

**Sygn. akt: KIO 1507/19**

**WYROK**

z dnia 14 sierpnia 2019 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 13 sierpnia 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2019 r. **przez odwołującego:** Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica

**przy udziale przystępującego:** Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. ul. Księcia Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor (Lider Konsorcjum) oraz P.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa P.W. ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica (Członek Konsorcjum) **po stronie zamawiającego**

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert celem wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty przystępującego po stronie zamawiającego.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. ul. Księcia Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor (Lider Konsorcjum) oraz P.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa P.W. ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica (Członek Konsorcjum)
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica tytułem wpisu od odwołania
- 2.2. zasądza od Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. ul. Księcia Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor (Lider Konsorcjum) oraz P.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa P.W. ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica (Członek Konsorcjum) kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Legnicy.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na usługę w ramach zadania pn. „Oczyszczanie miasta” o nadanym numerze referencyjnym przez zamawiającego: DT-P/17/2018.

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17.10.2018r. pod numerem 2018/S 200-455677.

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018r. poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą pzp” zostało wniesione odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy pzp czynności oraz zaniechania czynności zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwa Usługowo-Produkcyjnego i Handlowego „COM-D” Sp. z o. o. - Lider konsorcjum i Firmy Handlowo Usługowej P.W. - Partner konsorcjum zwanych dalej „konsorcjum”,
2. zaniechaniu odrzucenia oferty konsorcjum pomimo upływu terminu związania ofertą,
3. prowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.
4. zaniechaniu udostępnienia odwołującemu załączników do protokołu postępowania, tj. dokumentów potwierdzających termin wniesienia wadium przez konsorcjum.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu, iż podejmując bądź dokonując zaniechania ww. czynności naruszył w szczególności następujące przepisy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp przez wybór oferty, która podlega odrzuceniu, ponieważ konsorcjum nie wyraziło zgody na przedłużenie terminu związania ofertą,
2. art. 96 ust. 3 ustawy pzp poprzez nie udostępnienie odwołującemu na jego wniosek do wglądu załączników do protokołu postępowania, tj. dokumentów potwierdzających termin wniesienia wadium przez konsorcjum,
3. art. 7 ust. 1 ustawy pzp przez wybór oferty z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, ponieważ wybrana oferta jest ofertą dumpingową.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum,

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty złożonej przez konsorcjum czy jego wykonawcy pozostają związani ofertą oraz czy dokonali wpłaty wadium przed upływem terminu składania ofert a w konsekwencji nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez w/w wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp a w przypadku gdy wadium nie zostało wniesione w terminie również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp,

3) obciążenie zamawiającego kosztami niniejszego postępowania.

Odwołujący wnosząc odwołanie i wykazując interes do wniesienia odwołania od czynności zamawiającego w postaci wyboru oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej w toku postępowania o udzielenie niniejszego zamówienia publicznego podniósł następujące okoliczności i przedstawił argumentację jak poniżej.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy pzp interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, w związku z czym może on ponieść szkodę.

Odwołujący wykazał spełnienie wymogów formalnych do wniesienia odwołania.

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy pzp jest uprawniony do zaskarżenia niezgodnej z przepisami ustawy pzp czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy pzp.

Odwołanie złożono z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1) ustawy pzp, tj. w terminie 10 dni od dnia przesłania Informacji- rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Informacja o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została przesłana do odwołującego za pośrednictwem poczty elektronicznej w dniu 23.07.2019r. Tym samym termin na wniesienie odwołania upływa w dniu 02.08.2019r. i w tym dniu niniejsze odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Kopia odwołania wraz z załącznikami została przekazana zamawiającemu w dniu 02.08.2019r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy pzp, w formie elektronicznej (e-mail).

Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł został załączony do niniejszego odwołania.

Odwołujący następująco uzasadnił wniesione odwołanie.

