

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2015 r. przez wykonawcę

S. P. i R. P. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Ogrodniczych S.C. S. & R. P., ul. Zbiorcza 2A, 92-332 Łódź

w postępowaniu prowadzonym przez

Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża S. P. i R. P. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Ogrodniczych S.C. S. & R. P. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez S. P. i R. P. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Ogrodniczych S.C. S. & R. P. tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013, 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 Łodzi.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 566/15

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto Łódź – Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 14 stycznia 2015 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2014/S 009-011269. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – S. P. i R. P. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. & R. P. wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu, iż unieważniając ww. postępowanie w części 9. naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. art. 89 ust. 1 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 1 polegające na unieważnieniu postępowania w sytuacji, w której nie dokonał wcześniej odrzucenia oferty odwołującego (jedynej złożonej w części 9.) i nie poinformował o tym odwołującego, a zatem nie zaszła przesłanka określona w przepisie z art. 93 ust. 1 pkt 1 tj., że postępowanie może być unieważnione wówczas, gdy brak jest ofert niepodlegających odrzuceniu, przy czym zamawiający naruszył dodatkowo przepis z art. 89 ust. 1, który przewiduje obowiązek odrzucenia oferty niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

2. art. 2 pkt 11 polegające na niewzięciu pod uwagę, że spółka cywilna jest „wykonawcą” w rozumieniu tego przepisu oraz w konsekwencji bezzasadnym utożsamieniu Zakładu Usług Ogrodniczych s.c. S. & R. P. z odrębnymi podmiotami w postaci Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych S. P. oraz Fagus Usługi Ogrodnicze R. P., co doprowadziło do podjęcia przez zamawiającego bezpodstawnego aktu w postaci unieważnienia postępowania w części 9.,

3. art. 7 poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji, tj. równego traktowania wykonawców i zachowania bezstronności organu, polegające na tym, że odrzucając ofertę złożoną przez odwołującego i unieważniając postępowanie niezgodnie z normą prawną, jednocześnie nie zapewnił zachowania bezstronności i równego traktowania wykonawców poprzez nieuzasadnione utożsamianie wykonawcy, który złożył ofertę w unieważnionej części z ofertami złożonymi przez wykonawców Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych S. P. oraz Fagus Usługi Ogrodnicze R. P. w innych częściach postępowania, co prowadziło do niezachowania zasad uczciwej konkurencji,

a zatem działania sprzeczne z prawem i prowadzące jednocześnie do naruszenia interesów odwołującego,

4. art. 83 ust. 3 poprzez jego błędną wykładnię polegającą na nieuzasadnionym przepisami prawa utożsamianiu pojęcia „jednego wykonawcy” ze spółką cywilną działającą poprzez wspólników, a inną niż wykonywana w przedmiotowej spółce cywilnej jednoosobową działalnością gospodarczą każdego ze wspólników, powodującą ustalenie występowania jednego wykonawcy w sytuacji, gdy w jednej części zamówienia publicznego ofertę złożył wykonawca będący osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą i w przypadku wyboru jego oferty byłby on wykonawcą tejże części zamówienia, zaś w innej części ofertę złożyła spółka cywilna, która w sytuacji wyboru jej oferty byłaby wykonawcą zamówienia publicznego, składając się z dwóch osób, czego nie da się ocenić, że występowałby jeden wykonawca, a normy wynikającej z art. 83 ust. 3 jako normy szczególnej nie można stosować wykładni rozszerzającej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania i nakazanie powtórzenia czynności polegających na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył przepis art. 93 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem przed unieważnieniem postępowania nie dokonał odrzucenia oferty odwołującego oraz brak było materialnych podstaw do odrzucenia oferty. Unieważnienie postępowania ze względu na brak ofert nie podlegających odrzuceniu powinno być obligatoryjnie poprzedzone procedurą odrzucenia tych ofert. Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych mają charakter przepisów *ius cogens* i jako takie nie pozostawiają organowi żadnego wyboru co do ich zastosowania w przypadku zaistnienia ku temu przesłanek wskazanych w tych przepisach. Uprzednie odrzucenie oferty odwołującego było zatem obowiązkiem zamawiającego i bez uprzedniego odrzucenia tej oferty zamawiający nie mógł zgodnie z prawem unieważnić postępowania.

Uzasadnieniem wskazanej decyzji zawartej w „Informacji o unieważnieniu postępowania” jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż wykonawca naruszył punkt 3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający ustalił, że Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. & R. P. złożył ofertę na część 9., 1. i 2, a wspólnicy spółki cywilnej złożyli samodzielnie także oferty na: S. P. – część 7. i 8., R. P. – część 3. i 6. Zdaniem zamawiającego spółka cywilna nie jest odrębnym przedsiębiorcą od podmiotów działających na podstawie wpisów do ewidencji działalności gospodarczej. Zdaniem zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w

postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego w rozumieniu art. 23 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uznał, że udział tego samego podmiotu w trzech częściach jako spółka cywilna oraz odrębnie jako przedsiębiorcy, należy uznać za złożenie oferty tego samego podmiotu, stanowiące pięć oświadczeń woli złożonych przez jednego wykonawcę w tym samym postępowaniu, co narusza specyfikację istotnych warunków zamówienia i powinno skutkować odrzuceniem oferty i unieważnieniem postępowania.

Odwołujący się z tą oceną nie zgodził.

Zdaniem odwołującego zastrzeżenie punktu 3.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia mogłoby mieć skutek tylko w przypadku, w którym ten sam podmiot złożyłby oferty na więcej niż trzy części zamówienia. Z uwagi na represyjny charakter i skutek przyjętej regulacji zakazana jest jakakolwiek wykładania rozszerzająca.

Podstawowym uchybieniem zamawiającego było przyjęcie, że oferty złożone przez S. i R. P. w ramach prowadzonej spółki cywilnej oraz indywidualnie, tj. jako działających wyłącznie we własnym imieniu oraz na własną rzecz przedsiębiorców, są ofertami tego samego podmiotu.

Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcą może być m.in. jednostka organizacyjna. Taką jednostką niewątpliwie jest spółka cywilna, ale nie są osoby fizyczne/indywidualni przedsiębiorcy. Ze względu na normatywne ukształtowanie roli współników, spółkę uznaje się za korporację (zrzeszenie) współników, a także rodzaj wspólnoty prawnej. Postrzega się ją jako jednostkę organizacyjną (organizację współników) pozbawioną odrębnej od nich podmiotowości prawnej. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że spółka cywilna nie posiada osobowości prawnej, bowiem przepis art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych tego nie wymaga. Zatem w istocie nie zachodził tożsamość podmiotów mogąca prowadzić do unieważnienia postępowania. Spółka cywilna jest odrębnym wykonawcą w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych i brak jest jurydycznych argumentów na gruncie tej ustawy, żeby spółkę traktować na równi z jej współnikami, co uczynił zamawiający

W przypadku każdego z podmiotów mamy też do czynienia z odmiennymi przedsiębiorstwami, tj. zorganizowanym zespołem składników niematerialnych i materialnych przeznaczonym do prowadzenia działalności gospodarczej (art. 55¹ Kodeksu cywilnego).

Zatem czynność prawna w postaci zawarcia umowy odniosłaby skutek wyłącznie w odniesieniu do przedsiębiorstwa Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S. & R. P., a nie w odniesieniu do jakiegokolwiek innego przedsiębiorstwa tych osób, co dodatkowo ilustruje, że mamy do czynienia z różnymi podmiotami. W ramach spółki cywilnej zachodzi dodatkowo współwłasność łączna, która nie występuje w przypadku indywidualnych działalności gospodarczych osób fizycznych, zaś wszystkie trzy podmioty mają oddzielne majątki.

Zamawiający w ogóle nie wziął pod uwagę odrębnego bytu prawnego wymienionych przedsiębiorstw.

Zamawiający nie uwzględnił także faktu, iż w przypadku spółki cywilnej w postępowaniu chodzi nie o odrębnych przedsiębiorców, ale o ściśle określoną co do składu grupę osób, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego. W przypadku spółki cywilnej wspólnicy prowadzą działalność gospodarczą nie we własnym imieniu, ale we wspólnym imieniu wszystkich wspólników, gdyby zatem nawet przyjąć, że chodzi o grupę osób, a nie samą spółkę cywilną, to i tak „grupa” nie jest tożsama z osobami fizycznymi działającymi w ramach swoich działalności gospodarczych wyłącznie we własnym imieniu i na własną rzecz.

