

WYROK
z dnia 9 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2015 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

IDS-BUD S.A. oraz Korporacja „Altis-Holding”

ul. Grzybowska 87, 00-844 Warszawa

w postępowaniu prowadzonym przez

Generalną Dyрекcyję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie

ul. Wronia 53, 00-874 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

A. Salini Polska Sp. z o.o., Salini Impregilo S.p.A., Todini Construzioni Generali S.p.A. oraz Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobyłarnia S.A.

ul. Marszałkowska 72, 00-545 Warszawa

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. Budimex S.A. oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o.

ul Stawki 40, 01-040 Warszawa

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD S.A. oraz Korporacja „Altis-Holding” i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD S.A. oraz Korporacja „Altis-Holding” tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IDS-BUD S.A. oraz Korporacja „Altis-Holding” na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „projekt i budowę drogi ekspresowej S2 – Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska” do węzła „Lubelska” z podziałem na trzy zadania: Zadanie „A” od węzła Puławska (bez węzła) do węzła Przyczółkowa (bez węzła) o długości ok. 4,6 km; Zadanie „B” od węzła Przyczółkowska (z węzłem) od węzła Wał Miedzeszyński (z węzłem) o długości ok. 6,5 km; Zadanie „C” od węzła Wał Miedzeszyński (bez węzła) do węzła Lubelska (bez węzła) o długości ok. 7,5 km” 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 ograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 grudnia 2013 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 247-429953.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia IDS-BUD S.A. i Korporacja „ALTIS-HOLDING” wniósł odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 52 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez określenie w ramach jednego postępowania o udzielenie jednego zamówienia publicznego trzech różnych terminów składania ofert na poszczególne części zamówienia, podczas gdy przepis art. 52 wyraźnie wskazuje i dopuszcza wyznaczenie wyłącznie jednego terminu składania ofert,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku ze wskazaniem trzech różnych terminów składania ofert na poszczególne części zamówienia, w szczególności biorąc pod uwagę możliwość składania ofert na poszczególne części zamówienia przez wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej,
3. art. 83 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych – naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez umożliwienie złożenia oferty częściowej w ramach jednego zamówienia przy jednoczesnym wyznaczeniu trzech różnych terminów składania ofert częściowych,
4. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nierzetelne i niespójne opisanie przedmiotu zamówienia w zakresie klasy betonu, z którego

mają być wykonane ściany szczelinowe, które może zakłócać zachowanie uczciwej konkurencji;

5. art. 354 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że wykonawca (dłużnik) zobowiązany jest do wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego w sytuacji, gdy z obiektywnych – niezależnych od wykonawcy – okoliczności wynika, że niemożliwe jest należyte spełnienie zobowiązania w postaci wykonania i zaakceptowania w terminie 2 miesięcy od Daty Rozpoczęcia Koncepcji Systemu Zarządzania Ruchem (funkcjonalnej, technicznej, organizacyjnej, informatycznej) w formie opisowej wraz ze schematami graficznymi.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności zamawiającego w zakresie:

1. wyznaczenia trzech różnych terminów składania ofert i nakazanie zamawiającemu wyznaczenia jednego terminu na złożenie ofert na każde z trzech zadań,
2. zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w „Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych TM.11.04.01 Ściany szczelinowe” w punkcie „2.1. Beton” obejmującej zmianę klasy betonu przeznaczonego do wykonania ścian szczelinowych z klasy betonu B35 na beton C40/50 i nakazanie zamawiającemu dokonania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w „Warunkach Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych TM. 11.04.01 Ściany szczelinowe” w punkcie „2.1. Beton” poprzez zmianę klasy betonu C40/50 na beton B35,
3. zmiany istniejących zapisów w „TOM III DROGA EKSPRESOWA S2 – ZADANIE „A”, ROZDZIAŁ I – CZĘŚĆ OPISOWA, PODROZDZIAŁ 2.1.14.4. SYSTEM ZARZĄDZANIA RUCHEM” oraz zastąpienia istniejącego zapisu w TOM II WARUNKI KONTRAKTU, ROZDZIAŁ 3 DANE KONTRAKTOWE DLA ZADANIA „A” Wymagana Minimalna Ilość Wykonania (Kamień Milowy) klauzula 8.13. w zakresie Kamienia Milowego nr 1 i nakazanie zamawiającemu wykreślenia w całości zawartego w Tomie II Warunków Kontraktu, Rozdział 3 Dane Kontraktowe dla Zadania „A” postanowienia Subklauzuli 8.13. wzoru umowy odnoszącego się do Kamienia Milowego numer 1 lub alternatywnie przywrócenie pierwotnego brzmienia podpunktu 2.1.14.4 w dokumencie pn. „TOM III DROGA EKSPRESOWA S2 - ZADANIE „A”, ROZDZIAŁ I – CZĘŚĆ OPISOWA”.

