

WYROK
z dnia 10 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Aneta Mlącka

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **30 grudnia 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **11 grudnia 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D..... Ś....., Al. Boh. Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, ul. J. Lompy 19, 40-038 Katowice**, przy udziale

- 1) **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego [1] BUDO-MAX” Spółka Jawna, Al. Wojska Polskiego 124, 42-207 Częstochowa (pełnomocnik), [2] Przedsiębiorstwo „KONCEPT” P..... S....., Częstochowa, [3] Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MONTER” G..... W....., Częstochowa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- 2) **wykonawcy M..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M..... K..... Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Import Export „KORMAR”, ul. Oleska 280, 42-161 Starokrzepice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D..... Ś....., Al. Boh. Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa** i nakazuje:

zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D..... Ś....., Al. Boh. Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 i 984) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2848/13

U z a s a d n i e

Zamawiający Komenda Wojewódzka Policji w Katowicach, ul. J. Lompy 19, 40-038 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zaprojektowanie i wybudowanie w ramach zadania inwestycyjnego pn. „Nadbudowa i rozbudowa siedziby Komedy Miejskiej Policji w Dąbrowie Górniczej przy ul. Piłsudskiego 11”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18.09.2013 r. pod nrem 2013/S 181-311586.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 i 984) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 06.12.2013 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] BUDO-MAX” Spółka Jawna, Al. Wojska Polskiego 124, 42-207 Częstochowa (pełnomocnik), [2] Przedsiębiorstwo „KONCEPT” P..... S.....a Częstochowa, [3] Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MONTER” G..... W....., Częstochowa;
- 2) wykluczeniu wykonawcy „Częstobud” D..... Ś....., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 5 i o odrzuceniu oferty tego wykonawcy, gdyż zamawiający uznał, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Wykonawca „Częstobud” D..... Ś....., Al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 11.12.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie na czynność:

- 1) wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D..... Ś.....;
- 2) uznania, że **odwołujący** nie złożył listy wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej i wyjaśnień dotyczących powiązań, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5

Pzp, istniejących między przedsiębiorcami, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki wykluczenia wykonawcy;

- 3) wezwanie odwołującego do uzupełnienia oferty o listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** przez wykluczenie z postępowania odwołującego oraz odrzucenie oferty odwołującego, a w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu **art. 2 pkt 5 Pzp**;
- 2) **art. 24b ust. 3 Pzp** w związku z **art. 26 ust. 2d Pzp** uznając, że odwołujący nie złożył wyjaśnień i listy wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, co w konsekwencji stanowiło podstawę do wykluczenia odwołującego zgodnie z **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp** związku z uznaniem, że należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów odwołujący złożył ofertę i nie wykazał, że złożenie oferty nie ma wpływu na zachwianie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 3) **art. 26 ust. 3 Pzp** przez wezwanie odwołującego do uzupełnienia oferty o listę podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej i wyjaśnienie wykazujące jednoznacznie, że istniejące między podmiotami wskazanymi w liście powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu, unieważnienia czynności wykluczenia **odwołującego** z postępowania oraz unieważnianie czynności odrzucenia jego oferty;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez **odwołującego**;
- 4) powołanie w charakterze świadka pana M..... J..... na okoliczność, że 21.11.2013 r. złożył jedynie ofertę **odwołującego**;
- 5) zobowiązanie zamawiającego do dostarczenia na rozprawę nagrania z monitoringu z 21.11.2013 r. obejmującego zdarzenia z godz. 12 na okoliczność, czy oferta **odwołującego** i wykonawcy Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” G..... S..... zostały złożone przez jedną osobę;

6) zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego wg faktury przedstawionej na rozprawie.

Argumentacja odwołującego

Czynności zamawiającego [wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty] zostały dokonane z naruszeniem prawa gdyż:

1. Zamawiający w sposób sprzeczny z przepisami prawa wezwał **odwołującego** do uzupełnienia oferty na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** w zakresie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, oraz wyjaśnień wskazujących, że nie doszło do zachwiania zasad uczciwej konkurencji; odwołujący w treści formularza oferty złożył stosowne oświadczenie następującej treści: „Oświadczam, że nie należę do grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów”.

Podstawą wezwania odwołującego, było stwierdzenie, że wykonawca „Częstobud” jest współwłaścicielem spółki cywilnej Materiały Budowlane DOMBUD S.C. oraz spółki cywilnej Galeria Płytek „LUX-DOM” S.C. Tym samym zamawiający uznał, że: cyt. »zachodzi przesłanka określona w **rozdz. III pkt 3.2. lit. e specyfikacji** istotnych warunków zamówienia [zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia] tj. przejęcie kontroli w zakresie prawa do całego lub części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego). Spółka cywilna, jako umowa łącząca podmioty będące odrębnymi przedsiębiorcami, nie posiada własnego, wyodrębnionego majątku. Każdy składnik majątkowy należy do poszczególnych wspólników. Tym samym należy uznać, że tworząc spółkę cywilną wraz z wykonawcą „Częstobud” przejmują kontrolę nad mieniem tego wykonawcy w zakresie prowadzonej wspólnie działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej«.

Uzupełniając ofertę na wezwanie zamawiającego w zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących grupy kapitałowej, odwołujący przedstawił swoje stanowisko. Tym niemniej odwołujący zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp** kwestionuje wezwanie w ww. zakresie. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów i konsekwentnie wykluczenie na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp** są bezzasadne, gdyż odwołujący nie jest współwłaścicielem spółki cywilnej. Spółkę cywilną z uwagi na fakt, że jest to spółka osobowa tworzą osoby fizyczne. W świetle prawa spółka cywilna nie jest osobą prawną ani przedsiębiorcą. Przedsiębiorcami są wspólnicy spółki cywilnej.

Zgodnie z **art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów** przez grupę kapitałową rozumieć należy wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę.

Przy spółce cywilnej nie ma możliwości wyodrębnienia przedsiębiorcy dominującego i zależnego – chyba, że co innego można wywieść z postanowień umowy spółki cywilnej. Grupa kapitałowa obejmuje, zgodnie z **art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**, wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani bezpośrednio lub pośrednio przez przedsiębiorcę, a więc pozostających wobec siebie w stosunku dominacji i zależności.

Zgodnie z **art. 4 pkt 4 lit. e ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**, na którego przesłanki powołuje się zamawiający, „przez przejęcie kontroli rozumie się wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności [...] prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego)”.

Z istoty spółki cywilnej nie można wywieść, że w jakikolwiek sposób może dojść do powstania stosunku zależności między wspólnikami, czy też kontroli jednego ze wspólników przez drugiego, bowiem istotą spółki jest wspólne działanie celem osiągnięcia wspólnych celów podejmowanych tylko w ramach spółki. Działania podejmowane w ramach odrębnych działalności gospodarczych osób fizycznych będących wspólnikami spółki są inne niż podejmowanie w ramach spółki, a zatem nie można mówić o jakiegokolwiek grupie kapitałowej.

Niezasadne jest również stwierdzenie odnoszące się do prawa do majątku jednego wspólnika względem majątku drugiego wspólnika. Działania spółki nakierowane są bowiem na podejmowanie realizacji tego samego wspólnego celu, a nie realizacji swoich partykularnych celów przez pojedynczych wspólników. Ponadto w spółce każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki, tym samym zarówno prowadzenie spraw spółki, jak i kwestie związane z reprezentacją nie wskazują na możliwość powstania stosunku zależności lub dominacji. W konsekwencji tego wspólnicy spółki cywilnej nie mogą podlegać kwalifikacji jako członkowie grupy kapitałowej na gruncie **ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**.

W postępowaniu oferty złożyli dwaj niezależni, autonomiczni wykonawcy: [1] przedsiębiorca D..... Ś..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D..... Ś..... i [2] przedsiębiorca G..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” G..... S.....

Nie jest wykonawcą w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i nie składała w rozpoznawanym postępowaniu oferty żadna ze spółek cywilnych wskazywanych przez zamawiającego.

Przepis **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp** jest jednoznaczny i zobowiązuje do badania przez zamawiającego zależności pomiędzy wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu.

Badanie zależności pomiędzy wykonawcami przez pryzmat podmiotów, które nie złożyły ofert w postępowaniu jest sprzeczne z brzmieniem **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp**.

Odwołujący słusznie w wyjaśnieniach podtrzymał swoje oświadczenie znajdujące się w ofercie od samego początku, że nie należy do grupy kapitałowej i nie uzupełnił dokumentów żądanych przez zamawiającego, bowiem w tych okolicznościach faktycznych żądanie dokumentów jest sprzeczne z prawem.

2. Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania w sposób sprzeczny z **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp**, wskazując jednocześnie, że podstawą do takiego działania był brak uzupełnienia oferty o wyjaśnienia oraz listę, o której mowa w **art. 26 ust. 2d Pzp (art. 24b ust. 3 Pzp)**.

Odwołujący nie należy do grupy kapitałowej w rozumieniu **ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**.

W związku z tym zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**.

3. Zamawiający z naruszeniem **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** odrzucił ofertę odwołującego uznając, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający stwierdzając zaistnienie czynu nieuczciwej konkurencji i dokonując oceny ofert oparł swoje stanowisko na trzech wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej tj. wyroku z:

- 1) 2 lipca 2012 r., sygn. akt. KIO 1287/12;
- 2) 15 stycznia 2013 r., sygn. akt. KIO 2865/12;
- 3) 20 marca 2013 r., sygn. akt. KIO 517/13.

Analizując stan faktyczny tych orzeczeń odwołujący wskazał, na odmiennosc stanów faktycznych ocenianych przez orzekające w nich składy i argumentacji zamawiającego mającą rzekomo przemawiać za istnieniem czynu nieuczciwej konkurencji w rozpoznawanym postępowaniu.

Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdził, że zaistniała zмова przetargowa pomiędzy dwoma wykonawcami tj. odwołującym oraz wykonawcą Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” G..... S....., gdyż:

1. Pomiedzy wykonawcami istnieją powiazania gospodarcze wskazujące na grupę kapitałową. Zarzut ten jest bezzasadny, bo wykonawcy nie należą do grupy kapitałowej.

Odwołującego i wykonawcy Zakład Remontowo-Budowany „ULBUD” G..... S..... nie łączą jakiegokolwiek powiązania gospodarcze. Tym samym brak podstaw do wykluczenia w oparciu o **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp**, skutkuje to bezprawnością odrzucenia oferty.

2. Zdaniem zamawiającego oferty złożono w tym samym czasie 21.11.2013 r. o 12:00, co oznacza, że złożyła je ta sama osoba. Twierdzenie zamawiającego jest nieprawdziwe, ofertę odwołującego złożył osobiście pracownik wykonawcy pan M..... J..... Składał jedynie ofertę odwołującego.

Na dowód odwołujący wnosi o powołanie dowodu z zeznań świadka pana M..... J.....

3. Kolejnym zarzutem zamawiającego jest „dysponowanie różnymi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (w ramach wykazu osób)”. Zamawiający bezzasadnie stwierdza, że jest to zmiana postępowania w stosunku do innych postępowań prowadzonych przez tego samego zamawiającego.

Zamawiający jest zobowiązany do udowodnienia zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty, a nie powoływać się na inne postępowania prowadzone przez zamawiającego. Zamawiający nie stawia zarzutu w odniesieniu do treści oferty w zakresie wykazu osób, skutkujących wykluczeniem z postępowania. Jediną okolicznością wynikającą z przepisów prawa, w której zamawiający mógłby badać prawidłowość złożonej oferty przez pryzmat innych postępowań jest wykluczenie w związku z brzmieniem **art. 24 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp**. Tak więc stanowisko zamawiającego nie znajduje oparcia w przepisach prawa.

4. Zdaniem zamawiającego na istnienie „z umowy przetargowej” wskazuje „brak dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami tj. wykazu osób”.

Brak dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie może rodzić jakichkolwiek negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Prawo do konwalidowania treści oferty w tym zakresie wynika z obowiązku zamawiającego wezwania wykonawcy do uzupełnienia oferty (**art. 26 ust. 3 Pzp**). Wynika to z brzmienia samego przepisu jak również z ugruntowanego orzecznictwa KIO.

Tak m.in. Wyrok KIO z 10 stycznia 2013 r., KIO 2889/12: »Zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp** zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp** lub którzy nie złożyli pełnomocnictw albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp**, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i

dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Powyższy przepis ustanawia obligatoryjną dla zamawiającego procedurę, na co jednoznacznie wskazuje stanowcze sformułowanie „wzywa”, a brak jej zastosowania możliwy jest wyłącznie w przypadkach nim przewidzianych, tj. gdy mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wezwanie w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp** leży zatem poza sferą dyspozytywną zamawiającego«. Tak więc stawianie zarzutu braku dołączenia do oferty wykazu osób i wywodzenie z tego „zmowy przetargowej” jest wnioskiem absolutnie nieuzasadnionym, nieuprawnionym i pozbawionym sensu. Oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w związku z tym, uzupełnienie w sposób prawidłowy dokumentów niezbędnych do oceny spełniania warunków jest naturalnym zabezpieczeniem interesu każdego wykonawcy mającego realne szanse na uzyskanie zamówienia publicznego. Równie dobrze zamawiający może twierdzić, że podstawą takiego działania była obawa przed utratą wadium. Jednakże fakty pozostają niezmiennie, że oferta odwołującego spełnia warunki udziału w postępowaniu, a stanowisko zamawiającego leży jedynie w sferze przypuszczeń.

5. Kolejną przesłanką skutkującą odrzuceniem oferty odwołującego jest „uzupełnienie oferty w terminie”. Argument ten jest bezzasadny. Nie można czynić zarzutu z tego, że odwołujący działa na wezwanie i dokonuje uzupełnienie oferty w terminach narzuconych przez zamawiającego.

Odwołujący stwierdza, że wbrew twierdzeniom zamawiającego nie zaistniała żadna okoliczność faktyczna, z której zamawiający wywodzi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**. Zamawiający oparł swoje przeświadczenie na twierdzeniu, że odwołujący i wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” Grzegorz Stolarski tworzą grupę kapitałową, a tym samym rzekome powiązania doprowadziły do wniosków, które przedstawia zamawiający w części dotyczącej odrzucenia oferty.

Podstawy odrzucenia oferty i wykluczenia wykonawców muszą wynikać z postępowania, w którym te czynności są podejmowane. Próba stworzenia uzasadnienia do odrzucenia oferty na podstawie innych postępowań stoi w sprzeczności z naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych określoną w **art. 7 Pzp**.

Ponadto zamawiający opierając swoją decyzję na indywidualnych orzeczeniach w konkretnych sprawach, cytuje w informacji o odrzuceniu ogólny pogląd KIO definiujący czyn nieuczciwej konkurencji. Pogląd ten został przytoczony dla zobrazowania istnienia czynu nieuczciwej konkurencji, ale w sytuacji, gdy ofertę złożyły dwa podmioty, gdzie ta sama

osoba była właścicielem firmy składającej ofertę oraz członkiem zarządu, uprawnionym do jednoosobowej reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, który podpisał ofertę w imieniu tej spółki.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że skoro ta sama osoba podpisuje obie oferty to bez wątpienia posiada wiedzę o zakresie i cenach obu ofert, co wskazuje na okoliczności przewidziane w **art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**. Żadna z tych okoliczności nie ma miejsca rozpoznawanym postępowaniu.

Kolejne orzeczenie, które stanowiło podstawę do podjęcia decyzji o stwierdzeniu czynu nieuczciwej konkurencji, to orzeczenie z 20 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 517/13), w którym stan faktyczny leżący u podstaw stwierdzenia przez Izbę zaistnienia czynu nieuczciwej konkurencji wynikał z pokrewieństwa i powinowactwa pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorcami (rodzeństwo i małżonkowie), ponadto faktycznego złożenia ofert przez tę samą osobę, identycznego wyglądu ofert i identycznego pisma w obu ofertach. Żadna z tych okoliczności nie ma miejsca w rozpoznawanym postępowaniu.

Kolejne orzeczenie przywoływane przez zamawiającego to wyrok KIO z 15 stycznia 2013 r. (sygn. akt. KIO 2865/12), w którym Izba oceniając stan faktyczny stwierdziła współdziałanie wykonawców na etapie przygotowania i składania ofert – powiązania kapitałowe pomiędzy podmiotami, ta sama siedziba firm, ten sam numer faksu, identyczne błędy w formularzu ofertowym i kosztorysach, identyczność cen jednostkowych. Żadna z tych okoliczności nie ma miejsca w odniesieniu do rozpoznawanego postępowania.

Skoro w przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą jakiegokolwiek okoliczności mogące wskazać, że mogło dojść do zмовы przetargowej, w tym w szczególności z uwagi na fakt, że oferta odwołującego jest ofertą pełną i najkorzystniejszą, to działania zamawiającego należy uznać na naruszenie interesu wykonawcy.

Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę. Zdaniem odwołującego czynności stanowiące podstawę do wniesienia odwołania zostały dokonane z naruszeniem ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, tym samym odwołujący posiada interes w rozumieniu **art. 179 ust. 1 Pzp** we wnoszeniu odwołania.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **11.12.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **12.12.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

16.12.2013 r. (poniedziałek) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] BUDO-MAX” Spółka Jawna, Al. Wojska Polskiego 124, 42-207**

Częstochowa (pełnomocnik), [2] Przedsiębiorstwo „KONCEPT” P..... S.....

Częstochowa, [3] Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MONTER” G..... W.....

Częstochowa złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

16.12.2013 r. (poniedziałek) wykonawca M..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą M..... K..... Zakład Produkcyjno-Usługowo-Handlowy Import Export „KORMAR”, ul. Oleska 280, 42-161 Starokrzepice złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **23.12.2013 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp) wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odwołujący wniósł pismo **27.12.2013 r.** Odwołujący podtrzymał zarzuty wniesione w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** przez wykluczenie z postępowania odwołującego oraz odrzucenie oferty odwołującego, a w konsekwencji dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu **art. 2 pkt 5 Pzp** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi kilka postępowań w zasadzie jednocześnie na podobne przedmioty zamówienia – **zaprojektowanie i wybudowanie nowych powierzchni siedzib miejskich komend policji w kilku miejscowościach**. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zamawiający prowadząc postępowanie nie może ograniczać się tylko do jednego postępowania i dokumentów z nim związanych oraz nie brać pod uwagę informacji czy wiadomości uzyskanych w trakcie innych postępowań czy swojej wiedzy ogólnej bądź swojego doświadczenia życiowego. Zamawiający badając oferty musi brać pod uwagę wszystkie okoliczności, a zwłaszcza wiedzę posiadaną przez członków komisji.

W związku z tym, analizując szereg prowadzonych przez siebie postępowań, zamawiający zauważył prawidłowość i u zamawiającego zrodziło się podejrzenie naruszenia uczciwej konkurencji przez parę wykonawców z jednej miejscowości, którzy składali oferty we wszystkich postępowaniach.

Oddzielne rozpatrując postępowania można dojść do wniosku, że nic niewłaściwego nie było w tych ofertach, ich składaniu i zachowaniu wykonawców.

Oferty były składane w zasadzie równocześnie i być może przez jedną osobę. Jednak nie jest to nigdzie zakazane, aby wykonawcy składali oferty razem czy nawet żeby znali swoje oferty – to na podstawie art. 86 ust. 1 Pzp zamawiający jest obowiązany do zapewnienia warunków przyjmowania i przechowywania ofert, aby z ofertami złożonymi u zamawiającego nie mógł się nikt zapoznać do upływu terminu otwarcia ofert. Przepis art. 86 ust. 1 Pzp brzmi: „Z zawartością ofert nie można zapoznać się przed upływem terminu otwarcia ofert”. Jednak przepis nie nakazuje samemu wykonawcy specjalnie zabezpieczać treści oferty. To raczej w interesie wykonawcy jest, aby deklaracje zawarte w ofercie nie były wiadome dla osób postronnych i innych wykonawców aż do czasu oficjalnego otwarcia ofert. Dlatego przepis art. 86 ust. 1 Pzp nakłada na zamawiającego obowiązek takiego zorganizowania przyjmowania i przechowywania ofert, aby z zawartością ofert nie można się było zapoznać przed upływem terminu otwarcia ofert.

Również nie jest zabronione, aby wglądu do ofert – po upływie terminu otwarcia ofert – dokonywał jeden przedstawiciel w imieniu kilku wykonawców. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdził, że nie ma potrzeby powoływania świadka na fakt indywidualnego czy wspólnego składania ofert bądź dokonywania wglądu do ofert w imieniu własnym, swojego pracodawcy czy innego podmiotu.

Ponadto skład orzekający Izby stwierdza, że we wszystkich ośmiu postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego para wykonawców z jednego miasta (**odwołujący** i wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” G..... S.....) składali oferty w jednym terminie co do minuty, podobnie wyjaśnienia czy innego rodzaju odpowiedzi, nawet gdy jeden z nich nie był o to proszony, co wskazuje na bliższe współdziałanie wykonawców, ale przez same te fakty mogłoby to jeszcze nie powodować naruszenia konkurencji.

Jednak istotne było, gdy w ośmiu prowadzonych w zasadzie jednocześnie postępowaniach zamawiający zauważył, że para wykonawców postępuje z ofertami w ten sposób, że gdy w rankingu ofert wykonawcy ci zajmowali dwie pierwsze pozycje, to wykonawca z tańszą ofertą (zajmujący pierwsze miejsce w rankingu) powodował, że jego oferta zostawała odrzucona, chociaż bez żadnych innych konsekwencji; postępowanie dotyczące obiektu w Zawierciu – tańszy wykonawca nie złożył wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i postępowanie dotyczące obiektu w Gliwicach – tańszy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W związku z takimi działaniami pary wykonawców zamawiający uznał, że w składaniu tych ofert nie było przypadkowych czy niemających znaczenia schematów działania, ale ich składanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zgodnie z **art. 89 pkt 3 Pzp** zamawiający odrzucił te oferty. Przepis **art. 89 pkt 3 Pzp** brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Natomiast przepisy **art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693, Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206, z 2009 r. Nr 201, poz. 1540) stanowi: „Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”.

W rozpoznawanym przypadku działanie odwołującego, działającego w parze z drugim wykonawcą, mogło wpłynąć na konieczność zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył mniej korzystną ofertę. W związku z tym skład orzekający Izby stwierdza, że odwołanie nie może być uwzględnione, gdyż odwołujący w wielu postępowaniach postępował według podobnego schematu. Podobny schemat mógł zostać zastosowany w rozpoznawanym postępowaniu, a zgodnie z przytoczonym **art. 89 pkt 3 Pzp** istotny jest moment składania ofert, a nie późniejsze działanie, które w rozpoznawanym postępowaniu nie przystaje do dotychczasowego trybu postępowania pary wykonawców i działanie to może wydawać się działaniem niestanowiącym czynu nieuczciwej konkurencji, jeżeli brać pod uwagę tylko i wyłącznie pojedyncze zdarzenia bez ich wiązań ze sobą oraz bez brania pod uwagę wszystkich zdarzeń z pokrewnych postępowań. Skład orzekający Izby podkreśla, że

zamawiający ma obowiązek wykorzystywać wiedzę dotyczącą wszystkich elementów tego konkretnego postępowania, ale i innych postępowań, całej swojej wiedzy (wiedzy członków komisji przetargowej) i swojego życiowego doświadczenia.

Skład orzekający Izby musi dodać, że ze względu na brak powtarzalności zachowań takich par wykonawców przed jednym zamawiającym (zwykle zamawiający prowadzą jedno, dwa podobne postępowania, a nie osiem jak w rozpoznawanym przypadku) bardzo ciężko zamawiającym poznać, że dana para wykonawców złożyła oferty, których złożenia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Dodatkowo skład orzekający Izby podkreśla, że przepis **art. 3 ust. 2 in initio ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** stanowi, cyt.: „Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: [...]”, czyli przepis ten nie jest zamkniętym katalogiem czynów, a jedynie przykładowym wskazaniem czynów, które należy konkretyzować zależnie od zaistniałych w danej sytuacji okoliczności. Podobnie stanowi wyrok KIO z 2 lipca 2012 r., sygn. akt. KIO 1287/12, mimo odmiennego stanu faktycznego. Podobnie Sąd Najwyższy stwierdził w wyroku z 9 sierpnia 2006 r. (sygn. akt III SK 6/06), cyt. „przedstawienie bezpośredniego dowodu na zaistnienie porozumienia ograniczającego konkurencję jest praktycznie niemożliwe”. Dlatego Izba może uznać, że dowód nie jest niezbędny, jeśli z okoliczności sprawy wynika, że gdyby nie współdziałanie pary wykonawców to wykonawcy ci zachowywaliby się inaczej. Przede wszystkim wykonawcy robiliby wszystko, aby utrzymać swoje oferty w postępowaniu i doprowadziliby do wyboru swojej oferty.

W rozpoznawanym postępowaniu – ze względu na rzadko spotykane prowadzenie tak wielu podobnych postępowań w tym samym czasie przez tego samego zamawiającego – można było zaobserwować stypizowane postępowanie pary wykonawców współpracujących ze sobą bez zachowania uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający zasadnie odrzucił oferty pary wykonawców na podstawie **art. 89 pkt 3 Pzp** i z tego względu skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 24b ust. 3 Pzp** w związku z **art. 26 ust. 2d Pzp** uznając, że odwołujący nie złożył wyjaśnień i listy wykonawców należących do tej samej grupy kapitałowej, co w konsekwencji stanowiło podstawę do wykluczenia odwołującego zgodnie z **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp** związku z uznaniem, że należąc do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów odwołujący złożył ofertę i nie wykazał, że złożenie oferty nie ma wpływu na zachwanie uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zarzut naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp** przez wezwanie odwołującego do uzupełnienia oferty o listę podmiotów należących do tej samej

grupy kapitałowej i wyjaśnienie wykazujące jednoznacznie, że (istniejące między podmiotami wskazanymi w liście) powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – zasługują na uwzględnienie, jednak ze względu na brak wpływu naruszeń tych przepisów na wynik postępowania, Izba nie uwzględnia odwołania. Wynika to z przepisu **art. 192 ust. 2 Pzp**, który brzmi: „Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

W trakcie przeprowadzania postępowania zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** w zakresie listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej oraz wyjaśnień wskazujących, że nie doszło do zachwiania zasad uczciwej konkurencji, mimo że odwołujący w treści formularza oferty złożył oświadczenie o treści: „Oświadczam, że nie należę do grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów”.

Podstawą wezwania wystosowanego przez zamawiającego do odwołującego było stwierdzenie, że odwołujący wraz z drugim wykonawcą, który złożył ofertę w postępowaniu są współwłaścicielami spółki cywilnej Materiały Budowlane DOMBUD S.C. oraz spółki cywilnej Galeria Płytek „LUX-DOM” S.C. Tym samym zamawiający uznał, że: cyt. »zachodzi [...] przejęcie kontroli w zakresie prawa do całego lub części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego)«.

Odwołujący zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp** kwestionuje wezwanie do uzupełnienia dokumentów w ww. zakresie i konsekwentnie wykluczenie odwołującego na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp**. Czynności te zdaniem odwołującego są bezzasadne, gdyż odwołujący nie jest współwłaścicielem spółki cywilnej. Spółkę cywilną z uwagi na fakt, że jest to spółka osobowa tworzą osoby fizyczne. W świetle prawa spółka cywilna nie jest osobą prawną ani przedsiębiorcą. Przedsiębiorcami są wspólnicy spółki cywilnej.

Zgodnie z **art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331, Nr 99, poz. 660, Nr 171, poz. 1206, z 2008 r. Nr 157, poz. 976, Nr 223, poz. 1458, Nr 227, poz. 1505, z 2009 r. Nr 18, poz. 97, Nr 157, poz. 1241, z 2011 r. Nr 34, poz. 173)** przez grupę kapitałową rozumieć należy wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Przepis ten brzmi: „Ilekroć w ustawie jest mowa o [...] grupie kapitałowej – rozumie się przez to wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę”.

Ponadto odwołujący twierdzi, że przy spółce cywilnej nie ma możliwości wyodrębnienia przedsiębiorcy dominującego i zależnego – chyba, że co innego można wywieść z

postanowień umowy spółki cywilnej. Grupa kapitałowa obejmuje, zgodnie z **art. 4 pkt 14 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**, wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani bezpośrednio lub pośrednio przez przedsiębiorcę, a więc pozostających wobec siebie w stosunku dominacji i zależności.

Art. 4 pkt 4 lit. e ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, na którego przesłanki powołuje się zamawiający, brzmi: „Ilekcroć w ustawie jest mowa o [...] przejęciu kontroli – rozumie się przez to wszelkie formy bezpośredniego lub pośredniego uzyskania przez przedsiębiorcę uprawnień, które osobno albo łącznie, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców; uprawnienia takie tworzą w szczególności [...] prawo do całego albo do części mienia innego przedsiębiorcy (przedsiębiorcy zależnego)”.

Odwołujący twierdzi, że z istoty spółki cywilnej nie można wywieść, że w jakikolwiek sposób może dojść do powstania stosunku zależności między wspólnikami, czy też kontroli jednego ze wspólników przez drugiego, bowiem istotą spółki jest wspólne działanie celem osiągnięcia wspólnych celów podejmowanych tylko w ramach spółki. Działania podejmowane w ramach odrębnych działalności gospodarczych osób fizycznych będących wspólnikami spółki są inne niż podejmowanie w ramach spółki, a zatem nie można mówić o jakiegokolwiek grupie kapitałowej.

Zdaniem odwołującego niezasadne jest również stwierdzenie zamawiającego odnoszące się do prawa do majątku jednego wspólnika względem majątku drugiego wspólnika. Działania spółki nakierowane są bowiem na podejmowanie realizacji tego samego wspólnego celu, a nie realizacji swoich partykularnych celów przez pojedynczych wspólników. Ponadto w spółce każdy wspólnik jest uprawniony i zobowiązany do prowadzenia spraw spółki, tym samym zarówno prowadzenie spraw spółki, jak i kwestie związane z reprezentacją nie wskazują na możliwość powstania stosunku zależności lub dominacji. W konsekwencji tego wspólnicy spółki cywilnej nie mogą podlegać kwalifikacji jako członkowie grupy kapitałowej na gruncie **ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**.

W postępowaniu oferty złożyli dwaj niezależni, autonomiczni wykonawcy: [1] przedsiębiorca D..... Ś..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane „Częstobud” D..... Ś..... i [2] przedsiębiorca G..... S..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „ULBUD” G..... S.....

Ponadto nie jest wykonawcą w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i nie składała w rozpoznawanym postępowaniu oferty żadna ze spółek cywilnych wskazywanych przez zamawiającego.

Przepis **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp** jest jednoznaczny i zobowiązuje do badania przez zamawiającego zależności pomiędzy wykonawcami, którzy złożyli odrębne oferty w tym samym postępowaniu. Przepis **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp** brzmi: „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 [...], 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”.

W rozpoznawanym postępowaniu badanie zależności między wykonawcami przez pryzmat podmiotów, które nie złożyły ofert w postępowaniu jest sprzeczne z brzmieniem **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp**.

Odwołujący słusznie w wyjaśnieniach podtrzymał swoje oświadczenie znajdujące się w ofercie od samego początku, że nie należy do grupy kapitałowej i nie uzupełnił dokumentów żądanych przez zamawiającego, bowiem w tych okolicznościach faktycznych żądanie dokumentów jest sprzeczne z prawem.

2. Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania w sposób sprzeczny z **art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp**, wskazując jednocześnie, że podstawą do takiego działania był brak uzupełnienia oferty o wyjaśnienia oraz listy, o której mowa w **art. 26 ust. 2d Pzp (art. 24b ust. 3 Pzp)**.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie wykazał, że odwołujący należy do grupy kapitałowej w rozumieniu **ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**.

W związku z tym zamawiający niezasadnie wykluczył odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**.

Jednak wykluczenie odwołującego ze względu na brak wpływu tych naruszeń przepisów na wynik postępowania, nie może być podstawą do uwzględnienia odwołania przez Izbę, gdyż zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – naruszył **art. 24 ust. 2 pkt 5, art. 24b ust. 3 Pzp, art. 26 ust. 2d, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** jednak naruszenie to nie miało wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....