Zamawiający błędnie też interpretuje art. 23 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie dostrzega, że wynikający z niego przepis mógłby mieć zastosowanie wówczas, gdyby do części 9. oferty złożyli razem Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S. & R. P. oraz jednocześnie wraz z tą spółką choćby jeden z przedmiotowych przedsiębiorców indywidualnych.

Zamawiający nie wziął pod uwagę także tego, że o odrębności spółki cywilnej świadczy także wiele innych faktów prawnych o obrębie prawa publicznego: spółka cywilna jest traktowana jako pracodawca, jest także podatnikiem podatku VAT, podatku akcyzowego oraz na gruncie ustawy o opłacie skarbowej; w świetle art. 2 pkt 11 ustawy o statystyce publicznej jako jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej zaliczona została do podmiotów gospodarki narodowej. Spółka cywilna posiada suwerenne względem tworzących ją wspólników numery NIP i REGON.

Zamawiający dokonał także błędnej interpretacji art. 83 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegającej na nieuzasadnionym przepisami prawa utożsamianiu pojęcia „jednego wykonawcy” ze spółką cywilną działającą poprzez wspólników, a inną jednoosobową działalnością gospodarczą jednego ze wspólników. W rozumieniu tego przepisu chodzi o tego samego wykonawcę. W przypadku niniejszej sprawy nie chodzi o tego samego wykonawcę, a zatem nie zachodzi tożsamość wykonawców.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoją decyzję i wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że odwołujący złożył ofertę na trzy części zamówienia, a dodatkowo S. P. jako „Iglicznia” Zakład Usług Ogrodniczych S. P. na części nr 7 i 8, a R. P. jako FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P. na części 3 i 6. Zgodnie z postanowieniem punktu 3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający dopuszczał złożenie oferty na więcej niż jedną część zamówienia, jednak nie więcej niż na

trzy części. Zamawiający uznał, że S. P. i R. P., działając tak indywidualnie, jak i w ramach spółki cywilnej, złożyli – każdy z nich – ofertę na pięć części zamówienia.

W uzasadnieniu unieważnienia postępowania zamawiający podał: „W przedmiotowej części postępowania wpłynęła jedna oferta złożona przez Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S. i R. P., jednak zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oferta ta podlega odrzuceniu, gdyż Wykonawca naruszył punkt 3.4 SIWZ, z którego wynika, że Zamawiający dopuszcza złożenie oferty na więcej niż jedną część zamówienia jednak nie więcej niż na 3 (trzy) części. Prócz części 9. Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S. i R. P. złożył również ofertę na część 1, 2. Ponadto, wspólnicy spółki cywilnej w niniejszym postępowaniu złożyli samodzielnie oferty w innych częściach zamówienia: S. P. jako „Iglicznia” Zakład Usług Ogrodniczych S. P. na części nr 7 i 8, a R. P. jako FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P. na części 3 i 6”, a więc przyjęć należy, że zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty i poinformował o tym fakcie wykonawcę. Sytuacja polegająca na unieważnieniu postępowania, gdy zamawiający nie dokonał wcześniej odrzucenia tejże oferty i nie poinformował o tym odwołującego, nie miała więc miejsca. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych mówią jedynie o czynnościach, jakich ma dokonać zamawiający, ale nie określają formy, w jakiej ta informacja powinna być przekazana. Jedynie art. 92 ustawy Prawo zamówień publicznych odnoszący się do zawiadomienia o wyborze oferty zawiera katalog informacji, które powinny być przekazane wykonawcom, którzy złożyli oferty, tj. o wyborze najkorzystniejszej oferty; o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone; o wykonawcach wykluczonych z postępowania oraz o terminie zawarcia umowy. Sam tytułu aktu/decyzji zamawiającego jest jedynie kwestią techniki sporządzania dokumentu, istotna jest natomiast treść dokumentu oraz skutki z niego wynikające. Nie jest praktykowane przez zamawiających zawieranie w tytule informacji o odrzuceniu czy wykluczeniu, chociaż sama treść pisma rozstrzyga również takie zagadnienia.

Podstawą unieważnienia postępowania w części 9. było odrzucenie przez zamawiającego jedynej złożonej oferty. Odrzucenie oferty miało miejsce, gdyż zamawiający uznał, że spółka cywilna na gruncie prawa cywilnego nie jest samodzielnym podmiotem praw i obowiązków odrębnych od jej wspólników, a jedynie wielostronnym stosunkiem zobowiązaniowym łączącym tychże wspólników. W związku z tym wspólników spółki cywilnej należy traktować tak jak wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może złożyć tylko jedną ofertę. Złożenie więcej niż jednej oferty skutkuje ich odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tylko jedną ofertę mogą złożyć też wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Zgodnie z obowiązującą wykładnią art. 82 ust. 1 i art. 89 ust. 1

pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, złożenie większej liczby ofert przez jednego wykonawcę będzie skutkowało koniecznością odrzucenia wszystkich ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, gdyż złożenie każdej z nich będzie złamaniem przepisu art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, jednocześnie zastrzegając, że każdy z wykonawców może złożyć ofertę na nie więcej niż trzy części. Zatem w przypadku, gdy jeden wykonawca złoży ofertę na więcej niż trzy części, oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe oraz ugruntowane orzecznictwo, zamawiający przyjął, że złożenie większej liczby ofert niż zastrzeżona przez zamawiającego liczba ma miejsce także w sytuacji, gdy wykonawca złoży oferty w ramach konsorcjum lub spółki cywilnej. Zamawiający odrzucił zatem oferty złożone w tym samym postępowaniu przez wspólników spółki cywilnej oraz oferty złożone oddzielnie przez tych wykonawców działających samodzielnie poza spółką cywilną, zarówno bowiem oferta złożona przez wykonawcę samodzielnie i oferta złożona przez niego wraz z innymi wykonawcami, w znaczeniu przedmiotowym (zobowiązaniowym) pozostają jego ofertami. Jedyną różnicą jest tutaj fakt, iż z tytułu złożenia pierwszej oferty wykonawca będzie zobowiązany samodzielnie, natomiast w przypadku oferty wspólnej – wraz z innymi wykonawcami. Jednakże ciągle pozostają to dwa oświadczenia woli (oferty) złożone przez wykonawcę w tym samym postępowaniu. Spółka cywilna nie może być stroną umowy o udzielenie zamówienia publicznego, umowa taka może zostać zawarta wyłącznie ze wspólnikami spółki cywilnej, gdyż tylko oni posiadają podmiotowość prawną.

Spółka cywilna nie posiada statusu przedsiębiorcy ani w rozumieniu art. 43¹ Kodeksu cywilnego, ani art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej. Zgodnie z art. 860 Kodeksu cywilnego spółka cywilna jest stosunkiem prawnozobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Spółka cywilna nie tworzy odrębnych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zawartą przez jej wspólników, której żaden przepis Kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników. Za przedsiębiorców uważa się natomiast wspólników spółki cywilnej w zakresie wykonywanej przez nich działalności gospodarczej. Zatem wykonawcami w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych są wspólnicy spółki cywilnej, których udział w postępowaniu traktowany jest jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, natomiast podstawą prawną udziału spółki cywilnej w postępowaniu jest art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający uznał, że spółka cywilna nie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, a wykonawcą jest każdy z jej wspólników. Oznacza to, że udział tego samego podmiotu w trzech ofertach składanych wraz z innym podmiotem

wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego tj. jako wspólnicy spółki cywilnej oraz jednocześnie złożenie kolejnych ofert jako odrębni przedsiębiorcy należy uznać za oferty tego samego podmiotu, stanowiące pięć oświadczeń woli złożonych przez jednego wykonawcę w tym samym postępowaniu,

Zatem działania S. P. i R. P. miały na celu obejście zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu uzyskania zamówienia na 7 z 10 rejonów, czyli na znaczącej części rynku, wbrew intencjom i woli zamawiającego oraz zastrzeżeniom poczynionym przez niego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia co do ograniczenia ilości rejonów.

Kwestia, czy spółce cywilnej może być udzielone zamówienie publiczne, nie była przedmiotem rozstrzygnięcia zamawiającego. Zamawiający inaczej oceniłby stan faktyczny, gdyby w przedmiotowym postępowaniu wykonawca Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R. P. złożył oferty na więcej niż jedną część zamówienia, jednak nie więcej niż na trzy części, a jednocześnie ani R. P. ani S. P. jako odrębni przedsiębiorcy, ani ich spółka cywilna nie złożyli żadnej innej oferty samodzielnie lub wspólnie z innym wykonawcą.