Podczas rozprawy odwołujący wycofał zarzuty dotyczące klasy betonu oraz wymagań w zakresie Kamienia Milowego nr 1, w związku z tym w dalszej części uzasadnienia wyroku zostaną one pominięte.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że 12 grudnia 2014 r. zamawiający poinformował wykonawców, że przedłuża termin składania i otwarcia ofert: w zakresie Zadania A do 26 stycznia 2015 r., w zakresie Zadania B do dnia 12 stycznia 2015 r., w zakresie Zadania C do 19 stycznia 2015 r.

Zamawiający prowadzi procedurę przetargową w trybie przetargu ograniczonego, która wyłoni trzech wykonawców, gdyż zamawiający dopuścił możliwość złożenia wniosków na każdą z trzech części zamówienia, jednakże, w ramach uprawnienia przewidzianego w art. 83 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wskazał, że wykonawca może złożyć jedną ofertę w ramach wyboru przez siebie zadania, o które zamierza się ubiegać.

Przed 12 grudnia 2014 r. zamawiający wskazywał jeden termin złożenia i otwarcia ofert dla wszystkich zadań, co pozostawało w zgodzie z zasadami wynikającymi z ustawy Prawo zamówień publicznych i zapewniało zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Większość wykonawców złożyła wnioski o dopuszczenie do złożenia oferty w ramach wszystkich trzech zadań i została dopuszczona przez zamawiającego do złożenia oferty.

Zdaniem odwołującego, z uwagi na to, że prowadzone jest jedno postępowanie, niedopuszczalne jest wskazanie trzech różnych terminów składania ofert na poszczególne części. Art. 52 ustawy Prawo zamówień publicznych, regulujący kwestię terminu składania ofert w przetargu ograniczonym, wyraźnie stanowi, iż zamawiający wyznacza jeden termin składania ofert. Ponadto, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej „miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert”. Co więcej, żaden przepis ustawy nie wskazuje na możliwość wyznaczenia różnych terminów składania ofert częściowych w przypadku postępowania, w którym zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych. W przypadku, gdy ustawodawca przewidywał wprowadzenie odrębnego rozwiązania wiążącego się ze składaniem ofert częściowych czy udzieleniem zamówienia w częściach, określony przepis regulował takie odstępstwa, np. art. 45 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił, dlaczego wskazał trzy różne terminy na złożenie ofert i takie odstępy czasowe pomiędzy nimi.

Nie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że w niniejszym postępowaniu istnieje możliwość złożenia trzech ofert częściowych na każde zadanie przez członków tej samej grupy kapitałowej. W takich okolicznościach określenie trzech różnych terminów składania ofert częściowych prowadzi do uprzywilejowania takich podmiotów, co powoduje zachwianie uczciwej konkurencji, które powinno nawet prowadzić do wykluczenia takich wykonawców z postępowania. Specyfiką zamówienia jest stykanie się zakresów przewidzianych do wykonania w ramach jego poszczególnych części oraz konieczność koordynacji realizacji tych zadań pomiędzy wykonawcami danych odcinków, która może wpływać na zakres prac,

