak też Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. korzystają z odrębnych baz, źródeł pozyskiwania materiałów, które każda z ww. spółek ma wyłącznie do własnej dyspozycji, jak również z własnych – odrębnych dla siebie – zasobów kadrowych. Na etapie przygotowywania ofert, jak i w odniesieniu do późniejszej realizacji zamówień Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. nie rozważała korzystania z zasobów technicznych, kadrowych, materiałowych czy baz wytwórczych Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. Odwołujący się podali, że przekładając powyższe na pojęcie „rynku właściwego” w znaczeniu art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wskazać należy, że brak jest zbieżności podstawowych parametrów, a mianowicie obszaru działania (w szczególności mając na uwadze lokalizację Zadań), usług, które przez nabywcę mogłyby być uznane za substytuty, jak również zbliżonych warunków konkurencji.

Reasumując Odwołujący się zaznaczyli, że co prawda Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. jest 100% udziałowcem w spółce Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o., to jednak biorąc pod uwagę fakt przynależności do tej samej grupy kapitałowej, może być rozpatrywana każdorazowo wyłącznie w zakresie poszczególnych części, na które postępowanie zostało podzielone (poszczególnych Zadań), fakt posiadania przez Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. 100% udziałów w Przedsiębiorstwie Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. nie może mieć jakiegokolwiek wpływu na treść złożonych oświadczeń wykonawcy o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Pismami z dnia 21 września 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołujących się o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, jak też o odrzuceniu ofert złożonych przez Odwołujących się na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający stwierdził, że art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp w obowiązującym brzmieniu rozwiewa wątpliwości i wprost stanowi, że podstawa wykluczenia zachodzi, gdy wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej złożą oferty częściowe na różne części zamówienia. Odstąpienie od wykluczenia jest, zdaniem Zamawiającego, możliwe jedynie wówczas, gdy wykonawcy wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie zakłócają konkurencji w postępowaniu. Jak zauważył Zamawiający, Odwołujący się składając wyjaśnienia nie wykazali, że istniejące między Przedsiębiorstwem Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o. powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienie.

Zamawiający podał, że Odwołujący się podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego, opisana powyżej sytuacja zaistniała w przedmiotowym postępowaniu daje faktyczną przewagę wykonawcom z grupy kapitałowej nad innymi uczestnikami postępowania, poprzez zapewnienie sobie możliwości zaoferowania większej ilości ofert częściowych, co stwarzało większe szanse na uzyskanie zamówienia. Sanowanie takiej sytuacji, stanowiłoby, w przekonaniu Zamawiającego, przyzwolenie do różnego traktowania wykonawców, gdyż część podmiotów miałaby inne warunki, mają świadomość, iż łącznie z innym podmiotem powiązany osobowo oraz kapitałowo starają się o szerszy zakres prac, jednocześnie nie narażając się na zarzut czynu nieuczciwej konkurencji. Jak wskazał Zamawiający, ustawodawca nie wymaga do wykazania przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp ustalenia, iż złożenie ofert częściowych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wystarczającym jest wykazanie, że doszło do zakłócenia, co

w niniejszej sprawie było wynikiem ominięcia przez podmioty z grupy kapitałowej ograniczenia dotyczącego ilości składanych ofert częściowych. Skoro pozostali wykonawcy (spoza grupy kapitałowej) byli związani ograniczeniem dotyczącym ilości ofert częściowych, to również w taki sam sposób należy traktować podmioty z grupy kapitałowej, składające oferty częściowe. Zamawiający wskazał, że jak wynika z wyjaśnień PBDiM Sp. z o.o. z dnia 13 września 2017 r., oba podmioty nie zamierzały ze sobą konkurować, a zatem świadomie wykonawcy ci wykorzystali wiedzę co do zakresu własnych ofert, aby uniknąć zbędnej konkurencji i stworzyć jak najlepsze warunki dla podmiotów z grupy kapitałowej. Zamawiający poinformował, że w niniejszym postępowaniu ograniczył możliwość złożenia ofert częściowych do maksymalnie dwóch tak, aby poszerzyć konkurencję chociażby w ten sposób, aby w każdej części zwiększyć szanse dla różnych podmiotów na uzyskanie zamówienia.

Zamawiający stwierdził, że złożenie ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej na 4 części zamówienia, tj. w liczbie przekraczającej limit części ustalony przez Zamawiającego, prowadzi do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, doszło również do obejścia zapisu SIWZ, który w równym stopniu był wiążący dla wszystkich wykonawców.

Zamawiający podał ponadto, że Odwołujący się składając oświadczenie, że nie należą do tej samej grupy kapitałowej, co wykonawcy biorący udział w postępowaniu wprowadzili Zamawiającego w błąd, który mógł mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, bowiem oferta Odwołującego 1 uzyskała największą ilość punktów w kryteriach oceny ofert w zakresie Zadania nr 11, zaś oferta Odwołującego 2 uzyskała największą ilość punktów w kryteriach oceny ofert w zakresie Zadania nr 5. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, Odwołujący się podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Zamawiający powołał się przy tym na wyrok KIO z dnia 6 marca 2017 r., sygn. akt KIO 283/17, KIO 291/17, KIO 298/17. Zdaniem Zamawiającego, w niniejszym postępowaniu podział zamówienia na części umożliwił szerszą konkurencję pomiędzy dużą ilością podmiotów świadczących przedmiotowe usługi, a złożenie ofert częściowych przez podmioty z grupy kapitałowej doprowadziło do zachwiania konkurencji przez jej wyeliminowanie pomiędzy podmiotami, które z założenia powinny ze sobą uczciwie rywalizować o zamówienie, co stanowi oczekiwany efekt otwartego przetargu publicznego.

Za nieuzasadnione Zamawiający uznał twierdzenie Odwołujących się, że oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp może być rozpatrywane każdorazowo wyłącznie w zakresie poszczególnych części, na które postępowanie zostało podzielone,

bowiem po nowelizacji ustawy „z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2017 r. o ochronie uczciwej konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe w postępowaniu”.

Zamawiający stwierdził, że złożenie ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej na 4 części zamówienia, tj. w liczbie przekraczającej limit części ustalony przez zamawiającego, na jakie wykonawcy mogli składać oferty stanowi o tym, że oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i „ALTOR” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów spółka z ograniczoną odpowiedzialnością i Przedsiębiorstwo „MIK” Roboty Ziemne i Drogowe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością są niezgodne z treścią SIWZ, tj. pkt 5.1 Rozdziału 1 Tomu I i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podsumował, że Odwołujący się zostają wykluczeni z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, a ich oferty uznaje się za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Oferty Odwołujących się zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając odwołania w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie podlegają one uwzględnieniu.

Izba stoi na stanowisku, iż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie na całoroczne kompleksowe utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział w Warszawie to jedno postępowanie podzielone przez Zamawiającego na 14 części. Postępowanie o udzielenie zamówienia to zgodnie z art. 2 pkt 7a ustawy Pzp postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu, co w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 28 czerwca 2017 r. Ogłoszenie to obejmowało wszystkie 14 części tego postępowania. Uprawnienie Zamawiającego do podzielenia zamówienia na części wynika z dyspozycji art. 36aa ustawy Pzp. W tym celu Zamawiający zobowiązany jest określić zakres i przedmiot poszczególnych części. Zaznaczyć jednak należy, iż jest to podział na części jednego postępowania, nie zaś udzielenie zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania. Konsekwencją podziału zamówienia na części jest obowiązek dopuszczenia składania ofert częściowych, co Zamawiający uczynił w pkt 5.1 SIWZ. Zamawiający, działając zgodnie z art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp, ograniczył liczbę części zamówienia, na które może składać ofertę jeden wykonawca.

Ustawa Pzp ustanawia w art. 24 ust. 11 obowiązek wykonawcy przekazania zamawiającemu oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Wraz ze złożeniem ww. oświadczenia wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wykonawcy, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze przytoczoną powyżej definicję postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak też ww. podstawę wykluczenia wykonawcy Izba stwierdziła, że oświadczenia o przynależności lub o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej składane przez wykonawców powinny obejmować całe postępowanie, nie zaś jego pojedyncze części. Składając oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wykonawcy powinni wykazać, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o., które ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia w części 5 i 11 postępowania (z innymi wykonawcami) należy do tej samej grupy kapitałowej, do której należy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o., które złożyło wraz z innym wykonawcą oferty na części 4 i 13 tego postępowania. Poza sporem pozostaje także okoliczność, iż ww. wykonawcy składając oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej objęli tymi oświadczeniami poszczególne części postępowania, nie zaś całe postępowanie.

