Sygn. akt: KIO 208/15

WYROK
z dnia 16 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 lutego 2015 r. przez **Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (lider), ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń, 2) ERBUD S.A., ul Puławska 300A, 02-819 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** – **Skarb Państwa – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn,**

przy udziale wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego,** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt: KIO 208/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad (prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie, Al. Warszawska 89, 10-083 Olsztyn) – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu ograniczonego, którego przedmiotem jest *„Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn – Olsztynek z podziałem na dwa zadania: Zadanie nr 1 – Ostróda Południe – Rychnowo (pododcinek C1); Zadanie nr 2 – Rychnowo – Olsztynek (pododcinek C2)”.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 lipca 2013 r. nr 2013/S 126-215190.

Pismem z dnia 22 stycznia 2015 r. Zamawiający w odniesieniu do Zadania nr 2 zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty – złożonej przez STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie. Jednocześnie, Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (lider), ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń, 2) ERBUD S.A., ul Puławska 300A, 02-819 Warszawa – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 83 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, jako ofertę niezgodną z ustawą Pzp.

Pismem z dnia 22 stycznia 2015 r. Zamawiający w odniesieniu do Zadania nr 1 zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty – złożonej przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. Jednocześnie, Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia 1) Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowo-Inżynieryjnego S.A. (lider), ul. Wapienna 10, 87-100 Toruń, 2) ERBUD S.A., ul Puławska 300A, 02-819 Warszawa – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 83 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, jako ofertę niezgodną z ustawą Pzp.

W dniu 2 lutego 2015 r. Odwołujący (dalej też jako: Konsorcjum PBDI) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące czynności i zaniechań Zamawiającego w odniesieniu do Zadania nr 1, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Konsorcjum PBDI, mimo iż oferta Odwołującego jest zgodna z ustawą; ewentualnie:
2) art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, a postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zwarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;
3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ze względu na naruszenie w/w przepisów.

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 1 i czynności odrzucenia oferty Odwołującego w Zadaniu nr 1;
dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert w Zadaniu nr 1 z uwzględnieniem 2) oferty Odwołującego;
dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 1. 3) ewentualnie
dokonanie czynności polegającej na odrzuceniu wszystkich złożonych ofert, jako 4) że dotyczą one części zamówienia co jest sprzeczne z postanowieniem 7.2 SIWZ, zgodnie z którym *Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych"* i następnie unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp;
unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp. 5)

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania – jest wykonawcą, który złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu na Zadanie nr 1, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania Zamawiającego, oferta Odwołującego nie zostałaby odrzucona i miałby on możliwość uzyskania zamówienia (oferta Odwołującego

---

przedstawia korzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia - termin wykonania zamówienia oraz okres gwarancji, niż oferta uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w informacji o wyborze w zakresie Zadania nr 1. Tym

samym, wskutek niezgodnych z ustawą działań Zamawiającego, Odwołujący poniósł szkodę polegającą na nieuzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Nie można więc odmówić Odwołującemu interesu we wniesieniu odwołania w celu ochrony jego praw związanych z uzyskaniem zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na dwa zadania: a) Zadanie nr 1 „Ostróda *Południe - Rychnowo (pododcinek CI)";* b) Zadanie nr 2: „Rychnowo - *Olsztynek (pododcinek C2)".*

Zgodnie z sekcją VI.3) pkt 1.1. Ogłoszenia o zamówieniu „Wykonawca *może złożyć wniosek na dwa Zadania (części), natomiast ofertę może złożyć tylko na jedno zadanie (Część). Każde zadanie należy traktować jako osobne zamówienie publiczne".* Konsorcjum PBDI złożyło dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w przetargu ograniczonym – na Zadanie nr 1 i nr 2.

W dniu 17 kwietnia 2014 r. Konsorcjum PDBI otrzymało zaproszenia do złożenia oferty w Zadaniu nr 1 i 2 wraz z dwoma Specyfikacjami Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) - każda dla poszczególnych Zadań. W treści SIWZ dla Zadania nr 1 i dla Zadania nr 2 nie było zastrzeżenia, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia może złożyć ofertę tylko na jedno z dwóch Zadań. Informacja ta znalazła się tylko w zaproszeniu do składania ofert (osobnym dla każdego z zadań). W pkt 7.1. SIWZ dla Zadania nr 1 i w pkt 7.1 SIWZ dla Zadania nr 2 (pkt 7 obu SIWZ dotyczy *„Opisu sposobu przygotowania ofert")* Zamawiający wskazał jedynie, iż „Wykonawca *może złożyć tylko jedną ofertę".*

Konsorcjum PBDI złożyło jedną ofertę w postępowaniu w ramach Zadania nr 1 i jedną ofertę w ramach Zadania nr 2. W dniu 22 stycznia 2014 r. Odwołujący otrzymał Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 1 i Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w Zadaniu nr 2, zgodnie z którymi oferty złożone przez Konsorcjum PBDI w ramach wskazanych Zadań zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp jako niezgodne z ustawą.

Odwołujący podniósł, iż nie może zgodzić się z argumentacją Zamawiającego przedstawioną w uzasadnieniu odrzucenia oferty Konsorcjum PBDI w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2, które dla obu Zadań jest identyczne (przy czym niniejsze odwołanie dotyczy Zadania nr 1, w którym oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą).

Oferta złożona przez Odwołującego jest zgodna z ustawą, w szczególności z przepisem art. 83 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, a zatem jej odrzucenie było bezzasadne.

Odwołujący wskazał na bezzasadność odrzucenia jego oferty, argumentując, iż podstawą prawną odrzucenia oferty jest *„niezgodność tej oferty z ustawą",* a zatem treść oferty musi być sprzeczna z Pzp. Należy podkreślić, iż przesłanka wskazana w art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp nie istnieje, w odniesieniu do czynności dokonanej przez samego Zamawiającego. Zgodnie z art. 83 ust. 2 Pzp zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny. Stosownie do treści art. 83 ust. 3 Pzp wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Ustawodawca wyposażył więc zamawiającego w uprawnienie do ograniczenia prawa wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia do złożenia oferty na więcej niż jedną część postępowania. Dopuszczenie składania ofert częściowych oraz decyzja czy wykonawcy mogą złożyć ofertę na jedna czy więcej części zamówienia jest zawsze decyzją zamawiającego a nie „decyzją" ustawodawcy. Wykonawca ma prawo ubiegać się o udzielenie mu zamówienia publicznego. Prawo zamówień publicznych ani żadna inna ustawa nie zakazuje złożenie dwóch ofert na dwie różne części zamówienia. Ustawa kreuje jedynie prawo zamawiającego do ograniczenia uprawnienia wykonawcy poprzez określenie maksymalnej liczby zamówień, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Na marginesie warto zwrócić uwagę, iż ze względu na użycie liczby mnogiej w przepisie art. 83 ust. 3 Pzp zamawiający musi dopuścić złożenie więcej niż jednej oferty częściowej.

Zastrzeżenie, o którym mowa w art. 83 ust. 3 Pzp powinno zostać jasno sprecyzowane przez Zamawiającego w SIWZ (zgodnie z art. 51 ust. 4 Pzp w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 1 Pzp). W doktrynie Prawa zamówień publicznych wskazuje się, iż zapis o dopuszczalnej maksymalnej liczbie części zamówienia, na które można złożyć ofertę, powinien bowiem znaleźć się w siwz. Jeżeli zamawiający nie skorzysta z tego uprawnienia, wykonawca może

złożyć ofertę na dowolną liczbę części, w tym także na wszystkie części (por. *J. Pieróg,* Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2015, LEGALIS). Powyższe zostało również potwierdzone w orzecznictwie KIO, zgodnie z którym „Ograniczeniem w tym uprawnieniu *(możliwości składania przez wykonawcę ofert na dowolną liczbę części - przyp. autora)* może być określenie przez zamawiającego maksymalnej liczby części, na które oferty może złożyć jeden wykonawca. Jaka to będzie liczba, zależy wyłącznie od woli zamawiającego, podobnie jak fakt, czy w ogóle wprowadzi takie ograniczenie. Informacja na ten temat powinna znaleźć się w SIWZ, zgodnie z art 36 ust. 2 pkt 1 Pzp" (wyrok KIO z dnia 24 września 2012 r., KIO 1950/12, KIO 1969/12). Akceptacja odmiennej praktyki byłaby nie do

pogodzenia z treścią art. 82 ust. 3 Pzp zgodnie, z którym treść oferty musi być zgodna ze specyfikacją, czyli „oświadczeniem" zamawiającego, a nie ustawodawcy.