a tym samym na koszty ich wykonania. Powyższa okoliczność wraz z przewidzianymi przez zamawiającego różnymi terminami na składanie częściowych powoduje powstanie przewagi konkurencyjnej po stronie wykonawców należących do grup kapitałowych. W przypadku bowiem, gdy po otwarciu ofert na jedno z zadań okaże się, że wykonawca należący do danej grupy kapitałowej złożył najkorzystniejszą ofertę, inny wykonawca z tej samej grupy kapitałowej składający ofertę na inne zadanie w terminie późniejszym, ma możliwość przyjęcia innych założeń cenowych niedostępnych innym wykonawcom spoza tej grupy kapitałowej. Ponadto nie można wykluczyć sytuacji, w której nawet wykonawcy uprawnieni do złożenia tylko jednej oferty decyzje co do treści i ceny oferty podejmować będą na skutek informacji powziętych w związku z wcześniej dokonanym otwarciem ofert częściowych na inne zadania. Takie zachowanie pozostawałoby w rażącej sprzeczności z zasadami zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Wskazał, że zarzut dotyczący wyznaczenia trzech różnych terminów składania ofert częściowych jest bezzasadny.

Zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, w związku z czym może dla każdej części (zadania) ustalić różne warunki udziału w postępowaniu, jak również określić odmienne terminy składania i otwarcia ofert. Dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych jest uprawnieniem zamawiającego wynikającym wprost z art. 83 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z uwagi na fakt, że poszczególne części (zadania) nie muszą być tożsame, zamawiający może ustalić warunki udziału w postępowaniu i terminy składania ofert w sposób adekwatny dla każdej części.

Odwołujący nadinterpretuje postanowienie art. 52 oraz art. 36 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z przepisów tych nie wynika, że zamawiający, w przypadku dopuszczenia składania ofert częściowych, może wyznaczyć tylko jeden termin składania ofert. Art. 52 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje minimalne terminy, jakie zamawiający może wyznaczyć na składanie ofert. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wyznaczył terminy składania ofert zgodnie z postanowieniem art. 52 w zw. z art. 83 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do twierdzeń odwołującego związanych z udziałem w postępowaniu wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, to bez względu na to, czy jest jeden termin składania ofert, czy terminy te są różne, wykonawcy należący do tej samej grupy kapitałowej, którzy niezależnie od siebie złożyli wnioski na osobne zadania, mogą na etapie składania ofert złożyć oferty, każda na swoje zadanie. Zamawiający natomiast, zgodnie z wyrokiem KIO 2338/14, zarówno w przypadku złożenia ofert na tę samą część zamówienia, jak i odrębne części tego zamówienia, podda ich oferty weryfikacji pod

względem tego, czy istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. W powołanym wyroku Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że do zachwiania konkurencji w tym postępowaniu dojdzie automatycznie – w każdym przypadku złożenia odrębnych ofert przez wykonawców z jednej grupy kapitałowej.

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.

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.

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

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu dotyczącego wskazania przez zamawiającego trzech terminów składania ofert odwołujący powołał się na przepisy art. 52, art. 7 ust. 1 i art. art. 83 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 52 ustawy stanowi, że:

„1. Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający wyznacza termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty, z tym że termin ten nie może być krótszy niż 7 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert dla dostaw lub usług i nie krótszy niż 14 dni dla robót budowlanych.

2. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania ofert nie może być krótszy niż 40 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert.

3. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, a informacja o zamówieniu została zawarta we wstępnym ogłoszeniu informacyjnym, o ile wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane w tym ogłoszeniu, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, i zostało wysłane do publikacji Urzędowi

Publikacji Unii Europejskiej lub zamieszczone w profilu nabywcy na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 22 dni.

4. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 oraz jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia, zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert nie krótszy niż 10 dni.

5. Zamawiający może wyznaczyć termin, o którym mowa w ust. 2, krótszy o 5 dni, jeżeli udostępnia specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej nie później niż od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej do upływu terminu składania ofert.”

Zgodnie z art. art. 83 ust. 2 zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.

Natomiast art. 7 wskazuje, że:

„1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

2. Czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.”

Odwołujący przywołał art. 52 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak i inne przepisy odnoszące się do terminu składania ofert, wskazując, że posługują się one określeniem „termin składania ofert” w liczbie pojedynczej, co oznacza, że ustawodawca nie przewidywał, aby w jednym postępowaniu można było wyznaczyć więcej niż jeden termin składania ofert.