Ponadto zamawiający uznał, że działania podmiotów składających ofertę mogą naruszać przepisy ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. istnieje uzasadnione podejrzenie, że R. P. i S. P. swoimi działaniami próbowali ograniczyć konkurencję w postępowaniu, uzgadniając ze sobą warunki ofert składanych w związku z przystąpieniem do tego przetargu, w celu podziału lokalnego rynku usług związanych z utrzymaniem zieleni miejskiej obejmującego miasto Łódź, czego wyrazem było złożenie przez każdego z nich ofert wzajemnie ze sobą niekolidujących na różne rejony miasta Łodzi (kwestia ta została pominięta, gdyż nie stanowiła podstaw odrzucenia oferty odwołującego i nie była przedmiotem odwołania).

III Ustalenia Izby w kwestiach formalnych

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

IV Ustalenia Izby co do zarzutów

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między stronami.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania oraz złożonych oświadczeń i dokumentów Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający poinformował odwołującego o swoich czynnościach pismem z 13 marca 2015 r. zatytułowanym „Informacja o unieważnieniu postępowania”. W piśmie tym zamawiający wskazał, że postępowanie w części 9. zostało unieważnione, ponieważ zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych unieważnia się postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu. W dalszej treści zamawiający wskazał, że w przedmiotowej części postępowania wpłynęła jedna oferta złożona przez Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S. i R. P., jednak zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podlega odrzuceniu, gdyż wykonawca naruszył punkt 3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którego wynika, że zamawiający dopuszcza złożenie oferty na więcej niż jedną część zamówienia, jednak nie więcej niż na trzy części. Prócz części 9. Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S. i R. P. złożył również ofertę na część 1 i 2, a ponadto, wspólnicy spółki cywilnej złożyli samodzielnie także oferty na części... itd. (tu zamawiający zawarł uzasadnienie swojego stanowiska analogiczne jak wskazane powyżej). Z uwagi na powyższe, zdaniem zamawiającego, naruszono dyspozycję zawartą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkowało odrzuceniem oferty i unieważnieniem postępowania.

Zdaniem Izby powyższa informacja skierowana do odwołującego, niezależnie od swojego tytułu, zawiera wszystkie elementy wskazane w art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 93 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zawierających dyspozycję co do zakresu informacji odpowiednio o odrzuceniu ofert oraz o unieważnieniu postępowania. Nie ma bowiem praktycznego znaczenia, że informacja ta nie zawiera słów typu: „zamawiający odrzucił ofertę”, lecz sformułowania: „w przedmiotowej części postępowania wpłynęła jedna oferta (...) jednak zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy podlega odrzuceniu, gdyż...” oraz „co skutkowało odrzuceniem oferty i unieważnieniem postępowania”. Istotne jest, że zamawiający poinformował wykonawcę o swoim rozstrzygnięciu i jego motywach.

Poza tym należy zwrócić uwagę, że zawiadomienia wysyłane do wykonawców (choć od nich liczone są terminy m.in. na wniesienie odwołania) mają charakter informacyjny, a nie decyzyjny. To znaczy, że zamawiający informuje w nich o podjętych działaniach, a nie są one aktem dokonywania tych decyzji. Decyzja o odrzuceniu oferty jest wewnętrznym aktem zamawiającego podjętym przez kierownika zamawiającego na skutek rekomendacji komisji przetargowej, odnotowywanym m.in. w protokole postępowania – o którym to akcie zamawiający następnie informuje wykonawców. W jaki konkretny sposób dana decyzja zostanie dokonana (czy i jakie dokumenty zostaną sporządzone oprócz obowiązkowego protokołu postępowania), zależy od praktyki zamawiającego w tym zakresie.

Tak samo informując o swojej decyzji zamawiający może użyć lepszych czy gorszych, bardziej lub mniej precyzyjnych sformułowań, jednak póki wskazują one jednoznacznie na rozstrzygnięcie zamawiającego, trudno mówić tu o naruszeniu art. 89 ust. 1 czy art. 93 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie samej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w części 9., a w konsekwencji i o unieważnieniu postępowania dla tej części, Izba w pełni podziela stanowisko zamawiającego oraz zgadza się z przedstawioną przez niego argumentacją – zarówno w piśmie z 13 marca 2015 r., jak i w odpowiedzi na odwołanie.

Podziela też stanowiska zawarte w przywołanych przez zamawiającego orzeczeniach i opiniach. Jest bowiem od lat jednolicie wskazywane, że niedopuszczalne jest, aby dane osoby mogły złożyć ofertę jednocześnie jako przedsiębiorcy prowadzący indywidualną działalność gospodarczą oraz jako spółka cywilna (albo np. tzw. „konsorcjum”). I nie chodzi tu o to, że spółka cywilna (czy też w zasadzie jej wspólnicy) nie może złożyć oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też że nie wchodzi w zakres definicji wykonawcy zawartej w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż oczywiste jest, że może być wykonawcą, a tym samym może złożyć ofertę.

Kwestię tę należy rozpatrywać przez pryzmat wymogu zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, który jest podstawową zasadą, którą należy się kierować przy udzielaniu zamówień publicznych; przy tym dotyczy nie tylko zamawiającego, ale też samych wykonawców. I sprowadza się ona do możliwości składania konkurencyjnych wobec siebie ofert, czyli więcej niż jednej oferty – co w oczywisty sposób jest niedopuszczalne. Oznaczałoby to bowiem *de facto* zezwolenie na złożenie przez niektórych wykonawców więcej niż jednej oferty i naruszałoby art. 82 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz negatywnie wpływałoby na uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (im kto złożyłby więcej ofert, tym większą miałby szansę na uzyskanie zamówienia). Przy przyjęciu przeciwnej praktyki niektórzy wykonawcy lub ogólnie wykonawcy mogliby składać po kilka ofert dowolnie formując się w grupy lub występując indywidualnie i tym samym każdy z nich mógłby złożyć w danym postępowaniu nieskończoną liczbę ofert. Dlatego, słusznie, została przyjęta zasada jedynie jednej oferty.

Analogicznie jak w przypadku złożenia kilku ofert rzecz się ma w przypadku dopuszczenia złożenia oferty tylko dla określonej liczby części – na im więcej części wykonawca złożyłby ofertę, tym większą miałby możliwość uzyskania zamówienia w którejś części lub też dla większej liczby części. W oczywisty sposób wpływałoby to na nierówne traktowanie wykonawców.

Zresztą abstrahując już nawet od samej spółki cywilnej, dublowanie ofert co do zasady nie jest zezwolone jako godzące w uczciwą konkurencję, czego przykładem jest choćby art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczący odrębnych prawnie podmiotów, lecz należących do grupy kapitałowej.

Należy tu zwrócić uwagę, że choć odwołujący i zamawiający posługują się określeniami: Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S. & R. P., „Iglicznia” Zakład Usług Ogrodniczych S. P. i FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P., to zgodnie z poprawną nomenklaturą są to: 1. S. P. i R. P. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. & R. P., 2. S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „Iglicznia” Zakład Usług Ogrodniczych S. P. oraz 3. R. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FAGUS Usługi Ogrodnicze R. P. . (Tak zresztą określani są również w CEDIG: przedsiębiorcą jest dana osoba (S. P. lub R. P.), a dalsza część nazwy, to firma (nazwa) przedsiębiorcy, pod którą on działa.)

Tym samym każdorazowo zamówienie uzyskałby S. P. i/lub R. P. .

Przez to, że w niektórych częściach zamówienia składają oni wspólną ofertę, nie czyni z nich innego podmiotu.

Zdaniem Izby nie bez przyczyny złożyli oni oferty na trzy części jako spółka cywilna, a na pozostałe jako indywidualnie przedsiębiorcy. Tym samym Izba podziela zdanie zamawiającego, że miało to na celu obejście zastrzeżenia zamawiającego zawartego w punkcie 3.4. specyfikacji istotnych warunków zamówienia ograniczającego liczbę części, na które można złożyć ofertę, do trzech. Zresztą niezależnie nawet od zamiaru wykonawców, ma to taki skutek, na którego wystąpienie zamawiający nie mógł się zgodzić.

Tym samym, skoro w postanowieniu punktu 3.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający dopuszczał złożenie oferty na nie więcej niż trzy części zamówienia, a S. P. i R. P. złożyli oferty na więcej niż trzy dozwolone części, zamawiający słusznie odrzucił te oferty, a w konsekwencji, prawidłowo unieważnił postępowanie dla części 9. zamówienia.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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 rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: