

Sygn. akt XXIII Ga 1629/20

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lutego 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Monika Skalska

Sędziowie: SO Wiktor Piber

SO Bolesław Wadowski

Protokolant: Protokolant Aleksandra Marczak

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 10 lutego 2021 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego: (...) Agencji (...) w W.

odwołującego: (...) spółki akcyjnej w W.

ze skargi (...) spółki akcyjnej w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 20 sierpnia 2020 r., sygn. akt KIO 1464/20

I. zmienia częściowo zaskarżony wyrok w pkt 1 i:

- a) oddala w całości odwołanie w stosunku do (...) spółki akcyjnej w W.;
- b) uchyla unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach: 2, 6, 7, 8 i 15;
- c) uchyla wykluczenie (...) spółki akcyjnej w W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy PZP;

II. oddala skargę w zakresie kosztów postępowania odwoławczego zawartych w pkt. 2 zaskarżonego wyroku;

III. zasądza od (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz (...) spółki akcyjnej w W. 82500 zł (osiemdziesiąt dwa tysiące pięćset złotych)  
tytułem kosztów postępowania skargowego.

Wiktor Piber Monika Skalska Bolesław Wadowski

Sygn. akt XXIII Ga 1629/20

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Polska Agencja (...) w W. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie umowy – Prawo zamówień publicznych, postępowanie u udzielenie zamówienia na: „Świadczenie usług telekomunikacyjnych przesyłu danych z wykorzystaniem łączy w podziale na 15 części”.

W dniu 29 czerwca 2020 roku wykonawca (...) spółka akcyjna w W. złożył odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawców (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz (...) spółki akcyjnej w W. na podstawie art. 24 ust.1 pkt. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp). Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp w zw. z art. 36aa ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 11 i części 15 zamówienia, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, wykluczenie wykonawcy (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w zakresie części nr 11 zamówienia, wykluczenie wykonawcy (...) spółki akcyjnej w zakresie części nr 15 zamówienia, w konsekwencji wykluczenie ww. wykonawców w zakresie pozostałych części, na które wykonawcy ci złożyli oferty, dokonania wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 11 i nr 15 zamówienia.

Wyrokiem z dnia 20 sierpnia 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 1464/20 w pkt. 1. Uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach: 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 oraz 2) wykluczenie wykonawców: - (...) sp. z o. o. z siedzibą w W. w części: 9, 10, 11, 12, 13, 14 oraz – wykonawcy (...) SA z siedzibą w W. w części: 2, 6, 7, 8, 15 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp, a także 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert; w pkt. 2 kosztami postępowania obciążyła zamawiającego: (...) Agencję (...) z siedzibą w W. i: 1) zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł uiszczoną przez wykonawcę (...) SA w W. tytułem wpisu od odwołania; 2) zasądziła od Zamawiającego (...) Agencji (...) w W. na rzecz (...) SA w W. 18600 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na podstawie dokumentacji postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron oraz uczestników postępowania Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest „Świadczenie usług telekomunikacyjnych przesyłu danych z wykorzystaniem łączy w podziale na 15 części.”

Zamawiający podzielił zamówienie na 15 części. Jednocześnie na podstawie art. 36aa ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający w rozdziale III pkt. 5.2 SIWZ określił maksymalną liczbę części, na które wykonawca może złożyć ofertę – tj. 15 części.

Ponadto w pkt. 5.3 SIWZ Zamawiający na podstawie art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp określił maksymalną liczbę części, w których wykonawcy może zostać udzielone zamówienie – tj. 9 części.

Wykonawca (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. złożył ofertę na następujące części: 9, 10, 11, 12, 13, 14. W postępowaniu tym również wykonawca (...) spółka akcyjna w W. złożył ofertę na następujące części zamówienia: 2, 6, 7, 8, 15. Zamawiający w dniu 18 czerwca 2020 roku dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto Izba ustaliła, że obaj wykonawcy łącznie złożyli oferty na 11 części. Nie zaistniała sytuacja, w której – na poszczególne części – obaj wykonawcy ( (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz (...) spółka akcyjna w W.) złożyliby oferty, konkurując ze sobą w danej części.

Bezspornym jest, że obaj wykonawcy należą do tej samej grupy kapitałowej. Obaj wykonawcy złożyli również oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej, składając jednocześnie w tym przedmiocie wyjaśnienia.

W tak ustalonym stanie w ocenie Izby odwołanie było zasadne i zasługiwało na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z odwołującym, że zaistniała sytuacja – w opisanym stanie faktycznym – mogła doprowadzić do zakłócenia konkurencji.

W ocenie Izby w niniejszym stanie faktycznym znaczenie mają następujące przepisy ustawy Pzp.

I tak zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp Zamawiający wyklucza wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Ponadto zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca w terminie 3 dni od dnia przekazaniu informacji, o której mowa w art. 51 ust. 1a, art. 57 ust.1 lub art. 60d ust.1, albo od zamieszczenia na stronie internetowej informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 przekazuje Zamawiającemu oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w ust. 1 pkt.23 ustawy Pzp. Wraz ze złożeniem oświadczenia, wykonawca może przedstawić dowody, że powiązania z innym wykonawcą nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Nadto, zgodnie z art. 36aa ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając przedmiot tych części. Zgodnie z ust. 2 w przypadku o którym mowa w ust.1 zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także zaproszeniu do składania ofert lub zaproszeniu do negocjacji czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia. Zgodnie z ust. 3 tego przepisu zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, w SIWZ, w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub zaproszeniu do negocjacji, maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone jednemu wykonawcy.

W tak ustalonym stanie faktycznym, w ocenie Izby Zamawiający postanowieniami SIWZ – wobec brzmienia przepisu art. 36aa ust. 3 ustawy Pzp – ukształtował relacje pomiędzy częściami zastrzegając, że jednemu wykonawcy może zostać udzielone zamówienie maksymalnie na 9 części. Zatem wykonawca (...) SA startując w niniejszym postępowaniu – owszem mógł złożyć oferty na 15 części, jednak w świetle brzmienia pkt. 5.3 SIWZ Zamawiający mógł udzielić zamówienie maksymalnie w 9 częściach.

Inaczej wyglądała sytuacja wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej. Wykonawcy ci hipotetycznie składając oferty odpowiednio – w 8 częściach, drugi w 7 częściach, każdy z nich – wobec zastrzeżenia Zamawiającego – mógł liczyć na uzyskanie zamówienia w tych częściach, zatem wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej – mogliby liczyć na uzyskanie zamówienia we wszystkich 15 częściach zamówienia.

Sytuacja w niniejszym postępowaniu kształtuje się odmiennie – ale niewątpliwie udział tych wykonawców mógł doprowadzić do zakłócenia konkurencji – gdyż obaj wykonawcy składając oferty łącznie na 11 części, mogli uzyskać zamówienie właśnie na owe 11 części – na których wykonawcy może zostać udzielone zamówienie – tj. w przypadku wykonawcy startującego w tym postępowaniu a nie należącego do tej samej grupy kapitałowej – tj. w 9 częściach.

Izba nie zgodziła się z argumentacją zamawiającego, że przepis art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp należy stosować wyłącznie w ramach poszczególnych części zamówienia – gdyż każda część jest odrębnym zamówieniem. Postanowienie SIWZ ograniczające maksymalną ilość części jaka może zostać udzielone jednemu wykonawcy niewątpliwie wpływało na sytuację wykonawcy samodzielnie startującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w przeciwieństwie do wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, umożliwiając wykonawcom – należącym do tej samej grupy kapitałowej – uzyskanie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej poprzez hipotetyczną możliwość – uzyskania w przypadku dwóch wykonawców z tej samej grupy kapitałowej – wszystkich 15 części zamówienia.

W konsekwencji wobec tak ukształtowanych postanowień SIWZ nie można zgodzić się z Zamawiającym, że przepis art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp należy interpretować wyłącznie przez pryzmat części na jaką wykonawca złożył

ofercie, a wręcz przeciwnie – w tym stanie faktycznym – przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy należy interpretować przez pryzmat całego postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby – możliwe jest ukształtowanie postanowień SIWZ w taki sposób, tj. ukształtowanie relacji pomiędzy częściami, że koniecznym będzie badanie przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp w kontekście całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie tylko jego części.

Izba nie zgodziła się również z Zamawiającym, że niezasadnym jest powoływanie się na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2018 roku, sygn. akt XXIII Ga 1921/17, gdyż opisany stan faktyczny dotyczy innej sytuacji. W ocenie Izby – istotne znaczenie ma skutek w postaci ograniczenia liczby części, jaka zostanie udzielona jednemu wykonawcy. Powyższe niewątpliwie sprowadza się do podobnego mechanizmu działania i uzyskania – chociażby hipotetycznie na etapie udzielenia zamówienia przewagi konkurencyjnej wykonawców powiązanych kapitałowo. W konsekwencji w ocenie Izby zasadnym jest – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – badanie w postępowaniu (a nie tylko w poszczególnych jego częściach), czy ziszczyły się przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza zgodziła się z Odwołującą, że wobec treści art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp oraz złożonych wyjaśnień dotyczących przynależności do jednej grupy kapitałowej – wykonawcy ci nie wykazali, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nieprzekonywująca – wobec przedstawionego stanu faktycznego – jest argumentacja, że wykonawcy z tej samej grupy kapitałowej złożyli oferty na odrębne części zamówienia. W żaden sposób nie wykazano – że wykonawcy ci nie współpracują i nie podejmują wspólnie istotnych dla spółek decyzji. W ocenie Izby, w tym postępowaniu wykonawcy, należący do tej samej grupy kapitałowej – hipotetycznie składając oferty – jeden w 8 częściach, drugi w 7 częściach – uzyskaliby łącznie zamówienie w 15 częściach. Zatem jedna grupa kapitałowa uzyskałaby całość zamówienia, a zastrzeżenie Zamawiającego zawarte w pkt. 5.3 SIWZ byłoby fikcją. Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że w tym postępowaniu, w tej sytuacji należy zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby istotne znaczenie ma treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt. 23 Pzp. Wykonawcy (...) SA i (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp złożyli stosowane wyjaśnienia. W konsekwencji – wobec złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 11 Pzp, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że wykonawców – należących do tej samej grupy kapitałowej – należy wezwać do ponownego złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów.

W konsekwencji zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej ziszczyły się przesłanki wykluczenia wykonawców (...) SA oraz (...) sp. z o. o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp. Izba nakazała wykluczenie wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w częściach, w których złożyli oni oferty, gdyż wobec przyjętych powiązań pomiędzy częściami postanowieniem pkt. 5. 3 SIWZ – sankcją – rozciągającą się na całe postępowanie – jest wykluczenie wykonawców z całego postępowania, dlatego też wykluczenie wykonawców (...) SA oraz (...) sp. z o. o. stało się konieczne we wszystkich częściach, w których wykonawcy ci złożyli oferty, nie zaś wyłącznie w częściach, w których oferty tych wykonawców zostały uznane za najkorzystniejsze, z uwagi, że ograniczenie konkurencji o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy Pzp w opisanym stanie faktycznym rozciąga się na całe postępowanie o udzielenie zamówienia, a nie tylko na pojedyncze części i niewątpliwie ma wpływ na pozycje wykonawców z tej samej grupy kapitałowej prowadząc do ich nieuprawnionej przewagi konkurencyjnej w postaci możliwości uzyskania zamówienia na wszystkie części, w przeciwieństwie do wykonawcy samodzielnie składającego ofertę w postępowaniu.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, tj. stosowanie do wyniku postępowania.

(...) spółka akcyjna w W. nie zgodziła się z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej i wniosła od niego skargę. Wyrok zaskarżyła w całości i zarzuciła mu:

1) Naruszenie przepisów prawa procesowego, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

Art. 190 ust 7 Pzp poprzez dokonanie niewłaściwej, tj. dowolnej, wybiórczej i nieracjonalnej oceny dowodów poprzez:

(i) Ustalenie, że Zamawiający skonstruował postanowienia SIWZ w taki sposób, że poszczególne części zamówienia nie są od siebie niezależne, co w konsekwencji prowadzi do konieczności badania przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt. 23 Pzp w kontekście całego postępowania, a nie tylko poszczególnych jego części, podczas gdy w każdej części postępowania dokonywana jest odrębna ocena ofert, łącznie z odrębnym badaniem podstaw wykluczenia z postępowania, zaś oferty skarżącej i (...) sp. z o. o. zostały złożone dla niezależnych części postępowania i każda ze złożonych ofert dotyczyła innej części postępowania;

(ii) Oceny zasadności odwołania na podstawie hipotetycznych założeń i spekulacji, z pominięciem dowodów w postaci rzeczywistych dokumentów (SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie) oraz zeznań stron;

2) Naruszenie przepisów prawa materialnego tj.:

a) Art. 24 ust. 1 pkt. 23 Pzp poprzez uznanie, że przy tak sformułowanych postanowieniach SIWZ, wystarczającą podstawą do wykluczenia wykonawców, którzy złożyli oferty częściowe w postępowaniu jest ich przynależność do tej samej grupy kapitałowej, co hipotetycznie może prowadzić do zakłócenia konkurencji, podczas gdy (i) przynależność wykonawców do jednej grupy kapitałowej nie może stanowić podstawy wykluczenia, jeżeli wykonawcy ci wykażą, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu (ii) wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji zastosowania się do postanowień SIWZ, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez Zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu;

b) Art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez uznanie, że wobec złożenia przez Skarżącą wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 11 Pzp Zamawiający nie może wezwać Skarżącą do ponownego złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów, podczas gdy w przypadku, gdyby Zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia i oferty powziął jakiegokolwiek wątpliwości powinien zastosować art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp, a w konsekwencji zaniechanie uznania zarzutów (...) za przedwczesne, bowiem Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy nie ustalwszy wcześniej okoliczności oparcia o przepisy, które mają charakter obligatoryjny (art. 26 ust. 3 i 4 Pzp).

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wniósł o uwzględnienie skargi poprzez zmianę orzeczenia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania Odwołującego w całości oraz zasądzenie na rzecz Skarżącej kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przypisanych wraz z należnymi odsetkami.

W odpowiedzi na skargę przeciwnik skargi (...) spółka akcyjna w W. wniosła o oddalenie skargi oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego od Skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Zamawiający na rozprawie przed Sądem podtrzymywał stanowisko zajmowane przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przychylał się do stanowiska skarżącego, że orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej jest błędne, gdyż nie uwzględnia wszystkich okoliczności faktycznych sprawy. Zamawiający podniósł, iż orzeczenie KIO wykracza poza zarzuty odwołującego. Odwołanie bowiem odnosiło się wyłącznie do dwóch części postępowania.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga okazała się uzasadniona i doprowadziła do zmiany wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Podkreślić należy, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej zaskarżony został wyłącznie przez (...) spółkę akcyjną w W.. Dlatego też rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego odnosiło się tylko do tego wykonawcy. Mimo, że skarżący wskazał, że zaskarża orzeczenie Izby w całości, nie było, zdaniem Sądu Okręgowego, jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, że skarga

została złożona przez (...) SA również w imieniu (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.. Są to bowiem odrębne podmioty, które - jak wskazywane było w toku niniejszego postępowania – konkurują ze sobą, złożyły odrębne oferty w postępowaniu i żaden z nich nie reprezentował drugiego podmiotu. To, że podmioty te należą do jednej grupy kapitałowej nie powoduje, iż skarga wniesiona przez jeden z nich będzie odnosić skutki również w stosunku do drugiego z podmiotów.

Istotne w niniejszej sprawie było ustalenie, czy Zamawiający prawidłowo zachował się nie wykluczając z postępowania (...) SA oraz (...) sp. z o. o. w świetle art. 24 ust. 1 pkt. 23 Pzp oraz art. 36 aa Pzp.

Art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wymienia enumeratywnie przesłanki do obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy. Zwrot „wyklucza się” jest jednoznaczny w swym wyrazie, w szczególności gdy skonfrontuje się ze zwrotem zawartym w ust. 5 ww. przepisu ustawy „może wykluczyć”.

Nie budzi także wątpliwości doktryny i potwierdza to także orzecznictwo, iż każda z przesłanek wymienionych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi **samodzielną i wystarczającą** podstawę do wykluczenia wykonawcy/oferenta przez Zamawiającego.

Jedną z tych przesłanek jest ta uregulowana w pkt. 23 ww. przepisu ustawy, brzmi ona następująco:

„wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, złożyli odrębne oferty, oferty częściowe lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Art. 36 aa ustawy Pzp brzmi zaś następująco:

1. Zamawiający może podzielić zamówienie na części, określając zakres i przedmiot tych części.
2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu , w specyfikacji istotnych warunków zamówienia , w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub w zaproszeniu do negocjacji, czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia .
3. Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu , w specyfikacji istotnych warunków zamówienia , w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania lub w ogłoszeniu o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub w zaproszeniu do negocjacji, maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy .
4. Zamawiający może ograniczyć liczbę części zamówienia, którą można udzielić jednemu wykonawcy, pod warunkiem że maksymalną liczbę części, jaka może być udzielona jednemu wykonawcy, wskaże zgodnie z ust. 3.
5. W przypadku, o którym mowa w ust. 3, zamawiający określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obiektywne i niedyskryminujące kryteria lub zasady, które zastosuje w celu wyboru, w których częściach zostanie wykonawcy udzielone zamówienie w przypadku, gdy w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia jeden wykonawca miałby uzyskać większą liczbę części zamówienia niż wynosi maksymalna liczba, na które może zostać mu udzielone zamówienie .

Oznacza to, że ustawodawca usankcjonował podział jednego dużego zamówienia na części. Takie postępowanie było wynikiem – co w doktrynie nie budzi wątpliwości – implementacji wytycznych Unii Europejskiej, która oczekiwała od państw członkowskich stwarzania warunków pozwalających na zwiększenie udziału sektora (...) (małych i średnich przedsiębiorstw) w rynku zamówień publicznych.

Jednym z narzędzi, za pomocą którego cel ten mógł być realizowany, jest podział dużych zamówień na mniejsze części, tak aby zakres zamówienia na jaki można złożyć ofertę bardziej odpowiadał możliwościom (...) vide motyw 78 dyrektywy (...).

Na wstępie zatem wskazać należy, że Sąd Okręgowy zgadza się ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie, w jakim wskazała ona, że wobec ukształtowanych w niniejszej sprawie postanowień SIWZ nie można zgodzić się z Zamawiającym, że przepis art. 24 ust. 1 pkt. 23 Pzp należy interpretować wyłącznie przez pryzmat części, na jaką wykonawca złożył ofertę, a wręcz przeciwnie – w tym stanie faktycznym – przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt. 23 Pzp należy interpretować przez pryzmat całego postępowania o udzielenie zamówienia.

W dalszym ciągu również podziela pogląd wyrażony w przywoływanym uzasadnieniu wyroku w sprawie XXIII Ga 1921/17, że na skutek podziału jednego zamówienia na części (na podstawie art. 36 aa ustawy Pzp) nie stają się one samodzielnym bytem – odrębnym zamówieniem. Części te są fragmentami większej całości jednego zamówienia. To, że części jednego zamówienia nie mają odrębnego, niezależnego bytu świadczą zapisy art. 36aa ustawy Pzp. Gdyby było inaczej ograniczenia w składaniu ofert byłyby niezgodne z prawem krajowym i europejskim. Ustawodawca bowiem uniemożliwiłby wykonawcom złożenie oferty na zamówienie publiczne, tym samym dyskryminowałby określone podmioty, tylko dlatego, że uczestniczą w innych analogicznych zamówieniach, będących odrębnymi postępowaniami. Dlatego jednak, że są to wyłącznie części większego zamówienia publicznego, w których wykonawca ma prawo uczestniczyć, następuje dopuszczalne ograniczenie do pewnego jego zakresu (określonych części).

Podzielając ten pogląd trzeba jednak zauważyć, iż w niniejszej sprawie okoliczności były zupełnie inne niż w przywołanej sprawie:

Po pierwsze w sprawie Ga 1921/17 wykonawcy, którzy należeli do jednej grupy kapitałowej nie złożyli oświadczenia o przynależności do takiej grupy z innym wykonawcą, który złożył ofertę co do innych części zamówienia. Natomiast w sprawie niniejszej zarówno skarżący – (...), jak i (...) takie oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej złożyli. W związku z tym niebagatelne znaczenie ma pod tym względem oświadczenie zamawiającego na rozprawie, że okoliczność tę również zbadał przy badaniu ofert i brał ją pod uwagę. Zamawiający prowadził ocenę, czy zachowana jest konkurencyjność w oparciu o wyjaśnienia złożone przez (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz (...) spółkę akcyjną. Nie doszło zdaniem zamawiającego do zmanipulowania postępowania. Podmioty te konkurują bowiem ze sobą. Istotne jest to, że podmioty, które należą do jednej grupy kapitałowej, zarówno przed niniejszym postępowaniem o zamówienie publiczne, jak też w jego trakcie i również później konkurują ze sobą. Istotne dla zamawiającego miał fakt, że podmioty te mają różną politykę cenową, inną infrastrukturę (odrębną infrastrukturę), a nadto (...) spółka akcyjna zachowuje autonomię na rynku.

Po drugie w sprawie Ga 1921/17 wykonawcy mogli złożyć oferty w maksymalnie 2 częściach (zadaniach), natomiast wykonawcy należący do grupy kapitałowej złożyli takie oferty w 4 częściach. Natomiast w niniejszej sprawie zamówienie było podzielone na 15 części i przyjmując treść pkt. 5.1.3 przyjąć należy, że każdy z wykonawców mógł złożyć oferty na maksymalnie 14 części. (...) i (...) zmieścili się w tej ilości – łącznie złożyli oferty na 11 części, nie konkurowali co do tych samych części i nie ominęli zakazu z pkt.5.1.3. żaden z tych podmiotów nie złożył bowiem oferty na część 3.

Po trzecie zaś Zamawiający w pkt. 5.3 SIWZ określił maksymalną liczbę części, w których wykonawcy może zostać udzielone zamówienie – t. j. 9 części. I uczynił to jak wskazał na rozprawie ze względów bezpieczeństwa - Zamawiający nie chciał bowiem mieć sytuacji, że dojdzie do zdominowania przez jeden podmiot całego zamówienia. Chodziło przy tym o możliwość zapewnienia ciągłości komunikacji pomiędzy różnymi regionami, dla których Zamawiający dokonywał zamówienia. Poza sporem pozostawało przy tym, że w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wskazano, że (...) i (...) (należące do jednej grupy kapitałowej) wybrane zostały w sumie w **5 częściach**, przy czym oferta skarżącej wybrana została wyłącznie w części 15. Zatem również w tym zakresie nie zostały naruszone postanowienia SIWZ.

Z powyższych względów brak, zatem było podstaw do uznania, że skarżący podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 23 ustawy PZP. Zdaniem Sądu Okręgowego w tym konkretnym przypadku skarżący i (...) (należąc do wspólnej grupy kapitałowej i składając oferty na różne części w danym zamówieniu nie doprowadzili do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W złożonych oświadczeniach o funkcjonowaniu w grupie kapitałowej wykazali, że istniejące między nimi powiązania nie prowadziły do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co umożliwiło zamawiającemu zbadanie tej kwestii. Wykonawcy ci bowiem posiadają osobne infrastruktury dostępowe, sieci szkieletowe, urządzenia aktywne oraz osobne centra zarządzania siecią. Okoliczności te miały istotne znaczenia dla zamawiającego już na etapie ogłaszania zamówienia publicznego, skoro jak wskazał pełnomocnik zamawiającego właśnie ze względów bezpieczeństwa zamówienie zostało podzielone na 15 części i ograniczona została do dziewięciu maksymalna ilość części, w których mogło być udzielone zamówienie jednemu wykonawcy. Chodziło o bezpieczeństwo funkcjonowania różnych oddziałów i ich dostępności do sieci. O ile słuszne jest stanowisko odwołującego, że hipotetycznie może zaistnieć sytuacja, kiedy podmioty, należące do wspólnej grupy kapitałowej składając oferty na różne części w danym zamówieniu (jak w niniejszej sprawie) mogą podjąć działania, które mogą prowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak w ocenie Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie do tego nie doszło.

Poza sporem pozostawała okoliczność, że skarżąca i (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. złożyli oferty na 11 części ( (...) SA na 5 części, zaś (...) sp. z o. o. – na 6 części. Łącznie zamawiający wybrał ich oferty w 5 częściach. Co więcej (...) SA nie złożyła odwołania od decyzji zamawiającego w zakresie, w jakim zamawiający odrzucił ofertę skarżącej w częściach 6 i 8. Zatem w postępowaniu nie doszło do sytuacji zakłócenia konkurencji. Skarżąca składając oferty w postępowaniu, działała zgodnie z postanowieniami SIWZ i ustawy Pzp. Dodatkowo wskazać należy, że zgodnie z wymaganiami art. 24 ust. 11 Pzp skarżąca przekazała zamawiającemu oświadczenie o przynależności do tej samej grupy kapitałowej, co (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz załączyła wyjaśnienia, wskazujące na to, że udział obu wykonawców w postępowaniu nie zakłóca konkurencji, m. in. z uwagi na fakt, że wykonawcy ci posiadają osobne infrastruktury dostępowe, sieci szkieletowe, urządzenia aktywne oraz osobne centra zarządzania siecią. Okoliczności te miały istotne znaczenie dla zamawiającego ze względów bezpieczeństwa i były przedmiotem oceny zamawiającego na etapie badania ofert. Podkreślić przy tym należy, iż przedmiotem odwołania są czynności zamawiającego. W tym przypadku zaś zamawiający nie tylko miał wiedzę o przynależności skarżącej do tej samej grupy kapitałowej co inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, ale okoliczność tę badał z tych samych powodów, dla których sam wprowadził ograniczenie dla siebie, co do możliwości wyboru w zakresie ilości najkorzystniejszych ofert złożonych przez jednego wykonawcę.

Z powyższych względów za uzasadnione należało uznać zarzuty naruszenia przez KIO przepisów art. 190 ust. 7 PZP oraz art. 24 ust. 1 pkt. 23 PZP.

Należy zgodzić się również z zamawiającym, iż wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą jest błędny. Wydając orzeczenie o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach: 2, 6, 7 i 8 KIO naruszyła bowiem art. 179 ust. 1 ustawy PZP. Za wyjątkiem części 15 – w odniesieniu do (...) SA - (...) (...) nie miała bowiem interesu w skarżeniu decyzji zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty. Tych też części dotyczyły również zarzuty odwołującego w odwołaniu. Potwierdził tę okoliczność pełnomocnik odwołującego na rozprawie przed Sądem wprost wskazując, iż jego klient posiadał interes w zaskarżeniu części 11 i 15. Najdobitniej widać to w odniesieniu do części 2, co do której, to właśnie oferta (...) (...) została wybrana jako najkorzystniejsza. Skoro odwołujący posiadał interes we wniesieniu odwołania w stosunku do (...) SA wyłącznie w odniesieniu do części 15 zamówienia, to brak było podstaw do rozpoznawania zgłoszonego przez niego w pkt. IV ppkt 5 żądania wykluczenia wykonawcy (...) z postępowania w zakresie pozostałych części, na które wykonawca ten złożył ofertę.

Dodać należy, że z uwagi na okoliczność, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wskazane zostało, że w częściach 6 i 8 zamawiający winien wykluczyć wykonawcę (...) SA na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 23 PZP orzeczenie w tym zakresie winno być uchylone, gdyż oferta skarżącej została odrzucona już na innej podstawie – tj. art. 89 ust. 1 pkt. 4



PZP w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP, co jednoznacznie wynika z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (skoro wykonawca w zakresie części 6 i 8 został już wykluczony i nie złożył odwołania od tej decyzji, to kolejne jego wykluczenie jest bezprzedmiotowe).

Mając powyższe na uwadze, na podstawie powołanych powyżej przepisów Pzp oraz art.198f pkt 2 Pzp Sąd Okręgowy zmienił zaskarżone rozstrzygnięcie

Nie zasługiwała natomiast na uwzględnienie skarga w zakresie orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego. Skarżący w postępowaniu odwoławczym występował bowiem w charakterze przystępującego po stronie zamawiającego i nie został obciążony żadnymi kosztami postępowania. W tym zakresie zatem skarga podlegała oddaleniu na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 Pzp.

Orzeczenie o kosztach postępowania, stanowiących wynagrodzenie pełnomocnika procesowego przeciwnika skargi uzasadnia treść art.198f ust. 5 Pzp w zw. z art. 100 kpc (skarga oddalona została jedynie co do pkt. 2 rozstrzygającego o kosztach postępowania odwoławczego). Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia) Sąd Okręgowy uwzględnił treść §2 pkt 8 i §10 ust.1 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (DZ.U. 2015 r., poz.1804). Jak wynika bowiem z dokumentacji postępowania na części 2, 6, 7, 8 i 15 zamawiający zamierzał przeznaczyć w sumie 4 987 896 zł brutto i kwota ta stanowi zatem wartość przedmiotu zaskarżenia w niniejszej sprawie. Skarżący kwestionował bowiem orzeczenie KIO we wszystkich tych pięciu częściach – tych części bowiem dotyczyło orzeczenie KIO. Sąd Okręgowy w Warszawie od dawna bowiem prezentuje pogląd, iż nie ma sprawy podobnej do spraw z zakresu skarg na orzeczenie KIO. Ustawodawca jednocześnie nie przewidział stawek dla radców prawnych/adwokatów do tej kategorii spraw. Dlatego też zasądzone koszty zostały oszacowane w oparciu o wartość przedmiotu sporu, który w tym wypadku został utożsamiony z wartością przedmiotu zamówienia. Na zasądzone koszty złożyły się zatem: opłata od skargi w kwocie 75000 zł oraz koszty zastępstwa procesowego w wysokości 7500 zł.

Wiktor Piber Monika Skalska Bolesław Wadowski