Wskazał też na przepis art. 45 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych („Jeżeli zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych lub udziela zamówienia w częściach, określa kwotę wadium dla każdej z części. Przepis ust. 4 stosuje się odpowiednio.”) oraz art. 93 ust. 2 („Jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do unieważnienia w części postępowania o udzielenie zamówienia przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio.”) dla podkreślenia, że tam, gdzie ustawodawca przewiduje odrębne regulacje dla ofert częściowych, wskazuje to w przepisie.

Izba nie podziela jednak takiej opinii w sprawie interpretacji przepisów dotyczących terminu składania ofert.

Rzeczywiście, tworząc przepisy, ustawodawca w niektórych przypadkach posługuje się liczbą pojedynczą, w innych mnogą – jest to jednak kwestia pewnej przyjętej konwencji językowej odnoszącej się głównie do najczęściej statystycznie występujących sytuacji. Nie

oznacza to jednak, że w danej sytuacji faktycznej nie może zaistnieć potrzeba, aby poszczególne przepisy odnieść do sytuacji jednego wykonawcy, jednej oferty itd., choć wskazanie przepisu dotyczy ich większej liczby albo na odwrót – wielu wykonawców czy ofert, pomimo użycia w przepisie liczby pojedynczej. Np.:

1. art. 94 ust. 1: „Zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie...” – w ramach jednego postępowania zamawiający może zawrzeć kilka umów i to nie tylko przy ofertach częściowych, i każdej z tych umów przepis dotyczy;

2. art. 92 ust. 1 „Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o...” czy art. 91 1 „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia” – zamawiający w jednym postępowaniu może wybrać więcej niż jedną ofertę i do każdej z nich przepis ten odnosi się w równej mierze; jeśli zaś została złożona tylko jedna oferta, zawiadamia tylko jednego wykonawcę;

3. art. 89 ust. 1 „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli...” – zamawiający może odrzucić ofertę częściowo (dla danej części zamówienia), jeśli dopuszcza składanie ofert częściowych. Nie wynika to wprost z przepisów, a w praktyce nie budzi wątpliwości;

4. Z kolei art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w ramach jednej jednostki redakcyjnej posługuje się jednocześnie i liczbą mnogą, i pojedynczą „wykonawcy/wykonawca”: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty...”

Każdy z tych przepisów jest jednocześnie przykładem na to, że – choć jest oczywiste, że odnosi się je odpowiednio do ofert częściowych – ustawodawca w ich treści wcale na to nie wskazuje, np. poprzez stwierdzenie „jeżeli zamawiający dopuścił możliwość składania ofert częściowych, do odrzucenia oferty częściowej przepis ust. 1 stosuje się odpowiednio”.

Z kolei wskazanie w art. 45 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych na ofertę częściową jest bezpośrednio związane z odniesieniem się w ust. 4 tego artykułu do wartości zamówienia i sposobów jego obliczania opisanych w art. 32-34 ustawy Prawo zamówień publicznych, m.in. wliczaniem do wartości zamówienia zamówień uzupełniających, sumowaniu wartości różnych postępowań czy odnoszeniu się do długookresowej wartości usług czy dostaw. Jego cel jest więc inny.

Z kolei art. 93 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych został wprowadzony w celu rozwiązania konfliktów, które czasem na tym tle powstawały, ale nie jest częścią kompleksowej regulacji kwestii ofert częściowych.

Z drugiej strony, w ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma żadnych przepisów wskazujących na to, że ustalanie różnych terminów składania ofert jest zakazane – jakkolwiek jest to bardzo rzadka praktyka zamawiających. W związku zaś z tym, że oferty częściowe są pod różnymi względami traktowane jako osobne oferty, trudno też wskazać na jakieś przeszkody faktyczne, które by to uniemożliwiały. I jakkolwiek można wyrażać wątpliwości, czy takie działanie zamawiającego w danych okolicznościach jest sensowne czy dla niego korzystne, nie jest to równoznaczne z naruszeniem przez niego przepisów (chyba że w danej sytuacji faktycznej rzeczywiście będzie to naruszało zasady uczciwej konkurencji, co jest jednak każdorazowo badane indywidualnie).