1. Co do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp.

Artykuł 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp przewiduje odrzucenie oferty w przypadku, gdy wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2 ustawy pzp, na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepis ten odsyła do art. 85 ust. 2 ustawy pzp, który wyraźnie stanowi, że wykonawca może, tak na wniosek zamawiającego, jak i samodzielnie, przedłużyć termin związania ofertą. Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych (Informator Urzędu Zamówień Publicznych lipiec-wrzesień 2017r.) nieprzedłużenie terminu związania ofertą w obu przypadkach, o których mowa powyżej (samodzielnie i w odpowiedzi na wniosek zamawiającego) jest równoznaczne z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp, co jest tożsame z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu i sprawia, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zdaniem Prezesa UZP, na gruncie zamówień publicznych nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byliby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam, gdzie jest to przewidziane) a niektórzy z wykonawców nie byliby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców a w konsekwencji naruszałoby podstawową zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp. Artykuł 85 ust. 2 ustawy pzp przewiduje ograniczenie do jednokrotnego przedłużenia terminu związania ofertą do 60 dni wyłącznie dla zamawiającego. W związku z tym wykonawca może złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą więcej niż jednokrotnie, nadto również o większą liczbę dni. Oznacza to, iż wykonawcy, gdy są zainteresowani pozyskaniem zamówienia, mają instrument, z którego mogą i z którego powinni korzystać w celu utrzymania stanu związania ofertą w sytuacji przedłużającego się postępowania. Ponadto związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 14 ust 1 ustawy pzp w sprawach nieuregulowanych w Prawie Zamówień Publicznych stosuje się przepisy ustawy kodeks cywilny, natomiast art. 66 § 1 kodeksu cywilnego stanowi, że związanie oferta jest konieczne dla uznania istnienia oferty, w przeciwnym wypadku oferta wygasa. Powyższe stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza m. in. w wyroku KIO 2097/17 z dnia 23.10.2017r.: „Takie rozumienie tego przepisu pozwala na takie samo traktowanie wykonawców, którzy nie są związani ofertą i pozwala na odrzucenie ofert, którymi wykonawcy nie są związani. Tym samym umożliwia dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert, którymi wykonawcy są związani a w razie braku takich

ofert umożliwia unieważnienie postępowania. W ocenie Izby nie powinno się różnicować ofert w zależności od tego czy brak przedłużenia związania nią przez wykonawcę wynika z braku jego akceptacji (zgody) uczestniczenia w przedłużającym się postępowaniu na wystąpienie zamawiającego czy na skutek własnej oceny postępowania. W ocenie Izby należy, zatem przyjąć, że odesłanie przepisie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp do zgody, o której mowa art. 85 ust. 2, oznacza intencje ustawodawcy, aby termin „zgoda” rozumieć jako zgoda wykonawcy na to co wynika z żądania zamawiającego. jak również na to. co wynika z dokonanej przez wykonawcę oceny stanu, w jakim aktualnie znajduje się postępowanie i własnych możliwości czy potrzeb z tym związanych. W konsekwencji przepis art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy, jeśli cel jego wprowadzenia miałby być osiągnięty, winien znaleźć zastosowanie również do oferty, która wykonawca nie jest związany, bo np. tak jak w przedmiotowym przypadku, do wyczerpania przez zamawiającego uprawnienia do jednokrotnego wezwania wykonawców w tym zakresie, z własnej inicjatywy nie złożył oświadczenia w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą. Inaczej, należałoby akceptować sytuację, w której w danym postępowaniu, w pierwszej fazie występują oferty którymi wszyscy wykonawcy są związani, a w kolejnej np. po wyczerpaniu przez zamawiającego możliwości do jednokrotnego wezwania wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą, występują jednocześnie oferty, którymi wykonawcy są związani i takie, którymi wykonawcy nie są związani, co by oznaczało sprzeczne z ustawą przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców."

Zgodnie z obliczeniami dokonany przez odwołującego na podstawie kopii pism złożonych przez konsorcjum i udostępnionych odwołującemu przez zamawiającego termin związania ofertą złożoną przez w/w Konsorcjum upłynął w dniu 21.07.2019r. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bieg terminu związania ofertą trzykrotnie ulegał zawieszeniu w związku z toczącymi się postępowaniami przed Krajową Izbą Odwoławczą (I.22.01.2019r.- 1.02.2019r., II.11.04.2019r.-30.04.2019r. oraz 14.06.2019r.-04.07.2019r.). Konsorcjum firm natomiast trzykrotnie przedłużało termin związania ofertą pismami, które zamawiający otrzymał w dniach: 13.02.2019r. (przedłużenie terminu o 60 dni), 17.04.2019r (przedłużenie terminu do 31.05.2019r., tj. o 37 dni zgodnie z obliczeniami odwołującego) oraz 21.05.2019r. (przedłużenie terminu do 30.06.2019r., tj. o 10 dni zgodnie z obliczeniami odwołującego). Podkreślić należy, że konsorcjum w dwóch pismach wskazało konkretną datę, do której przedłuża termin związania ofertą zamiast ilości dni, o które przedłuża termin związania ofertą, dodatkowo składając te pisma w momencie gdy bieg terminu związania ofertą pozostawał zawieszony, co skomplikowało obliczenia. Jednakże po dokonaniu obliczeń odwołujący stwierdził, iż termin związania oferta w/w konsorcjum firm upłynął w dniu 21.07.2019r. Natomiast zamawiający dokonał czynności wyboru oferty w/w wykonawcy w dniu 23.07.2019r. tj. po upływie terminu związania ofertą.

Mając na uwadze powyższe oferta konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp, ponieważ w/w wykonawcy nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

2. Naruszenie art. 96 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż do oferty konsorcjum został dołączony dowód dokonania w dniu 04.12.2018r. wpłaty wadium przez partnera konsorcjum, przy czym dokument ten został wydrukowany w dniu 04.12.2018r. o godz. 16.33. Mając na uwadze fakt, iż termin składania ofert upłynął w dniu 05.12.2018r. o godz. 09.30 a rachunki bankowe zamawiającego i partnera konsorcjum prowadzone są przez różne Banki, odwołujący powziął wątpliwości czy wadium zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący pismem z dnia 01.08.2019r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie do wglądu dokumentacji postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia (załączników do protokołu). Podczas wizyty u zamawiającego poprosił również o wgląd w dokumenty potwierdzające termin wniesienia wadium przez konsorcjum zamawiający odmówił udostępnienia do wglądu dokumentów, o których mowa powyżej. przy czym odwołujący nie uzyskał nawet ustnej informacji o tym kiedy wpłynęło wadium, ani o tym czy zamawiający w ogóle zbadał te kwestię.

Zamawiający z naruszeniem art. 96 ust. 3 ustawy pzp pozbawił odwołującego możliwości upewnienia się czy wadium zabezpieczające ofertę w/w Konsorcjum firm zostało wniesione w terminie. Termin wniesienia wadium jest kluczową kwestią, ponieważ sankcją za wniesienie wadium po upływie terminu składania ofert jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp.

Mając na uwadze powyższe odwołujący wnioskuje o udostępnienie do wglądu przedstawienie przez zamawiającego na rozprawie w KIO dokumentów potwierdzających termin wniesienia wadium przez konsorcjum. Natomiast w przypadku gdyby zamawiający nie dysponował w/w dokumentami, ponieważ nie zbadał przedmiotowej kwestii, to odwołujący wnioskuje o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty w/w Konsorcjum firm oraz nakazanie zamawiającemu zbadanie w/w oferty pod kątem zachowania terminu na wniesienie wadium.

Na posiedzeniu zamawiający i przystępujące konsorcjum przedłożyło dowody ( zamawiający wyciąg z rachunku bankowego z dnia 04.12.2018r. przelew sorbnet i przystępujące konsorcjum zaświadczenie PKO BP z dnia 07.08.2019 r.) poświadczające uznanie konta zamawiającego wpłaconym wadium w kwocie wymaganej to jest 25 .000,00zł. w dniu 04.12.19 o godz. 13.16.55 w sytuacji gdy otwarcie ofert nastąpiło w dniu 05.12.2019r. o godz.9.30.

W tym stanie rzeczy odwołujący na posiedzeniu cofnął zarzut z art.96 ust.3 ustawy pzp i żądanie nakazania udostępnienia akt postępowania, w zakresie wpłaty wadium przez konsorcjum.

3. Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy pzp.

Wybrana oferta złożona przez Konsorcjum jest ofertą dumpingową i stanowi około 1/4 ceny, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zadania. Podczas otwarcia ofert cena zadeklarowana przez zamawiającego wynosiła 4 200 000 złotych brutto, zaś cena oferty konsorcjum wynosiła 1 463 845,44 zł brutto.

