

Sygn. akt: KIO 260/15
KIO 261/15

WYROK
z dnia 26 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 lutego 2015 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

A. w dniu 11 lutego 2015 r. przez **wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hryniewiczach 75/1**

B. w dniu 11 lutego 2015 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Lipowa 5a**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Mostostal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Ujastek 7 i , Ferrovial Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42** zgłaszających swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 260/15 i KIO 261/15 po stronie odwołującego,

przy udziale **wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 260/15 i KIO 261/15 po stronie odwołującego

przy udziale **wykonawcy Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą we Włoszech, w Mediolanie, via del Missaglia 97** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawach sygn. akt KIO 260/15 i KIO 261/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala oba odwołania w całości,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hryniewiczach 75/1 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Lipowa 5a i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hryniewiczach 75/1 oraz przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Lipowa 5a** tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **wykonawcy Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hryniewiczach 75/1 na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5** kwotę **2 767 zł 50 gr** (słownie :dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego

2.3. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Lipowa 5a** na rzecz zamawiającego

Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5 kwotę 2 767 **zł 50 gr** (słownie :dwa tysiące siedemset sześćdziesiąt siedem złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt KIO 260/15

KIO 261/15

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na budowę drogi S-7 Gdańsk (A-1) – Elbląg (S-22) ODC. Koszwały (DK NR 7, W. Koszwały) – Elbląg (z węzłem Kazimierzowo) z podziałem na 2 Części. Część nr 1: Budowa drogi S-7 Gdańsk (A-1) – Elbląg (S-22) odc. Koszwały (dk nr 7, w. Koszwały) – Elbląg (z węzłem Kazimierzowo). Zadanie 1: Koszwały – Nowy Dwór Gdański; Część nr 2: Budowa drogi S-7 Gdańsk (A-1) – Elbląg (S-22) odc. Koszwały (dk nr 7, w. Koszwały) – Elbląg (z węzłem Kazimierzowo). Zadanie 2: Nowy Dwór Gdański – Kazimierzowo zostało wszczęte przez Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie, ul. Wronia 53 Oddział w Gdańsku, ul. Subisława 5 ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 września 2014r. za numerem 2014/S 167-297306.

W dniu 3 lutego 2015r. zamawiający wezwał wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hryniewiczach 75/1 oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Lipowa 5a (zwanymi dalej odwołującymi lub MPRD lub Konsorcjum Strabag) w trybie art. 24 b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy).

Sygn. akt KIO 260/15

W dniu 11 lutego 2015r. odwołanie wniósł wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Hryniewiczach 75/1. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 10 sierpnia 2010r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 11 lutego 2015r.

Odwołanie zostało wniesione na czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu odwołującego pismem z dnia 03 lutego 2015 roku do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24b ust. 1 ustawy

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

- art. 24b ust. 1 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie i wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań o

których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia odwołującego w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do żądania wyjaśnień w powołanym przez zamawiającego trybie, bowiem takie wyjaśnienia dotyczą sytuacji złożenia wniosków lub ofert w tym samym, jednym postępowaniu co nie ma miejsca w przedmiotowym zamówieniu, gdyż wykonawcy złożyli osobne wnioski w zakresie innych odrębnych części postępowania i w konsekwencji w ogóle nie konkurują ze sobą na etapie złożenia wniosków, ani nie będą ze sobą konkurować składając ofertę tym samym nie dojdzie do zachwiania

- art. 7 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, na skutek bezpodstawnego żądania od podmiotów z grupy kapitałowej wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 2 pkt 5 PZP i przerzucenia obowiązku wykazywania, że nie doszło do zachwiania uczciwej konkurencji co prowadzi do bezzasadnego pogorszenia sytuacji wykonawców z grupy kapitałowej w stosunku do innych podmiotów

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wezwaniu odwołującego w dniu 03 lutego 2015 roku, do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednakże z uwagi na wskazane powyżej naruszenie przez zamawiającego przepisu ustawy, został zobowiązany do wykazywania, że nie narusza zasad uczciwej konkurencji, choć złożenie wniosku w postępowaniu nie może stanowić naruszenia konkurencyjności gdyż nie prowadzi do rywalizacji z podmiotem z jednej grupy kapitałowej. Interes prawny polega więc na domaganiu się przez odwołującego prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami określonymi w ustawie i eliminację bezpodstawnego sprawdzania przesłanek wykluczenia wykonawcy oraz uniknięcia przez skarżącego bezzasadnego ryzyka wykluczenia z postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że przedstawiony powyżej zarzut dotyczy naruszenia art. 24b ust. 1 i ust. 2 ustawy w związku z bezpodstawnym wezwaniem odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy.

W ocenie odwołującego zaskarżone wezwanie zamawiającego narusza art. 24 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 25 ust. 2 pkt 5 ustawy ponieważ, przepis ten odnosi uprawnienie zamawiającego do wzywania wykonawców do składania wyjaśnień w ramach jednego postępowania. Tymczasem, zaskarżone w niniejszym odwołaniu wezwanie dotyczy podmiotów, które złożyły wnioski w jednym postępowaniu ale co do 2 autonomicznych

niezależnych części i nie ma możliwości złożenia skutecznej oferty przed podmioty z jednej grupy kapitałowej na tą samą część. Ponadto przedwcześnie jest sprawdzanie wpływu powiązań pomiędzy podmiotami z grupy kapitałowej, jeżeli nie jest wiadome, czy w ogóle oferta zostanie złożona oraz przez kogo i na którą część postępowania.

Wykładnia celowościowa wskazanego przepisu art. 24b ust. 1 ustawy, prowadzi odwołującego do wniosku, że zamawiający powinien badać wpływ powiązań kapitałowych pomiędzy wykonawcami na zachowanie uczciwej konkurencji, jeżeli w tym samym postępowaniu podmioty takie ze sobą konkurują.

W przedmiotowym postępowaniu, zamawiający działając w sposób zgodny z prawem, określił, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą złożyć ofertę tylko na jedno Zadanie (Część) co nie wyklucza złożenia wniosków o udział w postępowaniu przez podmioty z grupy kapitałowej .

Mając powyższe na uwadze oraz okoliczności faktyczne w przedmiotowym postępowaniu bezspornym jest, że wszyscy wykonawcy wymienieni w treści przedmiotowego pisma zamawiającego złożyli każdy po jednym wniosku natomiast każdy z wykonawców będzie mógł złożyć ofertę tylko na jedną część . [Sekcja II. 1.8]

Z tak określonych przez zamawiającego warunków postępowania oraz przepisów odnoszących się do tych warunków, wynika, że nie może dojść do zachwiania uczciwej konkurencji.

O naruszeniu konkurencji, w ocenie odwołującego, można mówić jedynie, jeżeli działanie przedsiębiorcy prowadzi do „eliminacji innych przedsiębiorców” i do „wylimitowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji”. W przedmiotowym postępowaniu nie można stwierdzić, że złożenie wniosków przez podmioty z grupy kapitałowej może prowadzić do konkurowania pomiędzy podmiotami powiązаныmi, co mogłoby doprowadzić do nieuczciwej konkurencji lub wylimitowania innych podmiotów, ponieważ podmioty z grupy kapitałowej nie złożą ofert na tę samą część zadania a zatem nie będą ze sobą konkurowały.

Odwołujący przytoczył wyrok Izby z dnia 6 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1032/14 dla wykazania przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji. Podał, że wezwany odwołujący działał zgodnie z zasadami określonymi przez zamawiającego oraz w żaden sposób nie wpływał na ilość wniosków składanych przez innych wykonawców w przedmiotowym postępowaniu, w szczególności na poszczególne Zadania (Części). W konsekwencji w ocenie odwołującego, nie można uznać, że złożenie wniosku o udział stanowi sam w sobie czyn nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu, w przypadku podziału zamówienia na dwie części z określeniem odrębnych kryteriów podmiotowych i przedmiotowych ubiegania się o zamówienia, de facto mamy do czynienia nie z jednym zunifikowanym postępowaniem, lecz z jego dwiema autonomicznymi częściami. Dokonany przez zamawiającego podział

odnośnie części i ograniczenie możliwości złożenia oferty na jedną część, powoduje, że wnioski dotyczącej jednego z Zadań (Części) nie mają żadnego wpływu na wnioski i oferty innego Zadania (Części).

Odwołujący podniósł, że zamawiający dokonuje oceny udziału danego wykonawcy według odrębnych kryteriów dla każdego Zadania (Części). Podał, że w analogicznym w stanie faktycznym i prawnym tożsamym z przedmiotowym postępowaniem, orzekła Izba w wyroku z dnia 26 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1181/14 i w wyroku z dnia 27 marca 2013r., sygn. akt KIO 586/13, KIO 588/13

Powyższe orzeczenia w sposób logiczny i konsekwentny, zdaniem odwołującego, uzasadniają, brak konieczności i uprawnienia do badania wniosków lub ofert wykonawców z grupy kapitałowej w postępowaniu podzielonym na zadania, jeżeli podmioty te w istocie nie konkurują ze sobą.