Co do naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w efekcie wyznaczenia różnych terminów składania ofert – w istniejącym w postępowaniu stanie faktycznym Izba takiego naruszenia nie stwierdziła.

Zdaniem Izby dla oceny stanu faktycznego szczególnie istotne są trzy okoliczności:

1. to, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego – zatem oferty może złożyć tylko określone z góry grono wykonawców,
2. każdy z wykonawców/wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może złożyć ofertę tylko na jedną część zamówienia – w chwili obecnej nie wiadomo, który z wykonawców złoży ofertę na którą z części,
3. liczba złożonych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – z informacji przekazanej przez zamawiającego wynika, że oferty może złożyć 22 wykonawców/wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z czego 10 wykonawców/wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia należy do 4 różnych grup kapitałowych.

Te okoliczności (ograniczona liczba oferentów i ograniczenie części, na które można złożyć ofertę) mogłyby powodować, że w niektórych stanach faktycznych taka sytuacja mogłaby prowadzić do nieuzasadnionego uprzywilejowania niektórych wykonawców i przy tym być skrajnie niekorzystna dla zamawiającego. Działyby się tak w przypadku, gdyby – przy niewielkiej liczbie wniosków – na pierwszą i/lub drugą część zamówienia oferty złożyła większość wykonawców – wtedy mogłoby się okazać, że na część trzecią albo drugą i trzecią ofertę może złożyć już jedynie jeden wykonawca (albo na każdą z nich jeden wykonawca), a zatem, nie obawiając się innych oferentów, może on dość swobodnie kształtować poziom ceny ofert. W sytuacji jednak, gdy na jedną część statystycznie przypada 7 możliwych ofert, jest to mało prawdopodobne i potencjalnie w każdym z trzech terminów składania ofert może zostać złożonych kilka ofert.

Po wykluczeniu powyższej możliwości, trudno uznać, by któryś z wykonawców był z powodu wyznaczenia trzech terminów składania ofert uprzywilejowany lub dyskryminowany,

a sytuacja samych wykonawców nie różni się od sytuacji, w której byłby jeden termin na składanie ofert we wszystkich częściach.

Wykonawcy nadal bowiem „z góry” muszą zdecydować się, na którą część zamówienia złożą ofertę. Nawet to, że poznają oferentów w innych częściach – wobec dużej liczby kandydatów – nie zmienia faktu, że będą musieli liczyć się z konkurencją także w częściach, w których składanie ofert nastąpi później. Także możliwość zapoznania się z ofertami innych wykonawców we wcześniejszych częściach nie wpływa na sytuację innych wykonawców – każda część ma inny zakres zamówienia oraz innych oferentów, a poza tym z doświadczenia wynika, że wykonawcy wzajemnie śledzą oferowane przez siebie ceny we wszystkich kolejnych postępowaniach. Dla każdej części oferty przygotowywane i badane są osobno i jedna część nie ma wpływu na drugą. W momencie składania ofert wykonawcy nie muszą też wcale znać wyniku postępowania w części wcześniejszej.

Nie zmienia to też sytuacji wykonawców w zakresie środków ochrony prawnej – choć w tym przypadku w przepisach również nie odniesiono się do ofert częściowych, to co do zasady wykonawcy mają interes we wnoszeniu odwołań tylko co do części, w której złożyli ofertę.

Izba nie podziela też stanowiska odwołującego, że wykonawcę części kolejnej miałby uprzywilejowywać fakt, że inny członek grupy kapitałowej mógłby wygrać inną z części zamówienia – tylko z samej tej przyczyny.

Z treści odwołania można wnosić, że istotą zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji jest tak naprawdę nie to, że zamawiający wyznaczył trzy terminy składania ofert, lecz to, że zamawiający dopuścił do składania ofert wykonawców należących do grup kapitałowych, w związku z tym dwie z grup mogłyby potencjalnie złożyć oferty na trzy części, a dwie na dwie części. Jednak nie jest to przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie i zostało rozstrzygnięte w wyroku o sygn. KIO 2338/14.

Co do zarzutu naruszenia art. 83 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to ze względu na jego brzmienie: „zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny” w niniejszym stanie faktycznym zamawiający w sposób oczywisty nie mógł go naruszyć.

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. 2 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: