

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 26 czerwca 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Artur Szmigiel**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 26 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 4 czerwca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BKW Usługi Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzeźnej, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorlicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **ZABED Spółka Akcyjna we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. Odrzuca odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BKW Usługi Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzeźnej, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorlicach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BKW Usługi Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzeźnej, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorlicach** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BKW Usługi Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzeźnej, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Spółka z**

**ograniczoną odpowiedzialnością w Gorlicach** na rzecz **Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiące koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejsze postanowienie, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na całoroczne utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w latach 2018 – 2022 w podziale na 5 części, część 2 obejmująca całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych województwa małopolskiego w zakresie części nr 2, obejmującej utrzymanie dróg krajowych Rejonu Nowy Sącz.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 4 czerwca 2018 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BKW Usługi Komunalne Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Brzeznej, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gorlicach (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechania czynności zamawiającego, którym zarzucili się niezgodność z przepisami ustawy P.z.p:

1. Prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,

2. wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD SA z siedzibą we Wrocławiu,

3. uznanie przez Zamawiającego, że część oferty wykonawcy ZaberD S.A. stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa,

4. zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego Wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, który:

1) nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,

2) wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu

5. zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty Wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, która:

1) została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu

2) zawiera rażąco niską cenę

3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

6. zaniechanie wyboru oferty Odwołujących jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu

W ocenie odwołujących, zamawiający w przedmiotowym postępowaniu naruszył:

1) art 7 ust 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez odmowę i utrudnianie odwołującym dostępu do dokumentów z uzupełnienia oferty Wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu,

2) Art. 7 ust 1 i 3 ustawy pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy P.z.p., poprzez niedochowanie przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, który to wybór zmierza do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

3) art 8 ust 1 13 ustawy P.z.p. w zw. z art 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na uznaniu przez zamawiającego, iż dokumenty złożone przez wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD SA z siedzibą we Wrocławiu na wezwanie z dnia 26 kwietnia 2018 stanowią "tajemnicę przedsiębiorstwa" w ujęciu art 11 ust 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w sytuacji gdy nie nastąpiło łączne spełnienie przesłanek z tej normy,

4) Art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art.. 22 ust 1b pkt 3 w zw. z art. 22d ust 1 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 ustawy P.z.p. polegające na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu pomimo, iż ten składając dokumenty na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy P.z.p. ponownie nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w Tomie I Rozdziale 1 pkt 7.2.2,a s.i.w.z.;

5) Art. 24 ust 1 pkt 16 w zw. z art. 22d ust 1 i art. 7 ust 1 i 3 ustawy P.z.p. polegający na zaniechaniu wykluczenia z postępowania Wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A, z siedzibą we Wrocławiu, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, iż spełnia warunek z pkt 7.2.2a SIWZ, co doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,

Alternatywnie:

art. 24 ust 1 pkt 17 w zw. z w zw. z art. 22d ust 1 art. 7 ust 1 i 3 ustawy P.z.p. polegający na zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A, z siedzibą we Wrocławiu, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd dotyczące spełniania warunku z pkt 7.2.2a SIWZ, mające istotny wpływ na decyzje podejmowane przez GDDKiA O/Kraków, co doprowadziło do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,

6) art. 7 w zw. z art. 90 ust 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, która zawiera rażąco niską cenę,

7) art. 7 w zw, z art. 90 ust 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 i art 15 ust 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, która stanowi czyn nieuczciwej konkurencji

8) art. 7 w zw. z art. 91 ust 1 ustawy P.z.p. polegający na:

a) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, która powinna zostać odrzucona i nie powinna podlegać ocenie, tymczasem została oceniona w sposób niezgodny z przepisami prawa oraz niezgodnie z treścią Specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia,

b) zaniechanie wyboru oferty odwołujących jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu

Odwołujący zażądali:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3) wykluczenia wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu

4) odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu

5) wezwanie odwołujących na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy P.z.p. do złożenia wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy i wybór oferty odwołujących jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy P.z.p. z powodu nieprzedłożenia zamawiającemu wraz z kopią odwołania dowodów, które mają istotne znaczenie dla treści zarzutów zawartych w odwołaniu, w tym w szczególności opinii niezależnego rzeczoznawcy kosztorysowego mgr inż. A. I., w oparciu o którą odwołujący konstruuje i uzasadniają zasadniczą część twierdzeń podniesionych w odwołaniu.

#### **Mając na uwadze powyższe Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy P.z.p., z uwagi na fakt, że odwołujący nie przekazali kopii odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do jego złożenia.

Odwołujący w dniu 4 czerwca 2018 r. wnieśli odwołanie do Prezesa KIO, załączając do przedmiotowego odwołania 8 załączników, w tym wskazaną jako załącznik nr 6 umowę nr R-2/26-420-02/12, załącznik nr 7 – referencje wystawione przez GDDKiA Oddział opole z dnia 29.03.2018 r. nr O.OpZ-1.1.4201.11.2018.A.N., załącznik nr 8 – opinię niezależnego wykonawcy kosztorysowego mgr inż. A. I. .

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 czerwca 2018 roku wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy P.z.p. z powodu nieprzedłożenia zamawiającemu wraz z kopią odwołania dowodów, które mają istotne znaczenie dla treści zarzutów zawartych w odwołaniu, w tym w szczególności opinii niezależnego rzeczoznawcy kosztorysowego mgr inż. A. I., w oparciu o którą odwołujący konstruuje i uzasadnia zasadniczą część twierdzeń podniesionych w odwołaniu. Wniosek ten został przez zamawiającego podtrzymany w ustnym oświadczeniu złożonym na posiedzeniu.

Na podstawie akt postępowania odwoławczego i oświadczeń stron Izba ustaliła, że kopia odwołania bez załączników została zamawiającemu doręczona drogą elektroniczną w dniu 4 czerwca 2018 roku o godz. 17.57.

Załączniki do odwołania zostały wysłane również drogą elektroniczną w tym samym dniu, niemniej jednak zamawiający oświadczył, że załączników tych nie otrzymał.

Odwołujący nie wykazał, że zamawiający otrzymał i potwierdził otrzymanie załączników do odwołania.

Izba wskazuje, że wykazanie doręczenia zamawiającemu kopii odwołania drogą elektroniczną za pomocą potwierdzenia wysłania wiadomości elektronicznej z systemu odwołującego nie jest wystarczające w sytuacji, gdy zamawiający podnosi, że korespondencji tej nie otrzymał. Sąd Najwyższy – Izba Cywilna postanowieniem z dnia 10 grudnia 2003 r., sygn. akt V CZ 127/03 uznał, iż oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane *on line* zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych. Samo wyjście wiadomości z serwera nadawcy nie jest zatem równoznaczne z tym, że została ona przyjęta przez serwer odbiorcy. Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z dnia 17 kwietnia 2013 roku sygn. akt KIO 750/13 stwierdziła, iż „odwołująca się poprzez złożenie wydruku z korespondencji mailowej wykazała jedynie, że taka informacja została wysłana z należącego do niej adresu mailowego. Nie jest to równoznaczne z odebraniem kopii odwołania przez serwer zamawiającego. Odwołująca się

nie przedłożyła raportu potwierdzającego przekazanie rzeczowej wiadomości, a – w ocenie Izby – to na niej ciążył obowiązek udowodnienia faktu odebrania maila przez zamawiającego. W interesie odwołującej się było uzyskanie takiego potwierdzenia poprzez – przykładowo – takie ustawienie parametrów poczty, aby można było takie potwierdzenie wygenerować, względnie – poprzez uzyskanie takiego potwierdzenia bezpośrednio od zamawiającego za pomocą innych przekazańników”.

W tym stanie rzeczy, jak słusznie podniósł zamawiający, stwierdzić należy, iż odwołujący nie przesłali zamawiającemu pełnej treści odwołania. Jeżeli odwołujący dołączyli do odwołania załączniki mające merytoryczne znaczenie dla sprawy, powinni byli je przekazać zamawiającemu razem z kopią odwołania. Pod pojęciem „treści odwołania” należy rozumieć bowiem ogół informacji na temat istotnych dla rozstrzygnięcia odwołania okoliczności faktycznych i prawnych, podawanych przez odwołujących, odnoszących się do stawianych zarzutów i podawanych na ich poparcie. Informacje te wcale nie muszą być podawane w samym piśmie stanowiącym odwołanie, ale również mogą być sformułowane w postaci odrębnych dokumentów/dowodów załączanych do odwołania. Istotne jest, aby zamawiający przez otrzymanie kopii odwołania uzyskał wszystkie informacje odnoszące się do jego meritum, pozwalające na ocenę zasadności jego zarzutów i twierdzeń. Jest to związane z instytucją uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Zamawiający może w pełni ocenić zasadność odwołania i zdecydować o jego uwzględnieniu tylko wówczas, gdy będzie posiadał wszystkie tego typu informacje.

Analogiczne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 11 kwietnia 2013 roku sygn. akt XIX Ga 179/13 stwierdzając, iż w świetle obowiązujących przepisów konieczne jest przekazanie wraz z kopią odwołania tych załączników, które są niezbędne do merytorycznego ustosunkowania się zamawiającego do zarzutów.

Reasumując, należy uznać, że w niniejszym stanie faktycznym złożenie niepełnej treści odwołania, na którą to treść składały się także załączniki mające merytoryczne znaczenie dla podniesionych zarzutów, oznacza, że odwołujący nie przekazali zamawiającemu kopii odwołania, co skutkuje koniecznością jego odrzucenia zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy P.z.p..

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p. oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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 z późn. zm.) stosownie do jego wyniku.

**Przewodniczący:** .....