Odwołujący wskazał następnie, że Zamawiający wywodzi (w piśmie z 22 stycznia 2015r.) iż poinformował o możliwości złożenia tylko jednej oferty tylko na jedno Zadanie (jedno z dwóch) w treści Ogłoszenia o zamówieniu i w zaproszeniu do składania ofert. Zamawiający nie wskazuje w treści uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego przepisu Pzp, z którym ma być niezgodna oferta Konsorcjum - przywołanie 83 ust. 3 Pzp jest bowiem błędne. Z treści SIWZ nie sposób wywieść, że Zamawiający skorzystał z uprawnienia, o którym mowa w art. 83 ust. 3 Pzp. Jak było wskazane powyżej, w pkt 7.1 SIWZ zostało wprowadzone postanowienie, zgodnie z którym wykonawca może złożyć jedną ofertę. Przytoczone postanowienie jest jednak tylko odzwierciedleniem treści art. 82 ust 1 Pzp, który doznaje ograniczenia w przypadku podzielenia zamówienia na części - co ma miejsce w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący argumentował dalej, że w związku z tym, że stosownie do sekcji VI. 3) Ogłoszenia o zamówieniu pkt 1.1 zd. 2 każde zadanie należy traktować jako osobne zamówienie publiczne, Zamawiający przesłał dwie specyfikacje (osobno do każdego Zadania), pkt 7.1 SIWZ nie można odczytać inaczej, niż jako zakaz złożenia więcej niż jednej oferty w ramach jednego zadania. Z oświadczeń Zamawiającego jednoznacznie wynika, iż jednym zadaniem jest jedna część zamówienia. Odwołujący zastosował się do powołanego powyżej postanowienia SIWZ i złożył tylko jedną ofertę w ramach jednego Zadania.

Odwołujący potraktował każde zadanie jak odrębne zamówienie i złożył na każde z tych zadań jedną ofertę. Jeżeli Zamawiający chciał nadać Ogłoszeniu inne znaczenie to nie mógł wskazywać, iż każde zadanie ma być traktowane jak osobne zamówienie publiczne. Tylko takie rozumienie pozwala utrzymać racjonalność, że postanowienie pkt 7.2. SIWZ *„Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych"* Przyjmując logikę Zamawiającego winien on odrzucić wszystkie złożone oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wszak stosownie do ww. postanowienia SIWZ, Zamawiający zabronił składnia ofert częściowych.

Podkreślono, że Konsorcjum PBDI działało w zaufaniu do Zamawiającego i sporządzonej przez niego SIWZ w zakresie pkt 7. Nie można obarczać Odwołującego negatywnymi konsekwencjami postępowania zgodnie z postanowieniami SIWZ dotyczącymi zasad przygotowania ofert, które - jak to się teraz okazuje - Zamawiający interpretuje inaczej niż Odwołujący.

Odwołujący wskazał także, że ograniczenie, o którym mowa w art. 83 ust. 3 Pzp, jako wyjątek od zasady ogólnej, powinno być interpretowane ściśle.

Przedstawione stanowisko znajduje potwierdzenie w cytowanym powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2012 r., zgodnie z którym *interpretacja art. 83 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) wskazuje, że możliwość ustalenia przez zamawiającego maksymalnej liczby części zamówienia, stanowi wyjątek od zasady, którą jest uprawnienie wykonawcy do dokonania swobodnego wyboru, na ile części zamówienia składa ofertę. Wyjątków od reguł ogólnych (leges speciales) nie wolno interpretować rozszerzająco (exceptiones non sunt extendendae)".*

Ograniczenie z art. 83 ust. 3 Pzp postawione wyłącznie w sekcji V1.3) pkt 1.1 Ogłoszenia o zamówieniu oraz zaproszeniu do składania ofert należy uznać za nieskuteczne, jako niewskazane w SIWZ. Odwołujący zapoznał się z treścią Ogłoszenia o zamówieniu oraz

zaproszenia do składania ofert, jednak to w oparciu o SIWZ (pkt 7 - *„Opis sposobu przygotowania ofert')* sporządził swoją ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Także formularz oferty wymaga zgodności z SIWZ a nie z ogłoszeniem o zamówieniu. Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, że oferta Konsorcjum PBDI jest zgodna z Pzp, a w konsekwencji jej odrzucenie było dokonane z naruszeniem przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp oraz art. 7 ust 1 Pzp.

Odwołujący podniósł również, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, odrzucając ofertę Konsorcjum PBDI z uwagi na złożenie oferty na dwa Zadania (co było zgodne z literalną treścią SIWZ), a jednocześnie, umożliwiając złożenie w prowadzonym postępowaniu dwóch ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej. Działania takie podważają intencje i zasadność argumentacji Zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego. Co więcej, okoliczność tę należy uznać za co najmniej potwierdzającą interpretację Odwołującego i dotyczącą możliwości złożenia ofert na dwie części postępowania. Zamawiający w Zadaniu nr 1 dokonał wyboru oferty Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. (dawniej: HEILIT+WOERNER sp. z o.o.), należącej do tej samej grupy kapitałowej, co Strabag sp. z o.o., której oferta została z kolei uznana za najkorzystniejszą w Zadaniu nr 2. Wykonawcy należący do jednej grupy kapitałowej mogli zatem formalnie odrębnie ubiegać się o udzielenie zamówienia na każde z dwóch Zadań, każdy składając „własną" ofertę - bez narażenia się na sankcję w postaci wykluczenia z postępowania czy odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że spółki z tej samej grupy kapitałowej faktycznie działają (dzięki istniejącym między nimi powiązaniom kapitałowym lub osobowym w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) jak jeden wykonawca, kierując się wspólnym interesem w uzyskaniu zamówienia na realizację całego postępowania. Naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających

---

się o udzielenie zamówienia publicznego jest uprzywilejowanie wykonawców z jednej grupy kapitałowej (działających faktycznie jak jeden wykonawca) i dokonanie wyboru złożonych przez nich ofert w dwóch Zadaniach, z jednoczesnym odrzuceniem oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą na skutek złożenia jednej oferty w każdym Zadaniu (mimo braku stosownego zakazu w treści SIWZ).

W zakresie żądania ewentualnego – nakazania unieważnienia postępowania – Odwołujący podniósł, że jeżeli KIO uzna działania Zamawiającego wobec Odwołującego za prawidłowe, to nie można zgodzić się z lekceważeniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazującym odrzucenie oferty, jeżeli jest niezgodna z treścią SIWZ. Jak już wspomniano wszystkie złożone oferty dotyczą części zamówienia. A zatem, treść ofert wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest niezgodna z treścią pkt. 7.2. SIWZ zgodnie, z którym *„Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych".*

W okolicznościach niniejszej sprawy unieważnienie może też nastąpić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 lub 7 Pzp. Przyjmując argumentację Zamawiającego należy uznać, iż treść SIWZ, treść ogłoszenia o zamówieniu i treść zaproszenia są wewnętrznie sprzeczne. Sprzeczność ta skutkuje tym, że ewentualna umowa podlegałaby unieważnieniu. Jednocześnie prowadzenie postępowania o zamówienie publiczne w sytuacji, gdzie Zamawiający jednocześnie zakazuje składania ofert częściowych (tak w SIWZ) i jednocześnie wybiera ofertę częściową jest niemożliwe do pogodzenia z interesem publicznym i podstawowymi normami praworządności.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

W zakresie żądania unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 lub ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp, Zamawiający podniósł brak interesu w uzyskaniu zamówienia. Interesem tym jest bowiem wyłącznie chęć i możliwość uzyskania zamówienia, będącego przedmiotem postępowania, w którym wniesiono środek ochrony prawnej, a nie żądanie unieważnienia postępowania. Dla poparcia swojego stanowiska Zamawiający odwołał się do wyroku KIO z dnia 17 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1044/13). Wskazano także, że konsekwencją braku występowania po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia jest fakt, iż Odwołujący nie może powoływać się na powstałą lub mogącą powstać szkodę związaną z nieuzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp, Zamawiający

wskazał, że kierując się dyspozycją art. 83 ust. 3 Pzp określił maksymalną liczbę części

zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Podział zamówienia na części oraz wprowadzenie zastrzeżenia w Sekcji VI.3) pkt 1.1. Ogłoszenia o zamówieniu wynikało z dotychczasowych negatywnych doświadczeń Zamawiającego w zakresie wydolności technicznej i organizacyjnej firm drogowych, które w ostatnich latach nie podołały przedsięwzięciom porównywalnym z przedmiotem niniejszego postępowania rezygnując z kontraktów lub realizując je z dużym opóźnieniem. W związku z tym Zamawiający wymagał aby każda z części zamówienia była wykonywana przez innego wykonawcę. Podniesiono, że Odwołujący, jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych, już zapoznając się z treścią Ogłoszenia miał świadomość, że będzie mógł złożyć ofertę tylko na Zadanie nr 1 albo na Zadanie nr 2.

Wskazano następnie, że w związku z tym, iż już na etapie składania wniosków wyłoniła się grupa wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty wyłącznie na jedno z Zadań, Zamawiający zdecydował o przygotowaniu dwóch odrębnych (na Zadanie nr 1 oraz na Zadanie nr 2) Zaproszeń do składania ofert wraz ze SIWZ. Zamawiający uznał, że takie postępowanie ułatwi wykonawcom pracę nad prawidłowym sporządzeniem ofert, na odpowiednio przygotowanych i opisanych przez Zamawiającego formularzach. Wykonawcy będą również otrzymywać wyłącznie informacje w zakresie Zadania, którym są zainteresowani. Jest to szczególnie istotny biorąc pod uwagę obszerność dokumentacji projektowych oraz różny zakres i stopień skomplikowania robót na każdym Zadaniu. Podkreślono, że w ustawie Pzp brak jest przepisu zakazującego przygotowanie odrębnych SIWZ dla każdego z zadań. Zamawiający przywołał w tym zakresie wyrok KIO z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt KIO 586/13; KIO 588/13.

Argumentowano następnie, że Zamawiający wypełnił dyspozycję art. 36 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż każda ze SIWZ zawiera odpowiednio opis każdej z części zamówienia. W pkt 7.2. SIWZ (odpowiednio dla każdego z Zadań) wskazano, że *„Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych”.* Nie można tego odczytywać inaczej, niż zakaz złożenia oferty częściowej w ramach konkretnego Zadania – którego dotyczył odrębny komplet SIWZ – a nie w ramach całego postępowania, którego dotyczyło Ogłoszenie o zamówieniu. Dane Zadanie jest już niepodzielne, z zatem Zamawiający zakazał wykonawcom złożenia oferty częściowej obejmującej np. tylko wybudowanie obiektów mostowych w ramach danego Zadania (części).

Zamawiający podkreślając fakt wskazania w Ogłoszeniu o zamówieniu informacji o maksymalnej liczbie Zadań (części), na które może być złożona oferta, przywołał wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 599/11, w którym stwierdzono, że *„zgodnie z przepisem art. 48 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., mającym zastosowanie do trybu przetargu ograniczonego, Zamawiający ma obowiązek zawrzeć w ogłoszeniu o zamówieniu m.in., co najmniej określenie*

przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych. Przepis ten wyraźnie koresponduje z rozpatrywanym wcześniej art. 83 ust. 3 ustawy P.z.p. jego celem jest przekazanie wykonawcom zainteresowanych uczestnictwem w danym postępowaniu informacji o tym, że *Zamawiający zamierza podzielić zamówienie na części”.*

Podniesiono także, że zastrzeżenie zostało powtórzone w Zaproszeniach do składania ofert, zaś art. 83 ust. 3 Pzp nie wskazuje na jakim etapie (w przypadku trybu przetargu ograniczonego) i w którym dokumencie należy takiego zastrzeżenia dokonać. W przetargu ograniczonym zaproszenie do składania ofert, wraz z którym przekazywana jest wykonawcom SIWZ, jest dokumentem wymaganym zapisami art. 51 ust. 4 Pzp. Nie sposób więc twierdzić, iż zawarcie w treści Zaproszenia informacji, że *„Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę tylko na jedno Zadanie (Część)”,* powoduje iż wykonawca może ją zignorować.

Zamawiający wskazał również, że Odwołujący, który zapoznał się z treścią Ogłoszenia o zamówieniu oraz Zaproszenia do składania ofert, a więc również z zastrzeżeniem, co możliwości złożenia tylko jednej oferty tylko na jedno Zadanie (Część), tak jak pozostali uczestnicy postępowania, winien zastosować się do powyższego zapisu, składając jedną ofertę na jedno z Zadań. Odwołujący, jako jedyny ze wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu złożył jednak dwie oferty (po jednej na każde Zadanie). Takie postępowanie jest sprzeczne z art. 83 ust. 3 Pzp. Zdaniem Zamawiającego złożona oferta (podobnie, jak w Zadaniu 2, gdzie odwołania nie wniesiono, a odrzucenie stało się już prawomocne) podlega

odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Prawidłowość takiego działania potwierdzona jest w doktrynie, gdzie wskazuje się, że *„przykładem złożenia oferty niezgodnej z przepisami prawa zamówień publicznych jest (…) złożenie przez wykonawcę ofert częściowych na więcej części zamówienia, niż określił to zamawiający (art. 83 ust. 2)”* – A. Bazan, J.E. Nowicki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 89 ustawy – Prawo zamówień publicznych, system informacji prawnej LEX. Ponadto argumentowano, że błędne jest twierdzenie Odwołującego, iż ze względu na użycie liczby mnogiej w przepisie art. 83 ust. 2 Pzp, Zamawiający musi dopuścić złożenie więcej niż jednej oferty częściowej. Kwestia to została rozstrzygnięcia w wyroku KIO z dnia 24 września 2012 r., sygn. akt KIO 1950/12; KIO 1969/12. Podkreślono tym samym, że zamawiający ma prawo zastrzec możliwość złożenia oferty tylko na 1 część, z którego to uprawnienia Zamawiający skorzystał w niniejszym postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, Zamawiający wskazał, że niezasadne jest zawarte w odwołaniu odniesienie się do ofert złożonych przez Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (na etapie składania wniosków: Heilit+Woerner Sp. z o.o.) – do Zadania nr 1 i Strabag Sp. z o.o. – do Zadania nr 2, jako złożonych rzekomo na tych samych zasadach, co oferty Odwołującego. Wyżej wymienione podmioty są osobami prawnymi

posiadającymi zdolność do czynności prawnych rozumianą jako zdolność do samodzielnego nabywania praw i obowiązków oraz podejmowania wszelkich czynności związanych z ich działalnością, w tym do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto posiadają odrębne wpisy do KRS, numery Regon, numery NIP, a także różne siedziby i składy zarządu. Powoduje to, że każda z nich jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp, a więc zgodnie z zastrzeżeniem zawartym w Ogłoszeniu mogły złożyć oferty w dwóch zadaniach. Wskazano ponadto, że to właśnie brak odrzucenia oferty Odwołującego naruszyłby zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którymi winien kierować się Zamawiający. Złożenie przez Odwołującego ofert na oba Zadania postawiło by tego wykonawcę w uprzywilejowanej sytuacji wobec pozostałych uczestników postępowania, gdyż mógł by on uzyskać umowy na oba zamówienia (Zadania), wbrew woli Zamawiającego. Inni wykonawcy zastosowali się do ograniczenia postawionego przez Zamawiającego i złożyli ofertę tylko na Zadanie 1 albo na Zadanie 2.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze uczestnika. Przystępujący, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, wnosił o oddalenie odwołania. Jednocześnie, wnosił o odrzucenie odwołania z uwagi na brak interesu po stronie Odwołującego.

Strony podtrzymały swoje stanowiska na etapie rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Stan faktyczny sprawy nie stanowił osi sporu stron. Odwołujący w toku rozprawy przyznał, iż stan faktyczny nie jest sporny (protokół posiedzenia i rozprawy).

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia odwołania Izba ustaliła, że:

Przedmiotem zamówienia jest Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn-Olsztynek z podziałem na 2 zadania:

Zadanie nr 1 – Ostróda Południe – Rychnowo (pododcinek C1).

Zadanie nr 2 – Rychnowo – Olsztynek (pododcinek C2).

Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu zawarł opis zamówienia w podziale na Zadanie nr 1 i Zadanie nr 2 (Sekcja II.1.5); Załącznik B – Ogłoszenia o zamówieniu).

Zamawiający w Sekcji II.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu (Części), wskazał że zamówienie jest podzielone na części. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że oferty można składać w odniesieniu tylko do jednej części. Zamawiający nie zaznaczył możliwości składania ofert w odniesieniu do jednej lub więcej części, ani w odniesieniu do wszystkich części (Sekcja II.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu).

W Sekcji VI.3) Ogłoszenia o zamówieniu (Informacje dodatkowe), Zamawiający – w

ramach opisu sposobu przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (pkt 1) – wskazał, że wykonawca może złożyć wniosek na dwa Zadania (Części), natomiast ofertę może złożyć tylko na jedno Zadanie (Część). Każde zadanie należy traktować jako osobne zamówienie publiczne (pkt 1.1). Wykonawca może złożyć tylko jeden wniosek na dane Zadanie (Część). Wykonawca zobowiązany jest określić, na które Zadanie (Część) składa wniosek, tj. na Zadanie nr 1 lub Zadanie nr 2 lub Zadanie nr 1 i 2 (pkt 1.2.).

Zamawiający określił następujące kryteria wyboru najkorzystniejszej oferty: cena – waga 90%; termin wykonania – waga 5%; okres gwarancji – waga 5% (Sekcja IV.2.1. Ogłoszenia o zamówieniu; pkt 12.1 SIWZ)

Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału deklarując chęć udziału w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2.

Pismami z dnia 9 stycznia 2014 r. Zamawiający, w odniesieniu do Zadania nr 1 i oddzielnie w odniesieniu do Zadania nr 2, zawiadomił o wykonawcach, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. W obu pismach, wśród wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, wskazano Odwołującego.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2014 r., Zamawiający zaprosił wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu dla Zadania nr 1 – w tym Odwołującego – do składania ofert, przekazując jednocześnie SIWZ.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2014 r., Zamawiający zaprosił wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu dla Zadania nr 2 – w tym Odwołującego – do składania ofert, przekazując jednocześnie SIWZ.

W treści zaproszeń Zamawiający zawarł następujący zapis: „Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami Sekcji VI.3) Informacje dodatkowe pkt 1.1 Ogłoszenia o zamówieniu **„Wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę tylko na jedno Zadanie (Część)”.**

Zamawiający sporządził odrębne (oddzielnie dla Zadania nr 1 i oddzielnie dla Zadania nr 2) Specyfikacje Istotnych Warunków Zamówienia. Wraz z zaproszeniem do składania ofert Zamawiający przekazał SIWZ. W SIWZ dla Zadania nr 1 w Opisie sposobu przygotowania

ofert Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza składania ofert częściowych (pkt 7.2. SIWZ). Tożsame zastrzeżenie zostało zawarte w SIWZ dla Zadania nr 2 (pkt 7.2).

Odwołujący złożył ofertę dla Zadania nr 1 i dla Zadania nr 2. W złożonych ofertach, zgodnie ze wzorem przygotowanym przez Zamawiającego, Odwołujący zawarł na wstępie każdej oferty akapit stanowiący o złożeniu oferty w odpowiedzi na zaproszenie do złożenia oferty dla danego Zadania.

W ofercie dla Zadania nr 1 Odwołujący zaoferował cenę brutto 298.767.065,49 zł, 20 miesięczny termin wykonania zamówienia (od daty zawarcia umowy) oraz 10 letni termin gwarancji jakości.

Pismem z dnia 22 stycznia 2015 r., Zamawiający w odniesieniu do Zadania (Części) nr 1, Zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z siedzibą Wysoka, ul. Lipowa 5a, 52-200 Wrocław z zaoferowaną ceną brutto: 299.204.865,24 zł; terminem wykonania: 20 miesięcy oraz okresem gwarancji jakości: 10 lat.

Jednocześnie, w ww. piśmie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 83 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 Pzp – jako niezgodnej z ustawą. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 83 ust. 3 Pzp określił maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Stosownie do art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp, w Sekcji VI.3) pkt 1.1. Ogłoszenia o zamówieniu zastrzeżono, iż „Wykonawca może złożyć Wniosek na dwa Zadania (Części), natomiast ofertę może złożyć tylko na jedno Zadanie (Część). Każde zadanie należy traktować jako osobne zamówienie publiczne”. Zamawiający wskazał także, że maksymalna liczba części, na które może być złożona oferta została zastrzeżona także w Zaproszeniach do składania ofert. Ograniczenie możliwości składania ofert do jednego zadania oznacza, że Konsorcjum PBDI – ERBUD na etapie przygotowania ofert powinno zdecydować, na które z zadań (tylko jedno z dwóch) będzie składało ofertę i złożyć ją zgodnie z dyspozycją Zamawiającego. Konsorcjum PBDI – ERBUD wbrew jednoznacznej treści ogłoszenia o zamówieniu i zaproszenia przekazanego wraz ze SIWZ złożył oferty na oba zadania (obie części). Takie postępowanie jest sprzeczne z art. 83 ust. 3 Pzp Narusza również

zasady uczciwej konkurencji określone w art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ pozostali wykonawcy zastosowali się do ograniczenia postawionego przez Zamawiającego i złożyli ofertę tylko na Zadanie 1 albo Zadanie 2. W konsekwencji tego działanie Konsorcjum PBDI – ERBUD powoduje, że jego oferta złożona do Zadania nr 1, jako jedna z dwóch ofert częściowych, przy powyższych zastrzeżeniach Zamawiającego jest niezgodna z ustawą Pzp i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania. Wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania, oparty na art. 179 Pzp w zw. z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp oraz na twierdzeniu o braku po stronie Odwołującego interesu, Izba oddaliła, jako bezzasadny. Odrębną kwestią jest badanie przesłanek legitymujących odwołującego do wniesienia odwołania, o których mowa w przepisie art. 179 ust. 1 Pzp (przesłanek materialnoprawnych), a inną - ustalenie, czy w sprawie nie zachodzą okoliczności wymienione w treści przepisu art. 189 ust. 2 Pzp mające stricte proceduralny charakter (vide: wyrok KIO z dnia 29 września 2014 r., sygn. akt KIO 1911/14). Ewentualny brak interesu prawnego stanowi przesłankę o charakterze materialnoprawnym, nie zaś formalnoprawnym. Jej zaistnienie stwierdzane jest na etapie rozprawy i stanowi podstawę do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia. Odwołujący, jako wykonawca, który ubiegał się o udzielenie zamówienia na Zadanie nr 1, był też niewątpliwie podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania od rozstrzygnięć, które w tym zakresie zostały podjęte przez Zamawiającego. Nie zaistniała w konsekwencji przesłanka z art. 189 ust. 2 pkt 2 Pzp. Nie zaistniały także inne przesłanki odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 Pzp.

W niniejszej sprawie, mając na uwadze fakt, że odwołanie dotyczyło czynności Zamawiającego wyłącznie w zakresie Zadania nr 1, Izba stwierdziła, że przyjęte przez Zamawiającego kryteria oceny ofert odniesione w Zadaniu nr 1 do oferty Odwołującego, wskazują, że w razie potwierdzenia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty dla Zadania nr 1 (naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp), Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia na Zadanie nr 1, gdyż jego oferta zawierała cenę niższą niż oferta wybranego wykonawcy, przy jednoczesnej tożsamości pozostałych zaoferowanych warunków realizacji zadania, będących kryteriami oceny ofert.

W związku z powyższym, w odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty, Odwołujący wykazał zarówno posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i możliwość poniesienia szkody. Spełnione zostały w tym zakresie przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, a zarzut podlegał w konsekwencji merytorycznemu rozpoznaniu. Odmiennie, co do spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, należało ocenić natomiast tę część odwołania, w której Odwołujący postawił zarzuty i żądania nakierowane na unieważnienie postępowania. Jak wskazano, przykładowo w wyroku KIO z dnia 26 września 2013 r., sygn. akt KIO 2173/13, *„1. W* świetle *brzmienia art. 179 ust. 1 p.z.p. unieważnienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania "interesu w uzyskaniu danego zamówienia", gdyż interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a interes w uzyskaniu danego zamówienia nie*

---

obejmuje czuwania nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia. 2. Odwołanie, w świetle *ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, nie stanowi* środka *mającego na celu uzyskanie ogólnej zgodności działań zamawiającego z prawem, ale* środek *zmierzający do wyboru oferty odwołującego”.* W innym wyroku z dnia 15 maja 2013 r., sygn. akt KIO 977/13, KIO wyraziła stanowisko, iż *„Zarzut powiązany z* żądaniem *unieważnienia postępowania jest nie do pogodzenia z przyznaną przepisem art. 179 ust. 1 p.z.p. ochroną interesu wykonawcy, polegającego na uzyskaniu zamówienia publicznego – tego zamówienia, co do którego prowadzone jest postępowanie o jego udzielenie, a w którym wykonawca składa odwołanie. Unicestwienie postępowania, poprzez jego unieważnienie, nie może doprowadzić do uzyskania tego zamówienia przez odwołującego”.*

Podobnie w doktrynie podnoszone jest, iż *„Przepis art. 179 ust. 1 stanowi o interesie w uzyskaniu "danego zamówienia". Co do zasady interes ten ma charakter skonkretyzowany w*

odniesieniu do postępowania, w którym następuje wniesienie odwołania. Należy zatem zgodzić się z linią orzeczniczą KIO, iż "interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi "danego" zamówienia, a zatem konkretnego postępowania, w którym środek *ochrony prawnej jest wnoszony, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego" (wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 759/11, LEX nr 798082). Następstwem tej linii orzeczniczej jest pogląd prezentowany w licznych wyrokach Izby wykluczający możliwość wnioskowania o unieważnienie postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza uznaje bowiem,* że *w* świetle *brzmienia art. 179 ust. 1 unieważnienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania "interesu w uzyskaniu danego zamówienia", gdyż interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a interes w uzyskaniu danego zamówienia nie obejmuje czuwania nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego danego, konkretnego zamówienia (wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 r., KIO 1557/11, LEX nr 950755). Unieważnienie postępowania nie oznacza bowiem automatycznego rozpoczęcia nowego postępowania w trybie konkurencyjnym, dzięki czemu odwołujący się od zastosowania trybu niekonkurencyjnego miałby szansę wzięcia udziału w postępowaniu.* Żaden *przepis prawa nie daje bowiem nikomu roszczenia o wszczęcie postępowania na nowo, a zamawiający może zrezygnować z udzielenia zamówienia lub zrealizować jego przedmiot własnymi siłami" (tak: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. – Prawo zamówień publicznych, Komentarz; LEX/el 2014).*

16

Powyższe tezy zachowują pełną aktualność w odniesieniu do realiów niniejszej sprawy. W konsekwencji, Izba uznała, że w zakresie zarzutów i żądań ewentualnych – nakierowanych na unieważnienie postępowania – nie została wykazana przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu tego zamówienia. Okoliczność ta przesądzała o bezzasadności postawionych w tym zakresie zarzutów, niezależnie od faktu ogólnikowości tych zarzutów oraz braku rzeczowej argumentacji.

Orzekając w sprawie Izba przeanalizowała i wzięła pod uwagę dokumentację niniejszego postępowania o zamówienie publiczne, w tym treść Ogłoszenia o zamówieniu, Zaproszenia do składania ofert, treść ofert Odwołującego i Przystępującego oraz treść SIWZ. Wiarygodność tych dokumentów nie była kwestionowana. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego z dokumentów dotyczących innych postępowań prowadzonych przez Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad (Ogłoszenie o zamówieniu i SIWZ na przetarg dotyczący bieżącego i zimowego utrzymania dróg krajowych na terenie województwa wielkopolskiego, dla których zarządcą jest Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad; Ogłoszenie o zamówieniu oraz zaproszenie do składania ofert dotyczące przetargu na projekt i budowę drogi ekspresowej S2 – południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska" do węzła „Lubelska"). Zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp, Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Izba uznała, że powyższe dowody nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania, w szczególności też nie były to dowody, które potwierdzałyby tezy i twierdzenia Odwołującego. Zostały one zgłoszone celem przedstawienia różnej praktyki zamawiającego oraz celem wykazania, że w tym postępowaniu Zamawiający nie postąpił w sposób analogiczny. Dowody te nie były nawet nakierowane na wykazanie tego, że sposób postępowania Zamawiającego w niniejszej sprawie, w szczególności zakaz składania ofert na dwie części, był błędny. Miały one jedynie przedstawiać różną praktykę, co jednak nie oznacza, by na podstawie tych dowodów zaistniały podstawy do uznania błędów w działaniach Zamawiającego w tym konkretnym postępowaniu, którego dotyczyło odwołanie. Izba w pełni podzieliła uwagi Zamawiającego i Przystępującego, co do braku wartości dowodowej ww. dokumentów.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że **odwołanie podlega oddaleniu.**

17

Okolicznością oczywistą było dla Izby to, że Zamawiający określił maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe mógł złożyć jeden wykonawca. Zamawiający zastosował i skorzystał z uprawnień, o których mowa w art. 83 ust. 2 i 3 Pzp, zgodnie z którym zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny (ust. 2); w przypadku, o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca.

Stosownie do ww. regulacji, Zamawiający określił w Ogłoszeniu o zamówieniu, że to zamówienie jest podzielone na części oraz wskazał, że ofertę można składać tylko w odniesieniu do jednej części – zadania (jedna część/zadanie była tą maksymalną liczbą, o której mowa w art. 83 ust. 3 Pzp). Treść Sekcji II.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu nie pozostawia w tym zakresie żadnych wątpliwości.

W związku z powyższym, nie ulegało wątpliwości Izby, że Zamawiający wprowadził w tym postępowaniu zakaz składania ofert na dwie części zamówienia (określane przez Zamawiającego, jako „Zadanie (Część)". Wykonawca, który spełnił warunki udziału w postępowaniu i został zaproszony do składania ofert, zobowiązany został do wybrania jednej z części zamówienia (zadania), na którą mógł złożyć jedną ofertę. Żaden z wykonawców, w tym Odwołujący, nie zakwestionował powyższego zastrzeżenia na etapie ogłoszenia o zamówieniu. W konsekwencji, w ocenie Izby, już od momentu upływu terminu na ewentualne zakwestionowanie ww. postanowień ogłoszenia o zamówieniu, wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący, związani byli wprowadzonym przez Zamawiającego ograniczeniem i obowiązani byli do zastosowania się do ww. zakazu. Jak wynika z bezspornego stanu faktycznego, wszyscy wykonawcy zaproszeni do składania ofert, oprócz Odwołującego, postąpili zgodnie z ograniczeniem i zakazem wprowadzonym przez Zamawiającego.

Jednocześnie, zarówno treść ogłoszenia o zamówieniu, jak i późniejsza treść zaproszenia do składania ofert, była jednoznaczna, co do zakazu składania ofert na dwie części zamówienia. Odwołujący, jako podmiot profesjonalnie działający na rynku, nie powinien mieć żadnych trudności w zrozumieniu przyjętego przez Zamawiającego zastrzeżenia. Izba wskazuje przy tym, iż treść Sekcji VI.3 (Informacje dodatkowe) była w tym zakresie wynikiem ograniczeń wprowadzonych przez Zamawiającego w Sekcji II.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu (Części), gdzie Zamawiający wprost wprowadził zakaz składania ofert na więcej niż jedną część zamówienia. Ta część ogłoszenia (zgodnie z jej tytułem) odnosiła się do kwestii podziału zamówienia na części, jak również kwestii dotyczącej możliwości składania ofert w odniesieniu do: jednej; jednej lub więcej; czy też wszystkich – części zamówienia. Jednoznacznie w tym

miejscu ogłoszenia Zamawiający przesądził, że dopuszcza składanie ofert jedynie w odniesieniu do jednej części zamówienia. Izba krytycznie oceniła twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający zniósł ograniczenie z Sekcji II.1.8) poprzez zapis z Sekcji VI.3 Ogłoszenia o zamówieniu. Przeciwnie, treść tych sekcji koresponduje ze sobą w sposób całościowy. To, co Zamawiający zastrzegł w Ogłoszeniu o zamówieniu odnoszącym się do „Części" (Sekcja II.1.8), powtórzył następnie w „Informacjach dodatkowych" (Sekcja VI.3). Twierdzenia o „zniesieniu ograniczenia z Sekcji II.1.8)" Izba uznała za dowolną i subiektywną wykładnię treści Ogłoszenia o zamówieniu, nie znajdującą rzeczowego oparcia ani uzasadnienia. Trudno przyjąć, by Odwołujący był w tym przypadku uprawniony do dokonywania wiążącej wykładni postanowień ww. dokumentu i niejako narzucania Zamawiającemu sposobu jego rozumienia, wbrew stanowisku i woli Zamawiającego, które zostały wyrażone w sposób jasny i precyzyjny, a następnie zrozumiane, przyjęte i zastosowane także przez wszystkich pozostałych wykonawców, oprócz Odwołującego. Izba nie uznała, by w ogóle dopuszczalnym było przyjęcie tego rodzaju domniemania o „zniesieniu ograniczenia" jedynie z uwagi na zapis z Sekcji VI.3 Ogłoszenia o zamówieniu, stanowiący o tym, iż każde zadanie należy traktować jako osobne zamówienie publiczne. Powyższy zapis nie daje podstaw do uznania, że celem jego wprowadzenia przez Zamawiającego było wskazanie wykonawcom, że prowadzone są dwa odrębne postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz, że w kontekście tego zapisu wszelkie ograniczenia czy zastrzeżenia należy odnosić jedynie do danej części. Izba nie znalazła podstaw do uznania argumentacji Odwołującego, że skoro Zamawiający zakazał składania ofert częściowych, to zakaz ten, w kontekście powyższego zapisu, mógł być odnoszony jedynie do danej części, zaś jeżeli Zamawiający miał inną wolę to nie zostało to wyartykułowane w sposób precyzyjny. Należy zauważyć, że odniesienie ograniczeń z Sekcji

II.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu, wyłącznie do danej części zamówienia (zadania) – tak jak przedstawiał to Odwołujący – prowadziłoby do sprzeczności i braku logiki treści Ogłoszenia, jak również nie znajdowało oparcia w jednoznacznej woli Zamawiającego i wprowadzonych zasad składania ofert, którym dano następnie wyraz także w treści zaproszenia do składania ofert. Poszczególne dwa zadania (części) nie były już podzielone na części, tak więc uznanie, że zawarte w Sekcji II.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu oświadczenie, że zamówienie jest podzielone na części i dopuszczalne jest złożenie oferty tylko do jednej części, nie mogło być odnoszone jedynie do danej części zamówienia, lecz odnosiło się do całości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ponadto, trudno uznać, by na podstawie jednego zdania (dotyczącego traktowania zadań, jako osobne zamówienie publiczne), na którym Odwołujący oparł w zasadzie swoją argumentację, mogło dojść do tak daleko idącej modyfikacji zasad określonych w Sekcji II.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu, jak również w treści samej Sekcji VI.3).

Zasadnie Zamawiający wskazywał, że zdania tego nie można odczytywać w oderwaniu od pozostałej treści Sekcji VI.3) Ogłoszenia o zamówieniu. W Sekcji tej, w zdaniu poprzedzającym ww. zapis o traktowaniu zadań, jako osobne zamówienie, Zamawiający także w sposób wyraźny zaznaczył, że ofertę można złożyć tylko na jedno zadanie (część). Ponadto, Izba wskazuje, że zapis o traktowaniu zadań, jako odrębne zamówienie publiczne został wprowadzony w Informacjach dodatkowych, a ponadto w ramach opisu sposobu przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Tym bardziej, nie mógł on, zdaniem Izby – niezależnie od tego, że nie dawał on podstaw do powzięcia wniosków prezentowanych przez Odwołującego – stanowić o zmodyfikowaniu treści ujętej w Sekcji II.1.8) Ogłoszenia o zamówieniu, dotyczącej wprost kwestii odnoszących się do podziału całego zamówienia na części oraz zakazu składania ofert na więcej niż jedną część. To, że Zamawiający nie miał zamiaru dokonania modyfikacji prezentowanej przez Odwołującego, potwierdzały dalsze działania Zamawiającego, w szczególności treść zaproszenia do składania ofert. Zasadnie argumentował Przystępujący, że w okolicznościach tej sprawy oraz mając na uwadze przyjęty przez Zamawiającego tryb i sposób prowadzenia postępowania (przetarg ograniczony, sporządzenie odrębnych SIWZ dla każdego zadania – będące działaniem dopuszczalnym i uzasadnionym w realiach tej sprawy chęcią zapewnienia przez Zamawiającego sprawności postępowania, przejrzystości dokumentacji, jak również ułatwienia wykonawcom składania ofert) zapis z Sekcji VI.3) Ogłoszenia o zamówieniu stanowiący o traktowaniu zadań, jako odrębne zamówienie publiczne, mógł być rozumiany jedynie jako zamiar zawarcia przez Zamawiającego dwóch umów z dwoma wykonawcami. Izba uznała argumentację Przystępującego, który wskazał, że pojęcie „zamówienie publiczne” posiada definicję legalną i na zasadzie art. 2 pkt 13 Pzp należy przez to rozumieć umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym, a wykonawcą.

W konsekwencji powyższego Izba nie uznała twierdzeń Odwołującego, iż Zamawiający nie zastrzegł w sposób skuteczny zakazu składania ofert na więcej niż jedno zadanie. Zakaz ten został przy tym wyrażony w sposób jednoznaczny w treści Ogłoszenia o zamówieniu, a następnie w sposób jednoznaczny został ponownie zasygnalizowany wykonawcom w treści zaproszenia do składania ofert. Należy wskazać, że Zamawiający w sposób szczególny zwrócił wykonawcom uwagę na wprowadzony zakaz. Ta część zaproszenia do składania ofert została w tym celu specjalnie wyboldowana. Zamawiający powtórzył wykonawcom, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę tylko (podkreślenie Izby) na jedno zadanie (część). Treść zastrzeżenia nie wskazywała, że wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę na jedno zadania (co mogłoby dawać podstawę do wywodu, iż na każde zadanie można było złożyć jedną ofertę), lecz Zamawiający wskazał wprost, że dopuszcza tylko jedną ofertę tylko na jedno

zadanie. Odwołujący, jako podmiot profesjonalny, nie powinien mieć żadnym problemów ze zrozumieniem treści i istotny powyższych zapisów – zarówno Ogłoszenia o zamówienia, jak i zaproszenia do składania ofert.

Skuteczności wprowadzenia zakazu składania ofert na więcej niż jedną część zamówienia nie podważa to, iż zakaz ten nie został po raz kolejny powtórzony w treści SIWZ. W sytuacji, gdy Zamawiający sporządził dla każdego zadania odrębną specyfikację, nie sposób uznać, by istniała potrzeba (a tym bardziej konieczność) zamieszczania w specyfikacji dla danego zadania zakazu składania oferty dla zadania odrębnego, dla którego istniała

oddzielna specyfikacja. W ramach specyfikacji dla danego zadania Zamawiający ujął kwestie odnoszące się do tego właśnie zadania, co wynikało z przyjętego sposobu prowadzenia postępowania, w tym z decyzji o sporządzeniu odrębnych SIWZ dla każdego z zadań. Jednocześnie, Zamawiający stosownie do art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do przetargu ograniczonego, ogłoszenie o zamówieniu zawiera, co najmniej określenie przedmiotu zamówienia, z podaniem informacji o możliwości składania ofert częściowych, wskazał w ogłoszeniu przedmiotowe informacje, zastrzegając jednocześnie, że dopuszcza złożenie oferty tylko na jedno zadanie. Zamawiający oraz Przystępujący zasadnie argumentowali, że przepisy Pzp nie wymagają, by zakaz wywodzony z art. 83 ust. 3 Pzp (określenie maksymalnej liczby części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca – *a contrario* zakaz składania ofert na więcej części zamówienia, niż przyjęta przez zamawiającego liczba), musiał, dla swojej skuteczności, być umieszczony nie tylko w treści ogłoszenia o zamówieniu, ale także w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 36 ust. 1 Pzp tego rodzaju wymogu wprost nie przewiduje, zaś ust. 2 art. 36 Pzp w pkt 1 stanowi, że w przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja zawiera również opis części zamówienia, jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych. Zamawiający zawarł opis części zamówienia w SIWZ dla każdego z zadań. Za inny element należy uznać natomiast informację dotyczącą możliwości składania ofert częściowych. Informacja ta – zarówno w trybie przetargu nieograniczonego, jak i ograniczonego – powinna znaleźć się w pierwszej kolejności w ogłoszeniu o zamówieniu (art. 41 pkt 4 Pzp; art. 48 ust. 2 pkt 3 Pzp). Skład orzekający Izby nie uznał, że brak powtórzenia w SIWZ zastrzeżeń poczynionych w tym zakresie w Ogłoszeniu o zamówieniu, czynił automatycznie te zastrzeżenia nieistniejącymi. Wprowadzone przez Zamawiającego ograniczenia były wiążące dla wykonawców, już na podstawie treści Ogłoszenia o zamówieniu (niezakwestionowanej przez żadnego z wykonawców). Następnie, zostały powtórzone w treści zaproszenia do składania ofert, która to czynność też wiązała wykonawców biorących udział w postępowaniu. Oferty, jak zasadnie podnosił Przystępujący, były składane w odpowiedzi na

zaproszenia do składania ofert. Już chociażby z tego względu, nie budziło wątpliwości Izby, że powinny one odpowiadać także treści zaproszenia. Z argumentu Odwołującego, iż zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, nie można wyprowadzić zasady – w szczególności dla trybu przetargu ograniczonego – że dla skuteczności wprowadzenia ograniczenia, o którym mowa w art. 83 ust. 3 Pzp, konieczne jest umieszczenie go nie tylko w ogłoszeniu o zamówieniu, ale także w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwłaszcza, gdy tak jak w sprawie niniejszej Zamawiający zastosował rozwiązanie, które należy uznać za dopuszczalne, polegające na sporządzeniu odrębnych SIWZ dla każdego z zadań. W tym przypadku treść ogłoszenia o zamówieniu, jako dokument wyznaczający ramy całego postępowania, powinna mieć w tym zakresie kluczowe znaczenie. Dokument ten informował już bowiem na wstępie wykonawców, na ile części zamówienia będą mogli oni złożyć ofertę. W tej sprawie dokument ten informował o możliwości złożenia oferty tylko na jedno zadanie (część). Ponadto, należy wskazać, że oferta Odwołującego nie została odrzucona na podstawie niezgodności z treścią SIWZ. Przesłanka niezgodności z ustawą jest odrębną przesłanką odrzucenia oferty i z pewnością nie można uzależniać jej zastosowania od tego, czy określona okoliczność wskazująca na niezgodność z ustawą, została czy też nie, ujęta w treści specyfikacji. Wykonawcy sporządzający ofertę muszą kierować się nie tylko treścią specyfikacji, ale na równym stopniu również tym, czy ich oferta nie narusza przepisów ustawy. Ewentualny brak powtórzenia w treści specyfikacji zakazów czy ograniczeń wynikających bezpośrednio z przepisów ustawy, nie może prowadzić do niestosowania przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Ponadto, należy wskazać, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości wykonawca dysponuje możliwością zwrócenia się o ich wyjaśnienie w trybie art. 38 ust. 1 Pzp. Jeżeli by nawet hipotetycznie przyjąć, że w tej sprawie Odwołujący mógłby mieć wątpliwości (co jednak zdaniem składu orzekającego Izby nie mogło mieć miejsca, zwłaszcza, że treść specyfikacji została przekazana wraz z zaproszeniem do składania ofert, w którym zakaz został wyrażony w sposób jednoznaczny – a tym samym treść tej specyfikacji powinna była być rozumiana przez wykonawcę także przez pryzmat treści ujętych w zaproszeniu), czy wobec braku powtórzenia w SIWZ, zakazu ujętego w treści ogłoszenia, a następnie w treści zaproszenia, Zamawiający dopuszcza złożenie dwóch ofert na dwa zadania, to mógł te wątpliwości wyjaśnić, poprzez skorzystanie z prawa przyznanego na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp – czego jednak nie uczynił.

Izba nie znalazła także podstaw do uznania wywodów Odwołującego nakierowanych na wykazanie, że zastrzeżenie, co do możliwości złożenia tylko jednej oferty tylko na jedno zadanie, wynikało nie z przepisów ustawy, lecz z czynności Zamawiającego, a tym samym, że nie mogło dojść do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zgodnie z przepisem art. 83 ust. 3

22

Pzp, w przypadku o którym mowa w ust. 2, wykonawca może złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia, chyba że zamawiający określił maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. W ocenie składu orzekającego Izby ww. przepis odnosi się bezpośrednio do wykonawcy. Przepis wyraźnie posługuje się sformułowaniem „wykonawca może złożyć", a więc wskazuje na zachowania dopuszczalne i zgodne z ustawą, które dany wykonawca może podjąć. Norma zawarta w ww. przepisie wskazuje, że w przypadku dopuszczenia możliwości złożenia oferty częściowej, wykonawca może, co do zasady, złożyć oferty częściowe na jedną lub więcej części zamówienia. Z normy prawnej zawartej w ww. przepisie wynika w dalszej kolejności, że swoboda wykonawcy zostaje w tym względzie ograniczona w sytuacji, gdy zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na które oferty częściowe może złożyć jeden wykonawca. Gdy ma miejsce tego rodzaju określenie to norma prawa zawarta w ww. przepisie musi być odczytywana w ten sposób, że wykonawca może maksymalnie złożyć oferty na taką liczbę części zamówienia, którą to liczbę wskazał zamawiający – *a contrario* z normy prawnej wynika w tym przypadku zakaz składania ofert częściowych ponad tą liczbę. W niniejszej sprawie Zamawiający wskazał, że wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedną część zamówienia. W ocenie Izby, w sytuacji, gdy wykonawca postępuje wbrew ograniczeniu (zakazowi) wprowadzonemu przez zamawiającego na podstawie art. 83 ust. 3 Pzp, to narusza tym samym bezpośrednio przepisy ustawy Pzp, a nie tylko oświadczenie zamawiającego (będące wyrazem zastosowania ww. przepisu). Jeżeli zaś postępowanie wykonawcy pozostaje w tym przypadku niezgodne z przepisem ustawy Pzp, to jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Złożenie oferty wbrew ograniczeniu wynikającemu z art. 83 ust. 3 Pzp, jest działaniem, w którym dokonuje się naruszenie przepisu ustawowego, a tym samym oferta powinna w tym przypadku podlegać odrzuceniu, jako niezgodna z ustawą (złożona wbrew ograniczeniu z art. 83 ust. 3 Pzp).

Reasumując, w ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, Zamawiający w sposób prawidłowy i uzasadniony odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp. Reguły składania ofert w niniejszym postępowaniu zostały w sposób precyzyjny określony przez Zamawiającego. Zamawiający zwracał szczególną uwagę, by wykonawcy mieli świadomość zastrzeżenia, że mogą złożyć tylko jedną ofertę tylko na jedno zadania. Zdaniem Izby taką świadomość, musiał mieć także Odwołujący, a odwołanie stanowiło jedynie próbę przeforsowania odmiennej interpretacji w celu odwrócenia niekorzystnych skutków wynikających z decyzji zamawiającego. Zbędnym było wskazywanie w podstawie prawnej odrzucenia, jak i jego uzasadnieniu, art. 7 ust. 1 Pzp, oraz argumentowanie, że oferta narusza zasady uczciwej konkurencji określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

23

Przepis art. 7 Pzp skierowany jest wobec Zamawiającego i trudno uznać, by wykonawca mógł dopuścić się jego naruszenia. Gdy oferta wykonawcy narusza uczciwą konkurencję przepisy ustawy Pzp przewidują, w przypadku uznania, że owo naruszenie przybiera postać czynu nieuczciwej konkurencji, odrębną podstawę odrzucenia. Sam zaś przepis art. 7 ust. 1 Pzp stanowi o obowiązkach zamawiającego. Wskazanie tego przepisu w podstawie prawnej odrzucenia oferty oraz jego uzasadnieniu nie miało znaczenia dla oceny prawidłowości decyzji podjętej przez Zamawiającego. W tym zakresie powołanie się na art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 83 ust. 3 Pzp, było wystarczające i w pełni uzasadnione. Izba miała na względzie, że przywołanie także art. 7 ust. 1 Pzp podyktowane zostało w istocie chęcią wyrażania przez Zamawiającego, że właśnie obowiązki i zasady wynikające z tego przepisu, nakazywały Zamawiającemu odrzucenie oferty Odwołującego, jako niezgodnej z ustawą – a nie wskazanie, że to wykonawca dopuścił się naruszenia tego przepisu. Izba uznała argumentację Zamawiającego, że brak odrzucenia oferty Odwołującego prowadziłby w realiach tej sprawy do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp i faworyzowałby Odwołującego, w sposób nieuzasadniony, względem innych wykonawców, którzy zastosowali się do wprowadzonego zakazu składania ofert na więcej niż jedną część zamówienia (zadanie).

Za bezpodstawny Izba uznała w konsekwencji także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. To właśnie brak odrzucenia oferty Odwołującego prowadziłby, w ocenie Izby, do naruszenia zasad wynikających z tego przepisu.

Krytycznie należało w tym zakresie ocenić argumentację dotyczącą złożenia w prowadzonym postępowaniu dwóch ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej.

Tego rodzaju zastrzeżenie i dążenie do wyeliminowania możliwości złożenia ofert przez odrębnych wykonawców, należących przy tym do jednej grupy kapitałowej, Odwołujący mógł – w kontekście naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – podnosić i realizować na etapie ogłoszenia o zamówieniu. Jeżeli bowiem, w ocenie Odwołującego, dopuszczenie możliwości złożenia dwóch ofert przez podmioty należące do jednej grupy kapitałowej, mogło prowadzić do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, to Odwołujący mógł w odpowiednim czasie skorzystać z przysługujących mu środków prawnych i zakwestionować brak stosownego zakazu, domagając się jego wprowadzenia. Podnoszenie tej okoliczności na etapie rozstrzygnięcia przetargu należało uznać za niezasadne i nie mogące stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Zamawiający wykazał przy tym, iż podmioty wybrane w poszczególnych zadaniach, są odrębnymi wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp.

24

W kwestii zarzutów i żądań ewentualnych, jak wskazano na wstępie, w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w tym zakresie posiadania interesu, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, co stanowiło wystarczającą podstawę do krytycznej oceny tej części odwołania. Jednocześnie, Izba wskazuje, że Odwołujący ograniczył się w zakresie zarzutów ewentualnych do ogólnikowej argumentacji i nie wykazał, by zaistniały przesłanki do nakazania zastosowania przepisów art. 93 ust. 1 pkt 1, 6 i 7 Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zaistniały podstawy do uznania ofert pozostałych wykonawców za niezgodnych z treścią SIWZ. Izba uznała argumenty Zamawiającego, że zapisu z pkt 7.2 SIWZ, nie można odczytywać inaczej, niż zakaz złożenia oferty częściowej w ramach konkretnego Zadania – którego dotyczył odrębny komplet SIWZ – a nie w ramach całego postępowania, którego dotyczyło Ogłoszenie o zamówieniu. Dane Zadanie jest już niepodzielne, z zatem Zamawiający zakazał wykonawcom złożenia oferty częściowej obejmującej np. tylko wybudowanie obiektów mostowych w ramach danego Zadania (części). Odwołujący nie wykazał, by oferty pozostałych wykonawców nie oferowały wykonania całego zadania, a oferowały wykonanie jedynie części konkretnego Zadania. Za taką ofertę nie można uznać oferty Przystępującego, gdyż jak wynika z jej treści dotyczyła ona wykonania całego Zadania 1. Odwołujący nie wykazał także, jaka istotna zmiana okoliczności miała w tym przypadku nastąpić, która to zmiana miałaby wskazywać na to, że prowadzenie postępowania nie leży w interesie publicznym, której to zmiany nie można było dodatkowo przewidzieć. Podobnie, nie wykazano w żaden sposób, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wbrew stanowisku Odwołującego należało uznać w szczególności, że treść Ogłoszenia o zamówieniu, treść zaproszenia oraz SIWZ, mając na uwadze chronologię działań, tryb tego postępowania i przyjęty przez Zamawiającego sposób procedowania, jest zgodna i korespondująca wzajemnie ze sobą. To, co Zamawiający zastrzegł w Ogłoszeniu o zamówieniu powtórzył następnie w treści zaproszenia do składania ofert, a treść SIWZ ograniczył do danego konkretnego Zadania, którego ona dotyczyła, nie będąc już obowiązany w treści SIWZ (niezależnie od tego, że treść ta dotyczyła danego zadania i nie powinna była odnosić się do kwestii dotyczących składania ofert w innym zadania) do kolejnego powtarzania ograniczeń znanych i zakomunikowanych jednoznacznie wszystkich wykonawcom.

Mając wszystko powyższe na względzie orzeczono, jak w sentencji wyroku.

25

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. W związku z oddaleniem odwołania Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego oraz zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 3 pkt 1 w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……