

**Sygn. akt: KIO 1464/20**

**WYROK**

**z dnia 20 sierpnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Anna Chudzik**

**Renata Tubisz**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 29 czerwca 2020 r. przez **wykonawcę T - Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: Polską Agencję Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

przy udziale **wykonawcy NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach: 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 oraz 2) wykluczenie wykonawców: • Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części: 9, 10, 11, 12, 13, 14 oraz • wykonawcy NETIA S. A. z siedzibą w Warszawie w części: 2, 6, 7, 8, 15 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp a także 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;**

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego: Polską Agencję Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **T - Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od **Zamawiającego: Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie** na rzecz **wykonawcy T - Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 ze zm. 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 Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Polska Agencja Żeglugi Powietrznej z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Świadczenie usług telekomunikacyjnych przesyłu danych z wykorzystaniem łączy w podziale na 15 części*”.

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

Wykonawca T - Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 29 czerwca 2020 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie wykluczenia wykonawców Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz NETIA S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp w zw. z art. 36aa ust. 3 i art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 11 i części 15 zamówienia, dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, wykluczenie wykonawcy Polkomtel Sp. z o.o. w zakresie części nr 11 zamówienia, wykluczenie wykonawcy Netia S.A. w zakresie części nr 15 zamówienia, w konsekwencji wykluczenie ww. wykonawców w zakresie pozostałych części, na które wykonawcy ci złożyli oferty, dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 11 i nr 15 zamówienia.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 18 czerwca 2020 r. stała się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę T-Mobile Polska S.A. z siedzibą w Warszawie.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, m. in. ofertę wykonawców Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Netia S.A. z siedzibą w Warszawie jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba uznała za skuteczne na podstawie art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przystąpienia następujących wykonawców:

- Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „Przystępującym Polkomtel”)
- Netia S.A. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej również: „Przystępującym Netia”).

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest *„Świadczenie usług telekomunikacyjnych przesyłu danych z wykorzystaniem łączy w podziale na 15 części”*.

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

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

Jak wynika z akt postępowania wykonawca Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożył ofertę na następujące części: 9,10,11,12,13,14. W postępowaniu tym również wykonawca Netia S.A z siedzibą w Warszawie złożył ofertę na następujące części zamówienia: 2,6,7,8,15. Zamawiający w dniu 18 czerwca 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto Izba ustaliła, że obaj wykonawcy łącznie złożyli oferty na 11 części. Nie zaistniała sytuacja w której – na poszczególne części – obaj wykonawcy (Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz Netia S.A. z siedzibą w Warszawie) złożyliby oferty, konkurując ze sobą w danej części.

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

W ocenie Izby - biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania przedstawione podczas rozprawy - odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Zgodzić należało się z Odwołującym, że w zaistniała sytuacja – w opisanym stanie faktycznym - mogła doprowadzić do zakłócenia konkurencji.

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

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

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

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

ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców, a także w zaproszeniu do składania ofert lub zaproszeniu do negocjacji, maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu wykonawcy.

Biorąc pod uwagę niniejszy stan faktyczny oraz przepisy prawa należy dojść do następujących wniosków.

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

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

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

Odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp należy stosować wyłącznie w ramach poszczególnych części zamówienia – gdyż każda część jest odrębnym zamówieniem, w ocenie Izby z tą argumentacją Zamawiającego - w tym stanie faktycznym - nie można się zgodzić. Owszem możliwe jest hipotetycznie ze względu na konstrukcję postępowania ukształtowanie postanowień SIWZ w taki sposób, aby części te były od siebie całkowicie niezależne i nie wpływały w żaden sposób na sytuację wykonawcy w postępowaniu, czy też chociażby nie wpływały na etap realizacji zamówienia, niemniej jednak – w tym stanie faktycznym Zamawiający inaczej ukształtował SIWZ, decydując się na ograniczenie maksymalnej ilości części jaką może udzielić jednemu wykonawcy.

Zatem postanowienie to niewątpliwie wpływało na sytuację wykonawcy samodzielnie startującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w przeciwieństwie do wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, umożliwiając wykonawcom – należącym do tej samej grupy kapitałowej - uzyskanie nieuzasadnionej przewagi konkurencyjnej poprzez hipotetyczną możliwość – uzyskania w przypadku dwóch wykonawców z tej samej grupy kapitałowej – wszystkich 15 części zamówienia.

W konsekwencji wobec tak ukształtowanych postanowień SIWZ nie można zgodzić się z Zamawiającym, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp należy interpretować wyłącznie przez pryzmat części na jaką wykonawca złożył ofertę, a wręcz przeciwnie – w tym stanie faktycznym – przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy należy interpretować przez pryzmat całego postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby – możliwe jest ukształtowanie postanowień SIWZ w taki sposób, t.j. ukształtowanie relacji pomiędzy częściami, że koniecznym będzie badanie przesłanek wynikających z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp w kontekście całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a nie tylko poszczególnych jego części. Powyższe potwierdza również orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 9 marca 2018 r., sygn.. akt KIO 321/18).

Nie można zgodzić się z Zamawiającym, że niezasadnym jest powoływanie się na orzeczenie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 kwietnia 2018 r., sygn. akt XXIII Ga 1921/17, gdyż opisany stan faktyczny dotyczy innej sytuacji. W ocenie Izby – istotne znaczenie ma skutek w postaci ograniczenia liczby części jaka zostanie udzielona jednemu wykonawcy. Powyższe niewątpliwie sprowadza się do podobnego mechanizmu działania i uzyskania – chociażby hipotetycznie na etapie udzielenia zamówienia przewagi konkurencyjnej wykonawców powiązanych kapitałowo. W konsekwencji w ocenie Izby zasadnym jest – wbrew twierdzeniom Zamawiającego – badanie w postępowaniu (a nie tylko w poszczególnych jego częściach), czy ziszczyły się przesłanki wynikające z art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. W tej sytuacji – tak jak domaga się tego Zamawiający – przepis art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp nie miałby zastosowania a wykonawcy z jednej grupy kapitałowej uzyskaliby całość zamówienia wbrew postanowieniu pkt 5.3 SIWZ.

I tak zgodzić należało się z Odwołującym, że wobec treści art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp oraz złożonych wyjaśnień dotyczących przynależności do jednej grupy kapitałowej – wykonawcy ci nie wykazali, że istniejące pomiędzy nimi powiązania nie prowadzą do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Nieprzekonywująca – wobec przedstawionego stanu faktycznego – jest argumentacja, że

wykonawcy z tej samej grupy kapitałowej złożyli oferty na odrębne części zamówienia. W żaden sposób nie wykazano – że wykonawcy ci nie współpracują i nie podejmują wspólnie istotnych dla spółek decyzji. W ocenie Izby, w tym postępowaniu wykonawcy, należący do tej samej grupy kapitałowej – hipotetycznie składając oferty – jeden w 8 częściach, drugi w 7 częściach – uzyskaliby łącznie zamówienie w 15 częściach. Zatem jedna grupa kapitałowa uzyskałaby całość zamówienia, a zastrzeżenie Zamawiającego zawarte w pkt 5.3 SIWZ byłoby fikcją. Nie można również zgodzić się z Zamawiającym, że w tym postępowaniu, w tej sytuacji należy zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby istotne znaczenie ma treść przepisu art. 24 ust. 11 ustawy Pzp. Wykonawcy Netia S.A i Polkomtel Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 11 ustawy Pzp złożyli stosowne wyjaśnienia. W konsekwencji – wobec złożenia wyjaśnień w trybie art. 24 ust. 11 ustawy Pzp, Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że wykonawców – należących do tej samej grupy kapitałowej – należy wezwać do ponownego złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów.

W konsekwencji ziściły się przesłanki wykluczenia wykonawców Netia S.A. oraz Polkomtel Sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp. Izba nakazała wykluczenie wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej w częściach w których złożyli oni oferty, gdyż wobec przyjętych powiązań pomiędzy częściami postanowieniem pkt 5.3 SIWZ – sankcją – rozciągającą się na całe postępowanie – jest wykluczenie wykonawców z całego postępowania, dlatego też wykluczenie wykonawców Netia S.A oraz Polkomtel Sp. z o.o. w stało się konieczne we wszystkich częściach, w których wykonawcy ci złożyli oferty, nie zaś wyłącznie w częściach w których oferty tych wykonawców zostały uznane za najkorzystniejsze, z uwagi że ograniczenie konkurencji o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp w opisanym stanie faktycznym rozciąga się na całe postępowanie o udzielenie zamówienia, a nie tylko na pojedyncze części i niewątpliwie ma wpływ na pozycje wykonawców z tej samej grupy kapitałowej prowadząc do ich nieuprawnionej przewagi konkurencyjnej w postaci możliwości uzyskania zamówienia na wszystkie części, w przeciwieństwie do wykonawcy samodzielnie składającego ofertę w postępowaniu. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach: 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 oraz 2) wykluczenie wykonawców: • Polkomtel Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części: 9, 10, 11, 12, 13, 14 oraz • wykonawcy NETIA S. A. z siedzibą w Warszawie w części: 2, 6, 7, 8, 15 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 23 ustawy Pzp a także 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.



Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

**Przewodniczący:**

.....

.....

.....