W dniu 12 lutego 2015r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W dniu 13 lutego 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Mediolanie, via dei Missaglia 97 reprezentowany przez pełnomocnika Salini Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marszałkowska 72 lok. 19/20. Wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż uwzględnienie odwołania może spowodować naruszenie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy ma zastosowanie, gdyż wprost jest w nim mowa o „tym samym postępowaniu”, a nie zaś o odrębnych jego częściach. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 24 października 2014r. udzielone przez przedstawiciela przedsiębiorstwa zgodnie z zaświadczeniem o wpisie do działu zwykłego Izby Handlu, Przemysłu, Rzemiosła i Rolnictwa w Mediolanie. Do zgłoszenia nie załączono dowodów przekazania kopii zamawiającemu i odwołującemu. Na posiedzeniu zgłaszający przedłożył dowody przekazania przystąpienia odwołującym, zaś zamawiający potwierdził fakt otrzymania przystąpienia.

W dniu 16 lutego 2015r. (15 luty 2015r. – niedziela, dzień ustawowo wolny od pracy) do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Mostostal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Ujastek 7 i , Ferroviaria Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42

wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazali, że mają interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego w zakresie Części 1 Zadania 1, gdyż zgłaszający są podmiotami, których podstawowym przedmiotem działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym infrastruktury drogowej i złożyli wniosek w zakresie Części 1 Zadania 1, są zainteresowani zakwalifikowaniem i w konsekwencji wyborem swojej oferty, a nie uwzględnienie odwołania może narazić zgłaszających na szkodę. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 30 września 2014r. udzielonego przez lidera konsorcjum – Mostostal Kraków SA i podpisanego przez prezesa i członka zarządu lidera ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Lider działał na podstawie pełnomocnictwa z dnia 22 września 2014r. udzielonego mu przez partnera i podpisanego przez pełnomocnika partnera działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 lutego 2011r. udzielonego przez dyrektora zarządzającego spółki (pełnomocnego członka zarządu), zgodnie z zaświadczeniem Sekretarza Rejestru Handlowego w Madrycie z 6 października 2014r. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania drogą elektroniczną kopii zgłoszenia zamawiającemu i odwołującemu w dniu 16 lutego 2015r.

W dniu 16 lutego 2015r. (15 luty 2015r. – niedziela, dzień ustawowo wolny od pracy) do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego w zakresie Części 2 Zadania 2, gdyż zgłaszający jest podmiotem, którego podstawowym przedmiotem działalności jest wykonywanie robót budowlanych, w tym infrastruktury drogowej i złożył wniosek w zakresie Części 2 Zadania 2, jest zainteresowany zakwalifikowaniem i w konsekwencji wyborem swojej oferty, a nie uwzględnienie odwołania może narazić zgłaszającego na szkodę. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 18 września 2014r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 16 lutego 2015r.

Sygn. akt KIO 261/15

W dniu 11 lutego 2015r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne Konsorcjum firm : Strabag spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10 i Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Lipowa 5a. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 grudnia

2014r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta lidera konsorcjum ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania oraz na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 stycznia 2014r. udzielonego przez partnera i podpisanego przez członka zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu faksem w dniu 11 lutego 2015r.

Odwołanie zostało wniesione na czynność zamawiającego polegającą na wezwaniu odwołującego pismem z dnia 03 lutego 2015 roku do złożenia wyjaśnień w trybie art. 24b ust. 1 ustawy

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie :

- art. 24b ust. 1 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie i wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia odwołującego w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do żądania wyjaśnień w powołanym przez zamawiającego trybie, bowiem takie wyjaśnienia dotyczą sytuacji złożenia wniosków lub ofert w tym samym, jednym postępowaniu co nie ma miejsca w przedmiotowym zamówieniu, gdyż wykonawcy złożyli osobne wnioski w zakresie innych odrębnych części postępowania i w konsekwencji w ogóle nie konkurują ze sobą na etapie złożenia wniosków, ani nie będą ze sobą konkurować składając ofertę tym samym nie dojdzie do zachwiania

- art. 7 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, na skutek bezpodstawnego żądania od podmiotów z grupy kapitałowej wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 2 pkt 5 PZP i przerwania obowiązku wykazywania, że nie doszło do zachwiania uczciwej konkurencji co prowadzi do bezzasadnego pogorszenia sytuacji wykonawców z grupy kapitałowej w stosunku do innych podmiotów

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnieniu czynności polegającej na wezwaniu odwołującego w dniu 03 lutego 2015 roku, do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż jest wykonawcą, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jednakże z uwagi na wskazane powyżej naruszenie przez zamawiającego przepisu ustawy, został zobowiązany do wykazywania, że nie narusza zasad uczciwej konkurencji, choć złożenie wniosku w postępowaniu nie może stanowić naruszenia konkurencyjności gdyż nie prowadzi do rywalizacji z podmiotem z jednej grupy kapitałowej. Interes prawny polega więc na domaganiu się przez odwołującego prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami określonymi w ustawie i eliminację bezpodstawnego sprawdzania przesłanek wykluczenia

wykonawcy oraz uniknięcia przez skarżącego bezzasadnego ryzyka wykluczenia z postępowania. W uzasadnieniu została podniesiona argumentacja faktyczna i prawna identyczna jak w sprawie sygn. akt KIO 260/15.

W dniu 12 lutego 2015r. zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym przekazując kopię odwołania.

W dniu 13 lutego 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą we Włoszech w Mediolanie, via dei Missaglia 97 reprezentowany przez pełnomocnika Salini Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Marszałkowska 72 lok. 19/20. Wniósł o oddalenie odwołania. Warunki formalne zgłoszenia przystąpienia jak w sprawie sygn. akt KIO 260/15.

W dniu 16 lutego 2015r. (15 luty 2015r. – niedziela, dzień ustawowo wolny od pracy) do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Konsorcjum firm: Mostostal Kraków Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Ujastek 7 i , Ferrovial Agroman Spółka Akcyjna z siedzibą w Hiszpanii w Madrycie, Campo de las Naciones, Ribera del Loira 42 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Warunki formalne zgłoszenia przystąpienia jak w sprawie sygn. akt KIO 260/15.

W dniu 16 lutego 2015r. (15 luty 2015r. – niedziela, dzień ustawowo wolny od pracy) do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego zgłosił swój udział wykonawca Budimex SA z siedzibą w Warszawie, ul. Stawki 40 wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Warunki formalne zgłoszenia przystąpienia jak w sprawie sygn. akt KIO 260/15.

Przed otwarciem rozprawy zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o oddalenie odwołania w całości, oraz o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od odwołujących na rzecz zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą. Argumentacja obu odpowiedzi jest oparta o analogiczne uzasadnienie faktyczne i prawne. W odniesieniu do zarzut naruszenia art. 24b ust 1 ustawy w zw. z art. 2.4 ust. 2 pkt. 5 ustawy zamawiający wskazał, że w niniejszej sprawie zastosowanie znajduje przede wszystkim regulacja art. 26 ust. 2d ustawy, przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy i art. 24b ust. 1 ustawy

Z treści powyższych przepisów zdaniem zamawiającego wynika, iż każdy wykonawca zainteresowany udziałem w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego jest zobligowany do złożenia wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, lub ewentualnie

oświadczenia o braku takiej przynależności, a zamawiający jest zobowiązany zbadać czy pomiędzy wykonawcami istnieje jakakolwiek sieć powiązań, która mogłaby zagrażać zasadzie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Postępowanie wyjaśniające ma charakter obligatoryjny i nie pozostawia zamawiającemu decyzyjności w tym zakresie (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2015 / Legalis). Z uzasadnienia do projektu nowelizacji ustawy z 2012 r. wynika, że intencją wprowadzenia przywołanych powyższej przepisów była przede wszystkim ochrona uczciwej konkurencji przy wydatkowaniu środków publicznych, ale z drugiej strony, w ślad za regulacjami unijnymi, pozbawienie zamawiającego stosowania „automatyzmu” wykluczania wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, którzy złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu (tak: uzasadnienie projektu - ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, Sejm RP VII kadencji, nr druku: 455). Ustawodawca przyznał tym samym wykonawcom powiązanim kapitałowo możliwość udowodnienia, że pomimo istnienia ww. przynależności prowadzą odrębną politykę handlową, nie mając wspólnych interesów i są de facto konkurentami.

Ustawodawca w ocenie zamawiającego jednoznacznie przesądził, iż przepis dotyczy ofert lub wniosków złożonych w tym samym postępowaniu. Nie wyróżnia w tym zakresie postępowania podzielonego na części. Gdyby wolą ustawodawcy było odmienne traktowanie wykonawców biorących udział w jednym postępowaniu, ale podzielonym na części, dałby temu wyraz wprost w nowowprowadzonym przepisie. Tymczasem nawet w uzasadnieniu do nowelizacji pzp, o którym mowa powyżej, nie odniesiono się kwestii postępowania prowadzonego w częściach, konsekwentnie wskazując zasadność wprowadzenia nowej regulacji w kontekście „tego samego postępowania”, a nie tej samej części.

Nie może budzić, zdaniem zamawiającego, żadnych wątpliwości, iż interpretując przepisy, tam gdzie to jest możliwe w pierwszej kolejności należy posługiwać się wykładnią literalną. Wówczas naczelną zasadę pełni clara non sant interpretanda, czyli nie dokonuje się wykładni tego co jasne (por. T. Stawecki, P. Winczorek, Wstęp do prawoznawstwa, wyd. 4, str. 173). We wskazanym przepisie nie ma żadnych wątpliwości, jak należy go interpretować, jego brzmienie jest jasne i jednoznaczne. Odnosi się on bowiem wyłącznie do „tego samego postępowania”, nie nawiązując w żadnym względzie do postępowania prowadzonego w częściach. Wobec powyższego, zgodnie z dyrektywą interpretacji językowej, tam gdzie rozróżnień nie wprowadza sam prawodawca, tam nie wolno ich wprowadzać interpretatorowi. A tego dopuścili się - w ocenie zamawiającego - odwołujący rozszerzając regulację omawianego przepisu do postępowania prowadzonego w częściach.

Stosując normę przepisu należy mieć nadto na uwadze wykładnię celowościową, czyli cel jaki miał zostać osiągnięty jego wprowadzeniem. Jak wynika z uzasadnienia do projektu

nowelizacji z 2012 r., celem wprowadzenia przepisu regulacji art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy było ustalenie jednoznacznego mechanizmu, który będzie sankcjonował niedopuszczalne zachowania dotyczące naruszenia zasady uczciwej konkurencji przy ubieganiu się o zamówienie publiczne przez podmioty powiązane ze sobą kapitałowo.

Zdaniem zamawiający odwołujący uważają, że zamawiający ma możliwość badania powiązań kapitałowych dopiero w kolejnym etapie postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego, tj. na etapie składania ofert.

Natomiast ustawodawca wprost odnosi się do „odrębnych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu”, a więc przesądza o możliwości wykluczenia wykonawcy na etapie poprzedzającym składanie ofert, czyli na etapie prekwalfikacji wykonawców. W przypadku przetargu ograniczonego, zgodnie z art. 51 ustawy zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców co do których istnieje znaczne prawdopodobieństwo, iż złożą ważne oferty. W interesie zamawiającego jest zaproszenie do kolejnego etapu postępowania jak największej liczby wykonawców spełniających wszystkie warunki określone w ogłoszeniu, aby móc dokonać wyboru oferty, która jest z jego punktu widzenia jak najbardziej konkurencyjna.

W zakresie podnoszonego kilkakrotnie przez odwołujących argumentu, iż wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zostały złożone w ramach dwóch autonomicznych i niezależnych części i „nie ma możliwości złożenia skutecznej oferty przez podmioty z jednej grupy kapitałowej na tą samą część” zamawiający wskazał, iż mimo tego, że formalnie postępowanie zostało podzielone na dwie części, to obie dotyczą tej samej inwestycji tj. Budowy drogi S-7 Gdańsk (A-I) - Elbląg (S-22) odcinek Koszwały, z tym że część pierwsza zamówienia dotyczy odcinka Koszwary - Nowy Dwór Gdański, natomiast druga Nowy Dwór Gdański - Kazimierzów.

Zamawiający wskazał, iż przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy ma przede wszystkim na celu umożliwienie powzięcia przez zamawiającego informacji czy przynależność wykonawców do jednej grupy kapitałowej i „istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.” Innymi słowy, czy udział wykonawców powiązanych kapitałowo w jednym postępowaniu nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

„Czyn nieuczciwej konkurencji” został zdefiniowany w art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153 poz. 1503). Zgodnie ust. 1 tego przepisu „czynem nieuczciwej konkurencji” jest „działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. ”

W ust. 2 ww. regulacji został wskazany przykładowy katalog działań mogących zawierać znamiona tego czynu. Są nimi: „wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy

przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do tynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. "

Zamawiający przytoczył stanowisko piśmiennictwa vide: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2013, s. 138, M. Sieradzka, Glosa do wyroku TS z 29.9.2011 r., C-520/09 P-aprobująca, Lex/el.)

W orzecznictwie TSUE dotyczącym powiązań pomiędzy spółką dominującą i zależną, wskazuje się na istnienie domniemania decydującego wpływu spółki dominującej na spółkę zależną. Jednak zarzut może być obalony, jeśli zostaną przedstawione wystarczające dowody na samodzielność zachowania spółki zależnej."

Dodatkowo wskazywane jest stanowisko (vide: M. Sieradzka, Aspekty praktyczne kwalifikacji porozumień przetargowych w świetle koncepcji "single economic unit", Pzp/2014/3, Legalis), że przesłanka braku autonomiczności działania na rynku jest co do zasady spełniona, gdy spółka zależna nie działa na rynku w sposób autonomiczny.

Zamawiający podniósł, iż w zaistniałym stanie faktycznym obaj odwołujący wskazali we wnioskach o dopuszczenie do udziału w postępowaniu takie same adresy korespondencyjne oraz zostało wskazane, iż korespondencję do obu odwołujących należy kierować do p. [Radosława R. Maliszewskiego M.](#) ze Strabag Sp. z o.o.. Z treści wniosku MPRD wynika, że w przypadku uzyskania zamówienia będzie on korzystał z potencjału ekonomiczno - finansowego oraz techniczno - kadrowego Strabag. Nie bez znaczenia pozostaje również okoliczność, iż z informacji uzyskanych z Krajowego Rejestru Sądowego (stan na dzień 23 lutego 2015 r.) wynika, że Strabag jest jedynym współnikiem w spółce MPRD. Zamawiający zauważył również, iż odwołania wniesione przez obu wykonawców mają identyczną treść.

Uważa zatem, iż istnieje uzasadnione przypuszczenie, że w niniejszym postępowaniu odwołujący ściśle współpracują i działają w porozumieniu i nie działają w sposób autonomiczny. Dodatkowo, okoliczność, iż Strabag zobowiązał się do udostępnienia zasobów MPRD uniemożliwia - zdaniem zamawiającego - przyjęcie, iż pomiędzy tymi wykonawcami nie ma żadnego rodzaju sieci zależności czy też powiązań. Zamawiający wzywając odwołujących do złożenia wyjaśnień dał możliwość obalenia przyjętego domniemania poprzez złożenie wyjaśnień, z których wynikałoby, iż pomimo powiązania kapitałowego wykonawcy są konkurentami, a ich udział w postępowaniu nie zagraża zasadzie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W ocenie zamawiającego akceptacja działania odwołujących stanowiłaby naruszenie art. 7 pzp, bowiem stawiałaby tych wykonawców w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych uczestników postępowania.

Zamawiający odwołał się także do stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych (vide: Nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 12 października 2012 r. wprowadzenie do przepisów ustawy pod redakcją: Jacka Sadowego - Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Brygidy Branko - zastępcy Dyrektora Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych Warszawa 2013):

Podniósł, iż wprowadzone do ustawy brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 5 pzp stanowi m.in. odzwierciedlenie stanowiska Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przedstawionego w wyroku z dnia 19 maja 2009 r. w sprawie C 538/07.

W rzeczonyj sprawie Trybunał wypowiedział się właśnie w przedmiocie wykluczania wykonawców ze względu na powiązania kapitałowe pomiędzy nimi. Orzekający sędziowie orzekli, iż regulacja krajowa, która oparta jest na niewzruszalnym domniemaniu, że powiązane przedsiębiorstwa, które przestawia swoje oferty w tym samym postępowaniu, bezwzględnie na siebie wpływają, narusza zasadę proporcjonalności. Wynika to z faktu niepozostawienia wykonawcom możliwości wykazania, że nie występuje ryzyko naruszenia konkurencji w postępowaniu. Trybunał zauważył, że grupy kapitałowe mogą występować w różnych formach i posiadać odmienne cele działalności. Z tego względu nie można całkowicie i automatycznie wykluczyć, że przedsiębiorstwa zależne będą dysponowały pewną samodzielnością w prowadzeniu swojej polityki handlowej, bez pozostawienia im możliwości wykazania, że taki stosunek nie miał wpływu na ich działania w postępowaniu.

W świetle wyroku C- 538/07 konieczne było zobowiązanie zamawiających do przeprowadzenia każdorazowo oceny powiązań występujących między wykonawcami należącymi do tej samej grupy kapitałowej i wpływu tych powiązań na prawidłowy sposób przeprowadzenia postępowania. Zachowując przy tym zasady konkurencyjności i przejrzystości podczas wyboru wykonawcy zamówienia.

Mając na uwadze zaprezentowane stanowisko TSUE oraz obowiązek stosowania w polskim porządku prawnym prawa unijnego zamawiający nie mógł zignorować nałożonego na niego zobowiązania wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień i umożliwienia im wykazania, iż powiązania występujące pomiędzy podmiotami należącymi do tej samej spółki kapitałowej nie doprowadzą do zachwiania zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający odniósł się także do „nowej dyrektywa klasyczna” - Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, która uchyliła dotychczasową Dyrektywę 2004/18/WE odwołując się do motywu 78 i 79 oraz załącznika V ustęp 14. Podniósł, że związku z faktem, iż dopuszczalność ograniczania możliwości udziału w poszczególnych częściach zamówienia wynika wprost z nowych dyrektyw, brak możliwości przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego o którym mowa w przepisie art. 24b ust 1 mógłby stanowić okoliczność dla obejścia ustanowionego przez zamawiającego zakaz wynikającego z art. 83

ust. 3. Stosowanie tego przepisu staje się fikcją szczególnie, gdy podmiot jest w 100 % zależny.

Zamawiający wskazał na treść art. 83 ust. 2 i 3 ustawy i podniósł, że określił w ogłoszeniu o zamówieniu, że jeden wykonawca może złożyć ofertę tylko na jedną część zamówienia (wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu byli zobowiązani wskazać we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na którą część zamówienia będzie składana oferta). W zaistniałym stanie faktycznym odwołujący złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu na dwie różne części zamówienia. Z uwagi na okoliczność, iż podmioty te wraz z ww. wnioskami złożyły oświadczenia o przynależeniu do tej samej grupy kapitałowej, a więc -jak wynika z zacytowanego powyżej stanowiska UZP - „stanowiąc jeden podmiot gospodarczy” zamawiający wezwał ich do złożenia wyjaśnień w omawianym zakresie. Nie można bowiem a priori wykluczyć sytuacji, iż podmioty te de facto nie prowadzą działalności konkurencyjnej działając w ramach wspólnej polityki handlowej i są od siebie zależne. Wówczas w przypadku udzielenia im obu zamówienia na obie części rodzi się uzasadniona wątpliwość czy nie dojdzie do sytuacji, w której dwie części zamówienia zostaną - w sposób pośredni - udzielone temu samemu podmiotowi gospodarczemu, w rozumieniu w jakim użył tego sformułowania Prezes UZP w przytoczonym powyżej stanowisku UZP dotyczącym nowelizacji pzp z 2012 r. A to stałoby w oczywistej sprzeczności z zapisami ogłoszenia, które wprost takiego rozwiązania nie dopuszczają.

Wezwanie do wyjaśnień było zasadne, bo miało bowiem na celu m.in. uzyskanie informacji na temat powiązań pomiędzy podmiotami należącymi do jednej grupy kapitałowej celem uniknięcia sytuacji udzielenia obydwu części zamówienia wykonawcom zależnym od siebie, powiązanych nie tylko kapitałowo, ale i biznesowo, a więc tworzącym jeden podmiot gospodarczy”. Na poparcie swojego stanowiska zamawiający powołał

Urząd Zamówień Publicznych (vide: O. Starzyk, Zmiany w katalogu przesłanek wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu, Informator UZP Nr 2/2013, s. 40), wyrok KIO z dnia z dnia 16 kwietnia 2013 r. o sygn. KIO 762/13, P. Soszyńska-Purtak, Grupa kapitałowa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, cz. II, LEX 182323), A. Andała-Sępkowska, Co powinien uczynić zamawiający w sytuacji, gdy oferty na poszczególne części zamówienia złożyły firmy należące do tej samej grupy kapitałowej?, LEX 303106), wyrok KIO z dnia 20 listopada 2014 r. o sygn. KIO 2323/14, KIO 2338/14.

Mając na uwadze powyżej zaprezentowaną argumentację w ocenie zamawiającego nie ma podstaw do uznania, iż jego działanie polegające na wezwaniu odwołujących do wyjaśnień w zakresie powiązań kapitałowych naruszało przepisy art. 24b ust 1 pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy.

Zamawiający podkreślił, iż działania polegające na wezwaniu odwołujących do wyjaśnień były podejmowane w oparciu o treść ostatniego z przytoczonych wyroków.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ustawy w ocenie zamawiającego wezwanie odwołujących do wyjaśnień w żaden sposób nie pogorszyło ich sytuacji w stosunku do innych podmiotów. Analogiczne wezwanie zostało wystosowane w stosunku do innych wykonawców, którzy również należą do jednej grupy kapitałowej, tj. do konsorcjum firm Mostostal Kraków S.A oraz FERROVIAL AGROMAN S.A oraz wykonawcy BUDIMEX S.A. Przedsiębiorcy ci złożyli w dniu 10 lutego 2015 r. stosowne wyjaśnienia. Zamawiający potraktował w niniejszym postępowaniu jednakowo wszystkich wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej, dlatego nie można mówić o pogorszeniu sytuacji któregokolwiek z nich.

Co do samego „przerzucania obowiązku” wykazywania, iż nie doszło do zachwiania uczciwej konkurencji, na który wskazują odwołujący, zamawiający przytoczył stanowisko prezentowanego w piśmiennictwie (J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 13, Warszawa 2015)

Zamawiający odniósł się do treści powołanych w odwołaniach wyroków, podnosząc, że wbrew stanowisku odwołujących nie za[padły one w analogicznych stanach faktycznych i prawnych. Odnośnie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. 1032/14 zamawiający wskazał, że istota problemu sprowadzała się do uznania jako czynu nieuczciwej konkurencji utajniania dokumentów składanych wraz z ofertą.

Co do wyroku KIO, o sygn. KIO 1181/14, zamawiający wskazał, iż przedmiotem rozważań Izby było zbadanie czy wykonawcy będący osobami fizycznymi - małżonkami, prowadzącymi działalności gospodarcze ze sobą powiązane - winni zostać uznani jako wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej. Na marginesie zamawiający dodał należy, że Izba w tym samym wyroku wskazała, że: „W ocenie składu orzekającego zamawiający prawidłowo przeprowadził czynności wyjaśniające, w trybie art. 24b ust. 1 ustawy na okoliczność istniejących między wykonawcami powiązań mających charakter grupy kapitałowej. (...) Należy stwierdzić, że ustalenie istniejących powiązań w każdym wypadku wymaga precyzyjnych wyjaśnień zważywszy na doniosłe skutki faktyczne i prawne wyniku takiego ustalenia.”

W zakresie wyroku o sygn. KIO 586/13, KIO 588/13 to przedmiotem rozważań Izby nie był udział w jednym postępowaniu wykonawców przynależnych do tej samej grupy kapitałowej, a sam zacytowany fragment dotyczył zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 1 i 2 pzp.

Również przed rozprawą złożył pismo procesowe przystępujący Budimex SA podtrzymując dotychczasowe żądania i odnosząc się do odpowiedzi na odwołanie. Przystępujący wskazał, że wyrok w sprawie sygn. akt KIO 2323/14 i KIO 2338/14 jest odosobniony i wskazał na stanowisko przeciwne wyrażone w wyroku sygn. akt KIO 1181/14, nadto wskazał, że w tym samym postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym były wnoszone odwołania sygn. akt

KIO 2323/14 i KIO 2338/14, zapadł kolejny wyrok sygn. akt KIO 2742/14, który podtrzymał linię z wyroku sygn. akt KIO 1181/14. Przystępujący wskazał na treść ogłoszenia o zamówieniu tj. sekcje II.1.8, sekcję II, sekcję III.2.3 i sekcję VI.3, z tych postanowień ogłoszenia w ocenie przystępującego wynika, że w niniejszej sprawie występują dwie autonomiczne części postępowania, o czym świadczą odrębne opisy sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz kryteria, wnioski złożone na jedną część postępowania nie wpływają na wnioski złożone w innej części, stąd nie możliwe jest w ocenie przystępującego zachwianie uczciwej konkurencji. Przystępujący obszernie zacytował stanowisko Izby zajęte w wyroku sygn. akt KIO 1181/14 i podniósł, że powołany wyrok zapadł w adekwatnym stanie faktyczny i prawnym. Nadto wskazał, że o odrębności postępowań dotyczących części zamówienia świadczą art. 93 ust. 2, art. 45 ust. 5 i art. 36 ust. 2 pkt 1 ustawy. Stanowisko o odrębności postępowań na część przedmiotu zamówienia zajmowała Izba także w sprawach sygn. akt KIO 586/13 i 588/13, sygn. akt KIO 2830/13 oraz sygn. akt KIO 2742/14.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, zmiany ogłoszenia o zamówieniu, wniosków odwołujących się, wezwań z dnia 2 lutego 2015r. do obu odwołujących się w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, odpowiedzi Konsorcjum Strabag na wezwanie, wezwań z dnia 3 lutego 2015r. w trybie art. 24b ust. 1 ustawy.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła:

W ogłoszeniu o zamówieniu uwzględniającym zmianę treści ogłoszenia opublikowaną w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 września 2014r. zamawiający zawarł następujące postanowienia:

W sekcji II.1.8 – Części wskazał, że to zamówienie podzielone jest na części i że oferty można składać w odniesieniu do tylko jednej części

Opisując w sekcji III.2.1. sytuację podmiotową wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego zamawiający w pkt 6 wskazał, że w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5) ustawy , należy - pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24b ust. 3 ustawy – złożyć następujące dokumenty:

6.1.Listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5) ustawy , albo informację o tym, że wykonawca nie należy do grupy kapitałowej.

Zamawiający określając w sekcji III.2.2. zdolność ekonomiczną i finansową podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1.1).Wykonawca musi wykazać średni roczny przychód za ostatnie trzy lata obrotowe, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres (na podstawie „Rachunku

zysków i strat” pozycja „Przychód netto ze sprzedaży produktów, towarów i materiałów” lub „Przychód netto ze sprzedaży i zrównane z nimi”) w wysokości nie mniejszej niż 460 mln PLN.

1.2). Wykonawca musi wykazać posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości nie mniejszej niż 130 mln PLN.

Wartości podane w dokumentach w walutach innych niż wskazane przez zamawiającego należy przeliczyć:

- dla „przychodu” według średniego kursu NBP na dzień zakończenia roku obrotowego,
- dla posiadanych „środków finansowych/zdolności kredytowej” wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia dokumentu.

Opisując wymagania dotyczące kwalifikacji technicznych w sekcji III.2.3) zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

1.1). Posiadania wiedzy i doświadczenia:

Zamawiający dokona oceny spełniania przedmiotowego warunku w celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Zamawiający oceni zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

Zamawiający uzna, iż wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielanego zamówienia, to taki który:

1) dla Części nr 1:

wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

1.2) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

a) 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP o łącznej wartości robót co najmniej 1,2 mld PLN brutto,

b) 1 lub 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie łącznie min. 12 obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A w tym:

- 4 obiektów o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 20 m lub długości obiektu co najmniej 50 m,

- 1 obiektu o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 40 m wykonanego metodą nasuwania podłużnego

- 1 obiektu o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m wykonanego metodą betonowania nawisowego lub 1 obiektu wykonanego z betonu sprężonego o

rozpiętości najdłuższego przęsła co najmniej 100 m i długości całkowitej co najmniej 500 m budowanego nad rzeką żeglowną

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

dla Części nr 2:

wykaże się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:

a) 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP o łącznej wartości robót co najmniej 1,1 mld PLN brutto,

b) 1 lub 2 zadań polegających na budowie lub przebudowie łącznie min. 11 obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A w tym:

- 5 obiektów o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 20 m lub długości obiektu co najmniej 50 m,

- 1 obiektu o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 40 m wykonanego metodą nasuwania podłużnego

Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.

2) wykaże się należytem wykonaniem zadań, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zadań o wartości robót co najmniej 150 mln PLN brutto, obejmujących (oddzielnie lub łącznie):

a) budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP,

b) budowę lub przebudowę obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 20 m,

c) budowę lub przebudowę obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A oraz długości obiektu co najmniej 50 m.

Warunki określone w ppkt 2) zostały określone zarówno dla Części nr 1 jak i Części nr 2.

Powyższe dotyczy również podmiotów trzecich, jeżeli wykonawca polega na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego na zasadach, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy .

Jako należyte wykonanie zadań, o których mowa w ppkt 2) zamawiający uzna wykazanie się przez wykonawcę rzetelnością, kwalifikacjami, efektywnością i doświadczeniem przy ich realizacji rozumianą jako:

a)nie popełnienie przez wykonawcę przy realizacji każdego z nich poważnego wykroczenia zawodowego rozumianego zgodnie ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażonym w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 jako

zachowania wykonawcy wskazujące na zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony;

b)nie uchybienie zasadom wykonywania profesji poprzez działania lub zaniechania leżące po stronie wykonawcy podczas realizacji tych zadań, które doprowadziły do niewykonania zadania, lub które doprowadziły do nienależytego wykonania zadania, rozumianego jako:

- powstanie szkody po stronie zamawiającego, której wykonawca nie pokrył poprzez wypłatę odszkodowania, zwrot kosztów zamawiającemu lub w inny sposób nie została zaspokojona,
- spowodowanie powstania zagrożenia dla życia lub zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego.

Zamawiający dokona oceny wykroczeń zawodowych pod kątem niewywiązywania się wykonawcy z dotychczasowych zobowiązań w stopniu, który podważa zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że będzie dokonywał ww. oceny wykroczeń zawodowych – ze względu na indywidualny charakter każdej z takich decyzji - na podstawie okoliczności faktycznych związanych z sytuacją każdego z wykonawców, zgodnie z informacjami zawartymi w części B wykazu „Wiedza i doświadczenie”. Tym samym ocena ta nie będzie oparta na zasadzie spełnia/nie spełnia.

Zamawiający nie wykluczy z postępowania wykonawcy, jeżeli wykonawca i podmiot trzeci na zasobach, którego ten wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust.2b ustawy w zakresie spełniania warunku określonego w ppkt 1), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie wykonywał robót budowlanych o cechach określonych w ppkt 2) i wykonawca złoży w tym zakresie stosowne oświadczenie.

Za drogę lub ulicę zamawiający uzna drogę lub ulicę w rozumieniu ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2013r. poz. 260 z późn zm.).

Za obiekt mostowy zamawiający uzna obiekt mostowy w rozumieniu rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 30 maja 2000 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogowe obiekty inżynierskie i ich usytuowanie (Dz. U. z 2000 nr 63, poz. 735 z późn. zm.).

Jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Wartości podane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku w walutach innych niż wskazane przez zamawiającego należy przeliczyć wg średniego kursu NBP na dzień wystawienia Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z Warunkami

FIDIC) lub na dzień podpisania Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

Zamawiający wyjaśnił, że opis sposobu oceny spełnienia warunku, o którym mowa w ppkt. 2) jest dodatkowym niezależnym opisem, od opisu sposobu oceny spełnienia warunku, o którym mowa w ppkt 1). Opis zamieszczony w ppkt. 2) dotyczy badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy w oparciu o art. 22 ust. 5 ustawy , i jest dodatkowym badaniem do badania spełnienia minimum określonego w ppkt. 1) .

Zamawiający wyjaśnia, że w ramach opisu sposobu oceny spełnienia warunku, o którym mowa w ppkt. 2) można się posłużyć doświadczeniem, o którym mowa w ppkt. 1) o ile doświadczenie to zostało nabyte w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

1.2) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia:

a) Potencjał techniczny

Wykonawca musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia następujące narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne:

1) wytwórnia mieszanek mineralno – asfaltowych (stacjonarna lub mobilna) o wydajności min. 300 t/godz.– minimalna ilość - 1 szt.; lub wytwórnia mieszanek mineralno – asfaltowych (stacjonarna lub mobilna) o wydajności min. 150 t/godz. – minimalna ilość - 2 szt.;

2) układarka mieszanek mineralno-asfaltowych o szer. układania min. 7,0 m z podajnikiem pośrednim –minimalna ilość – 2 szt.

3)układarka mieszanek mineralno-asfaltowych o szer. układania min. 11,0 m z podajnikiem pośrednim –minimalna ilość – 1 szt.

Powyższe warunki dotyczące potencjału technicznego zostały określone zarówno dla Części nr 1 jak i Części nr 2.

b) Potencjał kadrowy:

Wykonawca musi wskazać osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, legitymujące się kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem odpowiednimi do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

Wykonawca, na każdą funkcję wymienioną poniżej, wskaże osoby, które musi mieć dostępne na etapie realizacji zamówienia, spełniające następujące wymagania:

Dla Części nr 1:

1)osoba proponowana do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy

Wymagana liczba osób: 1;

Doświadczenie zawodowe:

1. Minimum 48 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 400 mln PLN brutto każde, na stanowisku/stanowiskach:

Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy Lub Kierownika Budowy Lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu.

2. Minimum 60 miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowiskach związanych z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub stanowisku/stanowiskach kierowniczych przy realizacji zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP, w tym co najmniej na 1 zadaniu od początku realizacji robót do ich zakończenia.

Doświadczenie zdobyte w okresie wskazanym w pkt 2 może obejmować doświadczenie zdobyte w okresie wskazanym w pkt 1.

Jako zakończenie zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

2) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy

Wymagana liczba osób: 1;

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 36 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 400 mln PLN brutto każde na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 10 km lub Kierownika Robót Mostowych dla łącznie min. 12 obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A w tym 3 obiektów o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 20 m lub długości obiektu co najmniej 50 m.

3) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych

Wymagana liczba osób: 2

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 400 mln PLN brutto każde na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 10 km lub Inspektora Nadzoru Robót Drogowych.

4) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych

wymagana liczba osób: 3

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową łącznie min. 12 obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A w tym:

a) 1 osoba - 3 obiektów o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 20 m lub długości obiektu co najmniej 50 m,

b) 1 osoba - 1 obiektu o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 40 m wykonanego metodą nasuwania podłużnego

c) 1 osoba - 1 obiektu o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 100 m wykonanego metodą betonowania nawisowego

na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych lub Inspektora Nadzoru Robót Mostowych.

Zamawiający nie dopuścił przedstawienia jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej z funkcji wymienionych powyżej.

Dla Części nr 2:

1) osoba proponowana do pełnienia funkcji Dyrektora Kontraktu – Przedstawiciela Wykonawcy

Wymagana liczba osób: 1;

Doświadczenie zawodowe:

1) Minimum 48 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 400 mln PLN brutto każde, na stanowisku/stanowiskach:

Dyrektora Kontraktu lub Przedstawiciela Wykonawcy. Lub Kierownika Budowy Lub Zastępcy Dyrektora Kontraktu.

2) Minimum 60 miesięcy doświadczenia zawodowego na stanowiskach związanych z wykonywaniem samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie lub stanowisku/stanowiskach kierowniczych przy realizacji

zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP, w tym co najmniej na 1 zadaniu od początku realizacji robót do ich zakończenia.

Doświadczenie zdobyte w okresie wskazanym w pkt 2 może obejmować doświadczenie zdobyte w okresie wskazanym w pkt 1.

Jako zakończenie zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia).

2) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy

Wymagana liczba osób: 1;

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 36 miesięcy doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 lub 3 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 400 mln PLN brutto każde na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy. Lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 10 km. Lub Kierownika Robót Mostowych dla łącznie min. 11 obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A w tym 3 obiektów o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 20 m lub długości obiektu co najmniej 50 m.

3) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Drogowych

Wymagana liczba osób: 2

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP lub nadzór nad budową lub przebudową dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 400 mln PLN brutto każde na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Drogowych dla odcinka o długości min. 10 km lub Inspektora Nadzoru Robót Drogowych.

4) osoba proponowana do pełnienia funkcji Kierownika Robót Mostowych

wymagana liczba osób: 2

Doświadczenie zawodowe:

Minimum 24 miesiące doświadczenia przy realizacji 1 lub 2 zadań obejmujących budowę lub przebudowę lub nadzór nad budową lub przebudową łącznie min. 11 obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu dla klasy A w tym:

a) 1 osoba - 3 obiektów o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 20 m lub długości obiektu co najmniej 50 m,

b) 1 osoba - 1 obiektu o rozpiętości teoretycznej najdłuższego przęsła co najmniej 40 m wykonanego metodą nasuwania podłużnego

na stanowisku/stanowiskach:

Kierownika Budowy lub Kierownika Robót Mostowych lub Inspektora Nadzoru Robót Mostowych.

Zamawiający nie dopuścił przedstawienia jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej z funkcji wymienionych powyżej.

2. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym oraz osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, spełnianie warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy i których opis sposobu dokonania oceny spełniania został zamieszczony w:

a) w pkt. 1.1) ppkt 1, 1.2) a) i 1.2) b) powyżej wykonawcy wykazują łącznie,

b) w pkt 1.1) ppkt 2) w stosunku do żadnego z wykonawców nie mogą zachodzić okoliczności świadczące o braku rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.

W sekcji IV.1.2. zamawiający opisał ograniczenie liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert lub do udziału wskazując, że przewidywana liczba wykonawców to 20.

Obiektywne kryteria wyboru ograniczonej liczby kandydatów: Ocena spełniania postawionych warunków dokonana zostanie zgodnie z formułą "spełnia/nie spełnia", w oparciu o informacje zawarte w części A wykazu "Wiedza i doświadczenie". Z treści załączonych dokumentów musi wynikać jednoznacznie, iż w/w warunki Wykonawca spełnił. Jeżeli liczba wykonawców, którzy będą spełniać wymagane warunki będzie mniejsza, lub równa 20 w odniesieniu do każdej części, do złożenia ofert zostaną zaproszeni wszyscy wykonawcy spełniający te warunki. Zamawiający poinformował, iż w przypadku gdy liczba wykonawców, którzy spełnią warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż określona w ogłoszeniu, w odniesieniu do każdej części, dokonując oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu podlegających punktacji, zamawiający nie będzie stosował art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy będzie miał zastosowanie jedynie w zakresie niezbędnym do usunięcia wadliwości dokumentów złożonych wraz z wnioskiem tj. wykazu dla zadań/robót które zostały w nim wskazane i potwierdzone dowodami określającymi czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazującymi, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W następstwie czynności złożenia wyjaśnień wykonawca nie może uzupełniać wykazu o dodatkowe zadania nieujęte w pierwotnym wykazie mające na celu zwiększenie punktacji złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku, gdy wymagane warunki po zastosowaniu formuły "spełnia/nie spełnia" spełni więcej niż 20 wykonawców w odniesieniu do każdej części, za każde zrealizowane zadanie obejmujące budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej: dla Części nr 1: 600 mln PLN brutto, dla Części nr 2: 550 mln PLN brutto, wykonawca otrzyma 1 punkt. Zamawiający poinformował, iż w przypadku gdy wykonawca powoła się na wiedzę i doświadczenie podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu ponad „Minimalny poziom ewentualnie wymaganych standardów” – zamawiający nie będzie uwzględniał potencjału tych podmiotów w punktacji w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie będzie przyznawał dodatkowych punktów). Zamawiający zaprosi do złożenia ofert

pierwszych 20 wykonawców, w odniesieniu do każdej części, którzy uzyskają największą liczbę punktów. Jeżeli w przypadku zastosowania oceny jak wyżej, kilku wykonawców zajmie ostatnie, równorzędne miejsce a liczba wykonawców spełniających warunki udziału przewyższy 20, zamawiający spośród wykonawców zajmujących równorzędne ostatnie miejsce, wybierze wykonawców w kolejności łącznej wartości zadań obejmujących budowę lub przebudowę dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej: dla Części nr 1 : 600 mln PLN brutto, dla Części nr 2: 550 mln PLN brutto, począwszy od największej łącznej wartości. Zamawiający odstąpi od sporządzania ocen spełniania warunków tj. przyznawania punktacji za spełnienie warunków w przypadku gdy liczba wykonawców, którzy spełniają warunki będzie mniejsza lub równa 20 w odniesieniu do każdej części.

Za zbiorczego zestawienia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wynika, że wnioski na Część 1 Budowa drogi S-7 Gdańsk (A-1) – Elbląg (S-22) odc. Koszwały (dk nr 7, w. Koszwały) –Elbląg (z węzłem Kazimierzowo). Zadanie 1: Koszwały – Nowy Dwór Gdański złożyli:

1. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robot Inżynieryjnych POL-AQUA S.A. ul. Dworska 1 05-500 Wolka Kozodawska, Polska (Lider) i DRAGADOS S.A. Avda. del Camino de Santiago 50 28050 Madryt, Hiszpania (Partner)
2. Astaldi S.p.A. Via Giulio Vincenzo Bona 65 00156 Rzym, Włochy
3. Impresa Pizzarotti & C.S.p.A., Via A.M. Adorni 1, 43121 Parma, Włochy
4. Konsorcjum firm: Obrascon Huarte Lain S.A. Torre Espacio, P^ode la Castellana, 259-D, 28046 Madryt, Hiszpania (Lider) i OHL ŽS,a.s.Brno, Burešova 938/17,602 00 Brno – Veveři, Czechy (Partner)
5. Konsorcjum firm: Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie Ul. Szwedzka 5 55-040 Kobierzyce (Lider) i Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A 02-342 Warszawa
6. Salini Impregilo S.p.A. Via dei Missaglia 97 20142 Mediolan, Włochy
7. Konsorcjum firm: Mostostal Krakow S.A. Ul. Mrozowa 5 31-752 Krakow (Lider) i FERROVIAL AGROMAN S.A. Campo de las Naciones, calle Ribera del Loira, numero 42 28042 Madryt, Hiszpania (Partner)
8. Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robot Mostowych „Mosty – Łódź” S.A. ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź (Lider) i Firma „[GetowskiG.](#)” Budownictwo Komunikacyjne i Przemysłowe Spółka z o.o. ul. Toruńska 300, 85-880 Bydgoszcz (Partner)
9. Konsorcjum firm: Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa i Gulermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhut A.Ş.Konya, Devletyolu 23 km, no 111 Golbaşı – Ankara, Turcja
10. Miejskie Przedsiębiorstwo Robot Drogowych Sp. Z o.o. Hryniewiczze 75/1 16-061 Juchnowiec Kościelny

11. Metrostav a.s. 18000 Praha 8 Koželužska 2450/4, Libeň Republika Czeska
12. Konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (Lider) ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa i Aldesa Censtrucciones S.A. c/Bahia de Pollensa 1328042 Madryt, Hiszpania (Partner)
13. Konsorcjum firm: PORR (Polska) S.A. ul. Poleczki 35 02-822 Warszawa (Lider) i PORR BAU GMBH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń, Austria (Partner)

Na Część nr 2: Budowa drogi S-7 Gdańsk (A-1) – Elbląg (S-22) odc. Koszwały (dk nr 7, w. Koszwały) – Elbląg (z węzłem Kazimierzowo). Zadanie 2: Nowy Dwór Gdański – Kazimierzowo.” wnioski złożyli

1. Konsorcjum firm: 1) Przedsiębiorstwo Robot Inżynieryjnych POLAQUA S.A. ul. Dworska 1 05-500 Wolka Kozodawska, Polska (Lider) i 2) DRAGADOS S.A. Avda. del Camino de Santiago 50 28050 Madryt Hiszpania (Partner)
2. Astaldi S.p.A. Via Giulio Vincenzo Bona 65 00156 Rzym, Włochy
3. Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. Ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszkow (Lider) i STRABAG Infrastruktura Południe Sp. Z o.o. z siedzibą Wysoka, Ul. Lipowa 5a 52-200 Wrocław (Partner)
4. Impresa Pizzarotti & C.S.p.A., Via A.M. Adorni 1, 43121 Parma, Włochy
5. Konsorcjum firm: Obrascón Huarte Lain S.A. Torre Espacio, P°de la Castellana, 259-D, 28046 Madryt, Hiszpania (Lider) I OHL ŽS,a.s. Brno, Burešova 938/17, 602 00 Brno – Veveří, Czechy (Partner)
6. Konsorcjum firm: Eurovia Polska S.A. Bielany Wrocławskie Ul. Szwedzka 5 55-040 Kobierzyce (Lider) i Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A 02-342 Warszawa
7. Mota-Engil Central Europe S.A., ul. Wadowicka 8W, 30-415 Kraków
8. Salini Impregilo S.p.A. Via dei Missaglia 97 20142 Mediolan, Włochy
9. BUDIMEX S.A. Ul. Stawki 40 01-040 Warszawa
10. Konsorcjum firm: Bilfinger Infrastructure S.A., ul. Domaniewska 50A, 02-672 Warszawa i Gulermak Ağır Sanayi İnşaat ve Taahhut A.Ş. Konya, Devletiyolu 23 km, no 111 Golbaşı – Ankara, Turcja
11. Metrostav a.s. 18000 Praha 8 Koželužska 2450/4, Libeň Republika Czeska *
12. Konsorcjum firm: Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. (Lider) ul. Postępu 18 02-676 Warszawa i Aldesa Censtrucciones S.A. /Bahia de Pollensa 13 28042 Madryt Hiszpania (Partner)
13. Konsorcjum firm: PORR (Polska) S.A. ul. Poleczki 35 02-822 Warszawa (Lider) i PORR BAU GMBH, Absberggasse 47, A-1100 Wiedeń, Austria (Partner)

Jak wynika z wniosków złożonych przez :

1. Miejskie Przedsiębiorstwo Robot Drogowych Sp. Z o.o. Hryniewiczze 75/1 16-061 Juchnowiec Kościelny na część 1

2. Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. Ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków (Lider) i STRABAG Infrastruktura Południe Sp. Z o.o. z siedzibą Wysoka, Ul. Lipowa 5a 52-200 Wrocław (Partner) na część 2

Wykonawcy ci należą do tej samej grupy kapitałowej (dowody : listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej w obu wnioskach – okoliczność niesporna).

Wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Robot Drogowych Sp. Z o.o. Hryniewicze 75/1 16-061 Juchnowiec Kościelny zarówno w zakresie potencjału kadrowego jak i technicznego w całości polega na zobowiązaniach innych podmiotów, przy czym nie sposób ustalić jakie są to podmioty, gdyż do wniosku nie załączono zobowiązań tych podmiotów, ani innych dokumentów lub oświadczeń dotyczących nie podlegania wykluczeniu, które pozwalałyby na identyfikację podmiotów). Wykonawca polega także w całości na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, przy czym w wykazie wskazano, że w przypadku 3 robót udostępniającym zasoby jest STRABAG Infrastruktura Południe Sp. Z o.o. z siedzibą Wysoka, Ul. Lipowa 5a 52-200 Wrocław (Partner), zaś w zakresie 1 roboty Ed. Züblin AG (również nie załączono zobowiązań tych podmiotów, ani innych dokumentów lub oświadczeń).

Zamawiający wzywał wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Robot Drogowych Sp. Z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów m. in. w wyżej wskazanym zakresie w dniu 2 lutego 2015r.

Z wniosku Konsorcjum firm: STRABAG Sp. z o.o. Ul. Parzniewska 10 05-800 Pruszków (Lider) i STRABAG Infrastruktura Południe Sp. Z o.o. z siedzibą Wysoka, Ul. Lipowa 5a 52-200 Wrocław (Partner) wynika, że wykonawcy polegają na własnej wiedzy i doświadczeniu oraz potencjale kadrowym, natomiast w odniesieniu do potencjału technicznego jedno z wymaganych przez zamawiającego urządzeń zostanie wykonawcom udostępnione przez inny podmiot, przy czym nie jest to podmiot należący do grupy kapitałowej Strabag. Do oferty złożono zobowiązanie podmiotu trzeciego. Pozostałe urządzenia stanowią własność konsorcjantów.

W dniu 3 lutego zamawiający wezwał odwołujących na podstawie art. 24 b ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy w celu ustalenia czy zachodzą przesłanki wykluczenia. Wskazał na złożone przez odwołujących informacje o przynależności do grupy kapitałowej i podniósł, że należą do tej samej grupy kapitałowej, nadto odwołał się do zakazu ustanowionego w sekcji II.1.8 ogłoszenia o zamówieniu składania ofert na więcej niż jedną część postępowania, wskazując, że wprowadzie wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej mogą złożyć dwie odrębne oferty na część 1 i część 2 jednakże muszą wykazać, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z odpowiedzi na odwołanie z dnia 13 lutego 2015r. złożonej w sprawie sygn. akt KIO 208/15 nie wynikają okoliczności mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Okoliczności związanych ewentualnie z przedmiotem postępowania odwoławczego dotyczy bowiem pkt. 2 na str. 6 odpowiedzi, jednak w ocenie Izby w obu przypadkach zamawiający jest ze sobą zgodny uważając, że wykonawcy działający w ramach grupy kapitałowej mogą złożyć osobne oferty tylko na zadanie 1 albo na zadanie 2, co sam zamawiający dopuszczał w wezwaniu do wyjaśnień z dnia 3 lutego 2015r. Natomiast wbrew twierdzeniom odwołujących zamawiający nie posłużył się w odpowiedzi na odwołanie sformułowaniem, że postępowanie dotyczące danej części postępowania jest postępowaniem odrębnym, czy autonomicznym. Nadto jest to dowód nie służący udowodnieniu faktów, ale w rzeczywistości ma służyć dowodzeniu prawa i jako taki nie może być uznany za podstawę rozstrzygnięcia.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienia spełniają wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem, któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba postanowieniem z dnia 24 lutego 2015r. oddaliła opozycje zamawiającego wobec przystąpień zgłoszonych przez wykonawców po stronie odwołującego.

Izba oceniła, że odwołujący wykazali przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24b ust. 1 ustawy w związku z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie i wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących powiązań o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia odwołującego w sytuacji, gdy nie zaistniały przesłanki do żądania wyjaśnień w powołanym przez zamawiającego trybie, bowiem takie wyjaśnienia dotyczą sytuacji złożenia wniosków lub ofert w tym samym, jednym postępowaniu co nie ma miejsca w przedmiotowym zamówieniu, gdyż wykonawcy złożyli osobne wnioski w zakresie innych odrębnych części postępowania i w konsekwencji w ogóle nie konkurują ze sobą na etapie złożenia wniosków, ani nie będą ze sobą konkurować składając ofertę tym samym nie dojdzie do zachwiania oraz art. 7 ustawy przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, na skutek bezpodstawnego żądania od podmiotów z grupy kapitałowej wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 2 pkt 5 PZP i przerwania obowiązku wykazywania, że nie doszło do zachwiania uczciwej

konkurencji co prowadzi do bezzasadnego pogorszenia sytuacji wykonawców z grupy kapitałowej w stosunku do innych podmiotów

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 24b ust. 1 ustawy zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy stanowi natomiast, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przesłanki wykluczenia z postępowania określone w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy są zatem jednocześnie przesłankami koniecznymi dla poprzedzenia takiego wykluczenia wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 24 b ust. 1 ustawy. Dla ziszczenia podstawy wykluczenia z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy konieczne jest aby:

1. Wykonawcy należeli do tej samej grupy kapitałowej – okoliczność niesporna, że obaj odwołujący do tej samej grupy kapitałowej należą,
2. Złożyli odrębne wnioski lub oferty – okoliczność niesporna obaj odwołujący złożyli odrębne wnioski,
3. Aby te wnioski lub oferty były złożone w tym samym postępowaniu – okoliczność sporna pomiędzy stronami.

Zatem dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy konieczne jest ustalenie czy na gruncie ustawy podział zamówienia publicznego na części powoduje, że mimo wspólnych elementów postępowania dokonywanych przez zamawiającego jedną czynnością postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczające możliwość składania ofert częściowych jest w rzeczywistości traktowane przez ustawodawcę jako kilka postępowań odrębnych. W ocenie Izby na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco z następujących względów:

1. oferta częściowa czy zamówienie publiczne udzielane w części dotyczy zawsze sytuacji, gdy przedmiot zamówienia jest podzielny – art. 83 ust. 2 ustawy. Zatem to przedmiot zamówienia publicznego decyduje, czy w ogóle możliwe jest wszczęcie osobnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i zawarcie kilku osobnych umów. Świadczenie jest bowiem podzielne wtedy, gdy może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości (art. 379 § 1 Kc)

Zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy zamówienie publiczne to umowa odpłatna zawarta pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, której przedmiotem są m. in., jak w niniejszej sprawie, roboty budowlane. Skoro zamówienie publiczne to umowa, a art. 2 pkt. 7a mówi, że postępowanie o udzielenie zamówienia - to postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub - w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki - wynegocjowania postanowień takiej umowy, to należy uznać, że w postępowaniu dopuszczającym możliwość składania ofert częściowych prowadzone jest w rzeczywistości kilka postępowań o zamówienie publiczne prowadzonych w celu zawarcia umów o zamówienia udzielane w częściach. Powiązanie pomiędzy podzielny przedmiotem zamówienia, a możliwością zawarcia umowy na wyodrębnioną część tego przedmiotu potwierdza także definicja oferty częściowej określona w art. 2 pkt 6 ustawy, zgodnie z którą przez ofertę częściową należy rozumieć ofertę przewidującą, zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wykonanie części zamówienia publicznego;

2. Nadto ustawodawca w art. 45 ust. 5 i art. 93 ust. 2 przewidział szczególny sposób postępowania w przypadku składania ofert częściowych, jak również unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczającego składanie ofert częściowych. Zatem istnienie w ustawie takich regulacji szczegółowych w ocenie Izby również potwierdza, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczające składanie ofert częściowych nie jest jednolite i posiada regulacje odrębne wskazujące na niezależny sposób postępowania zamawiającego w zależności od tego na jaką część zamówienia składane są oferty czy wnioski.
3. Ponadto interpretacja art. 24 ust. 2 pkt. 5 ustawy nakazująca traktowanie wykonawców w sposób jednakowy niezależnie od tego, czy postępowanie zezwala na składanie ofert częściowych prowadziłaby także do różnego traktowania wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej. Ustawodawca bowiem używa w art. 32 ust. 4 ustawy pojęć „zamawiający dopuszcza możliwość składania ofert częściowych” oraz „zamawiający udziela zamówienia w częściach, z których każda stanowi przedmiot odrębnego postępowania”. Gdyby przyjąć, że w przypadku pierwszego pojęcia mamy do czynienia z jednolitym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, a w przypadku drugiego z pojęć z kilkoma odrębnymi postępowaniami, to wykonawcy w zakresie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy byłiby odmiennie traktowani w tych samych okolicznościach, bowiem w przypadku odrębnych zamówień udzielanych na część zamówienia zakazane byłoby

jedynie składanie ofert przez podmioty powiązane w tym postępowaniu, bo sam ustawodawca wskazuje, że jest ono odrębne. Zamawiający nie miałby ani prawa ani obowiązku badać istnienia powiązań pomiędzy wykonawcami zgłaszającymi się do innych odrębnych postępowań na pozostałe części zamówienia. Natomiast w przypadku dopuszczenia do składania ofert częściowych przy koncepcji jednolitości tego postępowania wykonawca ubiegający się o daną część zamówienia musiałby wykazywać, że fakt złożenia wniosku, czy oferty w tym postępowaniu jako całości przez podmiot z nim powiązany nie prowadzi do zachwiania uczciwej konkurencji. Przyjęcie takiego dualizmu ustawy prowadzi do absurdu i nie daje się pogodzić z racjonalnością ustawodawcy. Możliwe jest zatem logicznie przyjęcie tylko dwóch koncepcji:

- a) Że ustawodawca także dla zamówień udzielanych w częściach w ramach odrębnych postępowań, także nakazuje stosowanie art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy traktując sytuację wykonawców powiązanych jako utrudniających uzyskanie danego zamówienia jako całości w warunkach niezachwianej uczciwej konkurencji
- b) Że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego dopuszczające możliwość składania ofert częściowych przy dokonywaniu czynności związanych z badaniem i oceną wniosków albo ofert jest postępowaniem, które rozpada się na kilka niezależnych postępowań odnoszących się wyłącznie do danej części postępowania.

Koncepcja przedstawiona w literze a) nie daje pogodzić art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy i użytym tam pojęciu „w tym samym postępowaniu” z brzmieniem art. 6a, czy art. 32 ust. 4 czy wreszcie art. 170 ust. 3 ustawy, które to przepisy w sposób wyraźny i jednoznaczny nakazują adresatom tych norm traktować zamówienia udzielane w częściach jako odrębne postępowania.

Pozostaje zatem wyłącznie koncepcja przedstawiona w literze b, która pozwala na zachowanie sprawiedliwego traktowania na gruncie obowiązujących przepisów wykonawców znajdujących się w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej.

Za przyjęciem rozwiązania przedstawionego w punkcie b przemawia również cel, jaki przyświecał wprowadzeniu do ustawy przepisu art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, za który należy uznać wyeliminowanie możliwości braku konkurowania wykonawców z tej samej grupy kapitałowej (a tym samym manipulowania wynikiem postępowania) w sytuacji, gdy konkurencja między nimi powinna mieć miejsce, tj. gdy ubiegają się o zawarcie tej samej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca. Ustawodawca uznał bowiem, że ubieganie się o udzielenie tego samego zamówienia wykonawców z tej samej grupy kapitałowej (a więc co do

zasady realizujących wspólny cel gospodarczy) stanowi sytuację wysokiego ryzyka zakłócenia konkurencji, polegającego na realizacji wspólnego celu w miejsce konkurowania, które powinno występować w przypadku ubiegania się o zawarcie tej samej umowy, nie ma zaś miejsca w przypadku ubiegania się o udzielenie odrębnych umów na różne części zamówienia.

Na marginesie można jedynie wskazać, że przyjęcie odmiennej koncepcji prowadziłyby do niesprawiedliwego stosowania prawa także z uwagi na to, że wykonawca nie ma wpływu na to czy zamawiający podzieli podzielne zamówienie na części i czy będzie jedynie dopuszczał oferty częściowe, czy też dla każdej z części prowadził odrębne postępowania. Decyzja w tym zakresie została całkowicie przez ustawodawcę powierzona zamawiającemu.

W ocenie Izby przyjęcie takiego rozumowania nie pozbawia zamawiającego prawa do oceny czy wzajemne powiązania pomiędzy wykonawcami składającymi wnioski lub oferty na odrębne części postępowania nie prowadzą do niezgodności treści tych wniosków czy ofert z postanowieniami odpowiednio ogłoszenia czy siwz, czy też złożenie oferty w określonych warunkach nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji.

Podsumowując powyższe rozważania Izba stoi na stanowisku, że zastosowanie art. 24b ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z dopuszczeniem możliwości składania ofert częściowych musi być traktowane z uwzględnieniem specyfiki tego postępowania, a zatem interpretacja pojęcia „w tym samym postępowaniu” musi być dokonywana z uwzględnieniem rozpadu postępowania na kilka niezależnych postępowań dotyczących poszczególnych części zamówienia o upływie terminu do składania wniosków lub ofert w postępowaniu. Zamawiający tej specyfiki nie uwzględnił, a w konsekwencji błędnie przyjął, że wnioski zostały złożone w tym samym postępowaniu. Tym samym Izba uznała, że zamawiający naruszył art. 24b ust. 1 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy.

Natomiast w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, albowiem na gruncie ustawy nie sposób odmówić zamawiającemu prawa do wyjaśniania treści dokumentów lub oświadczeń, które budzą jego wątpliwości (art. 26 ust. 4 ustawy) czy treści złożonej oferty (art. 87 ust.1 ustawy), albowiem nadrzędnym celem ustawy jest zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne z wykonawcą wybranym na równych zasadach i w warunkach uczciwej konkurencji. Zatem sam fakt wezwania do wyjaśnień nie był w ocenie Izby nieprawidłowy i skoro wykonawcy powiązani składający wnioski w odrębnych postępowaniach nie podlegają pod normę art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy, to nie może być wobec nich zastosowana sankcja z art. 24b ust. 3 ustawy za niezłożenie wyjaśnień w terminie. Podsumowując samo wezwanie odwołujący się do wyjaśnień nie naruszało normy art. 7 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Izba ma obowiązek ocenić czy stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustalenie, że taki wpływ nie wystąpił powoduje, że Izba jest zobligowana odwołanie oddalić. Izba rozważyła zatem, czy przepisy ustawy nie dają zamawiającemu podstaw do zwracania się do wykonawców, w tym wykonawców powiązanych o wyjaśnienia dotyczącego złożonych przez nich dokumentów. O obowiązku zamawiającego zastosowania wprost instytucji wezwania do wyjaśnień uregulowanej w art. 26 ust. 4 ustawy w odniesieniu do informacji wynikających ze składanych list podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej stanowi zdanie 2 art. 26 ust. 2d ustawy. Zgodnie z treścią wezwania z dnia 3 lutego 2015r. zamawiający ryzyka dla zachowania zasady uczciwej konkurencji związanego z informacjami wynikającymi z list złożonych przez obu odwołujących się upatruje w ustanowionym przez siebie zakazie składania ofert na więcej niż 1 część zamówienia. W wezwaniu zamawiający wprost odwołuje się do sekcji II.1.8 ogłoszenia o zamówieniu. W ocenie Izby przepis art. 26 ust. 2d w związku z art. 26 ust. 4 ustawy w takiej sytuacji nakazuje wręcz zamawiającemu zwrócić się o wyjaśnienia dotyczącego złożonego dokumentu, gdyż ich brak może utrudnić, czy nawet uniemożliwić zamawiającemu podjęcie prawidłowej decyzji tak na etapie badania złożonych wniosków jak i na etapie oceny ofert. W tym stanie rzeczy Izba uznała, że sam fakt wystąpienia do odwołujących o wyjaśnienia, choć na niewłaściwej podstawie prawnej i z błędnym pouczeniem, co do skutków wezwania nie ma i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania, gdyż nawet gdyby uchylić poprzednią czynność, zamawiający miałby prawo wystąpić o wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 2 d w związku z art. 26 ust. 4 ustawy. Biorąc to pod uwagę odwołania należało oddalić w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołujących kosztami postępowania w postaci uiszczonych wpisów od odwołania i kosztów zastępstwa prawnego nakazując odwołującym zwrot tych kosztów zamawiającemu, zgodnie z jego żądaniem przedstawionym na rozprawie potwierdzonym złożoną fakturą VAT.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....