Wobec zaniechania złożenia przez Odwołujących się oświadczeń o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, do której należy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Regionalne Drogi Podlaskie” Sp. z o.o., a co za tym idzie, wobec zaniechania wykazania przez Odwołujących się, że istniejące między ww. wykonawcami powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, Odwołujący się podlegali wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp.

Bez wpływu na ocenę ww. podstawy wykluczenia Odwołujących się pozostaje rzeczywiste zakłócenie konkurencji w postępowaniu, bowiem powyższe mogłoby podlegać ocenie przez Zamawiającego tylko w sytuacji, gdyby Odwołujący się złożyli prawidłowe, zgodne ze stanem faktycznym, oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej, oraz gdyby Odwołujący się jednocześnie wykazali, że powiązania pomiędzy wykonawcami nie

prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Odwołujący się nie złożyli stosownego oświadczenia w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie podjęli próby wykazania braku wpływu istniejących pomiędzy wykonawcami powiązań na konkurencję. Dążenie Odwołujących się do wykazania braku zakłócenia konkurencji na etapie postępowania odwoławczego jest działaniem spóźnionym.

Wbrew stanowisku Odwołujących się, sposobu działania Odwołujących się nie uzasadnia treść wzoru Formularza 3.3 stanowiącego załącznik do SIWZ, którego literalna wykładnia wskazuje na wymóg Zamawiającego podania przez wykonawcę części zamówienia, o którą wykonawca się ubiega, a dalej, na konieczność wyboru jednego z dwóch oświadczeń (o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej), które w swej treści wprost odnosiły się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Skutkiem tego, dokonywanie przez wykonawcę jakichkolwiek zmian w treści wzoru formularza opracowanego przez Zamawiającego nie było konieczne. W treści ww. wzoru Zamawiający zastrzegł, że w przypadku, gdy wykonawca przynależy do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp, może przedstawić wraz z oświadczeniem dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenie konkurencji w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 24 ust. 11 ustawy Pzp.

Izba przychyliła się również do stanowiska Zamawiającego, że skutkiem nie złożenia przez Odwołujących się prawdziwych oświadczeń o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, do której należy wykonawca ubiegający się o inne części tego samego postępowania, było wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skutkiem powyższego Odwołujący się podlegali wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Wobec nie wykazania przez Odwołujących się braku podstaw do wykluczenia, Odwołujący się podlegali wykluczeniu również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie ofert złożonych przez Odwołujących się z uwagi na złożenie przez podmioty z jednej grupy kapitałowej ofert w ramach tego samego postępowania na większą liczbę części niż dopuszczona przez Zamawiającego. Izba przychyliła się do stanowiska Odwołujących się, którzy twierdzili, że grupy kapitałowej nie należy utożsamiać z tym samym wykonawcą. Każdy z podmiotów należących do grupy kapitałowej to odrębny wykonawca. Co za tym idzie, każdy z podmiotów z grupy kapitałowej mógł ubiegać się o dwie części prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, o ile wykazał składając oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej, że istniejące między tymi podmiotami

powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu. Jednak złożenie ofert przez każdy z dwóch podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej na dwie części zamówienia nie stanowi o merytorycznej niezgodności ofert z treścią SIWZ.

Uwzględnienie przedmiotowego zarzutu pozostaje jednak bez wpływu na wynik postępowania z uwagi na stwierdzoną powyżej przez Izbę prawidłowość czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu Odwołujących się z postępowania. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z uwagi na utrzymaną przez Izbę czynność wykluczenia Odwołujących się z postępowania, nieprawidłowość w decyzji Zamawiającego o odrzuceniu ofert złożonych przez Odwołujących się pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), stosownie do wyniku postępowania. Izba zaliczyła do kosztów postępowania wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, zgodnie ze złożonymi rachunkami. Izba nakazała zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 5 000 zł 00 gr na rzecz każdego z odwołujących się mając na uwadze dyspozycję § 1 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zgodnie z którym wysokość wpisu od odwołania wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi, którego wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne, wynosi 15 000 zł. Z uwagi na fakt, iż każdy z odwołujących się uiścił wpis w kwocie 20 000 zł, niezbędne stało się zasądzenie zwrotu na rzecz każdego z odwołujących się kwoty 5 000 zł.

Przewodniczący :

.....

.....