W niniejszej sprawie zamawiający od otwarcia ofert w sposób niedokładny i mało wnikliwy oceniał złożone oferty a zwłaszcza ofertę w/w Konsorcjum. Oferta tego podmiotu w kwocie 1 463 845,44 zł na okres dwóch lat znacząco odbiega od kwoty szacunkowej ustalonej przez Zamawiającego, która wynosiła 4 200 000 zł. Zatem kwota zaoferowanego wynagrodzenia na 1 (jeden ) rok wynosi 731.922.72 zł., a na jeden miesiąc 60 993,56 złotych.

W tym miejscu należy podnieść okoliczność, iż za 11 miesięcy 2018r. konsorcjum za wykonanie tej usługi na rzecz zamawiającego otrzymała wynagrodzenie w łącznej kwocie 1 509 586,37 zł. Powyższa kwota jest potwierdzona przez zamawiającego w piśmie z dnia 14.12.2018 r. skierowanego do Prezydenta Miasta Legnicy. Z treści tego pisma wynika również, że kwota miesięcznego wynagrodzenia ryczałtowego za wykonywanie tej usługi wynosiła 101 997,45 zł, co za 12 miesięcy 2018r. dało łącznie kwotę 1 223 969,40 zł (dowód: załącznik nr 8 do odwołania).

Porównując kwotę wynagrodzenia za jeden rok, zaproponowaną w niniejszym przetargu, tj. 731.922.72 zł z kwotą otrzymanego wynagrodzenia ryczałtowego za rok 2018 w kwocie 1. 223.969,40 zł wskazać należy, że różnica między nimi jest o 492 046,68 zł tj. o 40,20 % niższa. Zatem Konsorcjum zaproponowało wynagrodzenie odpowiadające 59,79 % kwoty wynagrodzenia rocznego ryczałtowego otrzymanego za 2018r. Wprawdzie Zamawiający wielokrotnie zwracał się do Konsorcjum o wyjaśnienie przyczyn i podstaw do zaproponowania takiej kwoty, ale żadne z tych wyjaśnień, zarówno uczynione na etapie oceny ofert, ale jak również w postępowaniach przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie wykazały, że kwota zawarta w ofercie umożliwi wykonanie usługi na dostatecznym poziomie. Analiza wszystkich okoliczności występujących w niniejszej sprawie wskazują, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie pokrywa wszystkich kosztów i jest ceną dumpingową.

W tym miejscu należy podnieść, że Zamawiający zaniechał czynności polegającej na prawidłowej ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień. Zamawiający wybiórczo ograniczył się jedynie do niektórych kwestii. Między innymi ocenił ofertę w zakresie kosztów



zagospodarowania odpadów o kodzie 20 03 03. Zamawiający odrzucając ofertę Wykonawcy wprawdzie podnosił, iż koszty wskazane w ofercie są niewiarygodne, ale zaniechał dokładnego uzasadnienia tego stanowiska. Zamawiający zaniechał wyjaśnienia jakie są rzeczywiste koszty związane z zagospodarowaniem tego odpadu. Wykonawca podawał, że koszt zagospodarowania 1 Mg tego odpadu będzie wynosił przez czas wykonywania usługi 38 zł, co jest wręcz niewiarygodne. Zresztą Wykonawca sam nieświadomie potwierdził taki wniosek, przedkładając na posiedzeniu w KIO pisma od eko Bolesławiec Sp. z o.o. w Wojkowicach z dnia 16.04.2019r. i od D. G. - DAR-TRANS w Legnicy z dnia 17.04.2019r. Z przedłożonych przez te podmioty ofert wynika jednoznacznie, że koszt zagospodarowania 1Mg tego odpadu wynosić będzie co najmniej 90 zł, biorąc pod uwagę załadunek i transport tego odpadu z Legnicy do Lubina.

Ponadto Wykonawca nie udowodnił, że czynność polegająca na opróżnianiu koszy ulicznych będzie kosztowała mniej niż kwota 23.000 złotych. Wykonawca wprawdzie na etapie postępowań przed KIO wskazywał, że w trakcie 3 letniego wykonywania tej usługi dopracował się takiego usprawnienia, że pozwala to na zaoferowania niższej ceny aż o 50%, w sytuacji inne koszty (paliwo, części zamienne, OC, wynagrodzenie pracowników i inne) wzrosły ok. 20%. W ocenie odwołującego wykonawca nie wskazał żadnych obiektywnych okoliczności, które umożliwiałyby mu na złożenie oferty z taką ceną.

W tym względzie istotna jest zasada rozkładu ciężaru dowodu, o której mowa w art. 190 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. Ma to tym większe w okolicznościach niniejszej sprawy znaczenie, że zamawiający de facto pozbawił odwołującego prawa do skutecznej obrony swych praw, pozostawiając odwołującemu wyłącznie możliwość „domyślenia się” jakie okoliczności wykonawca wziął pod uwagę sporządzając kalkulację cenową oferty (por. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 stycznia 2019r. KIO 15/19).

W orzecznictwie Izby i sądów, a także w doktrynie ugruntowany jest pogląd, iż zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny tworzy domniemanie, że oferowana cena jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to przerzucenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co znajduje odzwierciedlenie w treści art. 90 ust. 2 Prawo zamówień publicznych. Z momentem wezwania, na wezwanym spoczywa ciężar wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Złożone wyjaśnienia muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające podaną w ofercie cenę. W zależności od stanu faktycznego danej sprawy, okoliczności, na jakich wykonawcą opiera swoją argumentację w przedmiocie zaoferowanej ceny, składając wyjaśnienia wykonawca powinien rozważyć przedstawienie zamawiającemu stosownych dowodów, a o ocenie

dostarczonych dowodów stanowi art. 90 ust. 3 ustawy Pzp (Wyrok KIO 2325/18). (...) W ocenie Izby, zaoferowanie ceny stanowiącej mniej niż połowę szacunkowej wartości zamówienia powinno zostać uzasadnione przez wykonawcę nie budzącymi wątpliwości okolicznościami. Artykuł 90 ust. 1a ustawy pzp daje wytyczną, że wątpliwości zamawiającego powinna wzbudzić cena niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. W ocenie Izby, poddana rzetelnej analizie powinna zostać cena skalkulowana poniżej połowy szacunków zamawiającego. Przy tym prawidłowość oszacowania zamówienia nie została przez wykonawców zakwestionowana.

Wskazać należy, że zamawiający nie dochował należytej staranności podczas wzywania konsorcjum do wyjaśnień w zakresie ceny oraz dokonywania oceny tych wyjaśnień, co rzutowało na rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiotowej kwestii.

Wykonawca przewidział wydatki na poziomie 1 463 845,44 zł brutto za względu na wiedzę historyczną, ponieważ w taki właśnie sposób określa się budżet. Kwota ta musiała zostać obliczona na podstawie poprzednich lat za zadanie Oczyszczanie Miasta, które przez okres 3 lat wykonywała firma konsorcjum i przeznaczyła wtedy na wykonanie zadania DT-P/15/2015 cenę zbliżoną do oferowanej przez odwołującego (zgodnie z załącznikiem nr 7 do odwołania). Ze względu na praktycznie tożsamą wartość zamówienia można założyć, że konsorcjum także posiadało zbliżoną cenę do odwołującego za 1 metr kwadratowy mechanicznego zmiatania jezdni wynoszącej około 0,0331 zł/m<sup>2</sup>. Z powodu braku udostępnienia informacji przez zamawiającego prawdziwym wydaje się założenie, że konsorcjum mogło mieć cenę na poziomie 0,030 zł/m<sup>2</sup>. Zastanawiającym jest więc, że przez okres 3 lat świadczenia usług na rzecz ZDM konsorcjum mogło obniżyć swoją cenę zmiatania o ponad połowę (obniżyć cenę do ok. 0,013 zł/m<sup>2</sup>).

O tym, że cena oferty została specjalnie zaniżona świadczy również fakt, że w czasie toczących się postępowań w KIO konsorcjum lub partner konsorcjum w odpowiedzi na zapytania ofertowe zamawiającego składało ceny znacznie wyższe niż zaproponowany ryczałt miesięczny wynoszący 60 993,56 zł brutto w postępowaniu przetargowym DT-P/17/2018. Wynosiły ono kolejno: styczeń 2019 - 109 686,40 zł brutto z dnia 21.12.2018 (aneksowany w dniu 06.02.2019 na 94 706,93 zł brutto), marzec 2019 - 61 361,88 zł brutto, kwiecień 2019 - 82 001,71 zł brutto, maj 2019- 60 460,00 zł brutto, lipiec 2019- 178 626,48 zł brutto.

W związku z powyższym na udowodnienie twierdzenia odwołujący przedłożył pismo Zarządu Dróg Miejskich w Legnicy (zamawiający) przedstawiające rozliczenia tego zadania (załącznik nr 8 do odwołania).

Ponadto Konsorcjum zastosowało ceny dumpingowe i nie rzeczywiste w porównaniu z poprzednimi latami wykonywania tożsamyh czynności. Warto mieć na uwadze fakt, że

zadanie DT-P/15/2015, którego rozstrzygnięcie przetargu miało miejsce 19.10.2015 zawierało 3 zadania tj. „Letnie Oczyszczanie Miasta”, „ Zimowe Utrzymanie Dróg” oraz „Utrzymanie zieleni” i w tym przetargu powyższe Konsorcjum miało cenę zbliżoną do odwołującego. Wykonywanie tak dużego przetargu pozwalało także na większą swobodę w wycenie zadania, ponieważ miało się zabezpieczenie w postaci dwóch innych zadań, które mogły pokryć straty na innym. W przypadku przystępowania do przetargu DT-P/17/2018 SIWZ do tego zadania był praktycznie tożsamy do SIWZ z DT-P/15/2015, dlatego nie można tutaj mówić o istotnych zmianach w SIWZ, które by wpływały tak znacząco na cenę zadania.

W dodatku patrząc na tendencję rynkowe i stale rosnące ceny paliwa, jak i zaostreniu praw związanych z gospodarką odpadami, błędnym będzie stwierdzenie, że wpłynęło na to korzystne warunki lokalne umożliwiające obniżenie ceny wykonywanego zadania o około 50%.

Rysunek 1 Średnie ceny paliwa od lat 2015 do 2019.

Źródło: <https://www.bankier.pl/sospodarka/wskazniki-makroekonomiczne/on-pol>

W wyroku Krajowej Izby Gospodarczej z dnia 30 kwietnia 2019 r. sygn. akt: KIO 664/19 na stronie 5 akapit 2 konsorcjum podaje średnie ilości zbierane z miasta Legnicy w tonażach średnio wynoszących 48,11 Mg, podpierając się tym samym fakturami od firmy Ekopartner z Lubina, na których wartości odpadów o kodzie 20 03 03 wahają się od 40,04 Mg do 46,12 Mg. Będąc tym samym wykonawcą „Zimowego Utrzymania Dróg” są oni świadomi jakie ilości soli z piaskiem są używane podczas tak zwanej Akcji Zima i sami nie dostrzegają braku logicznego związku pomiędzy deklarowanymi przez siebie danymi. Jasnym jest, że w miesiącach pozimowych powinny występować zwiększone ilości zbieranych odpadów relatywnie zależne od ilości wysypanej mieszanki w czasie zimy. Nadmienić warto, że Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy rozlicza się z Wykonawcą prowadzącym Akcję Zimę za przejechane kilometry oraz ilości wysypanej mieszanki piasku z solą. Łatwo więc udowodnić, że Konsorcjum musieli wysypywać na jezdnie kilkaset ton mieszanki soli z piaskiem w ciągu sezonu zimowego. Ten odpad zalega na jezdniach i musi zostać zebrany w miesiącach pozimowych, dlatego różnica powinna być na poziomie 100-150 ton w porównaniu z miesiącami letnimi, gdy jezdnie zostaną już doczyszczane. Z dokumentów przedstawionych przez Konsorcjum taka zależność nie wchodzi, świadcząc tym samym o nieprawidłowości wykonywania jednej z usług lub nienależytej staranności. Na ten zarzut nigdy nie została udzielona jednoznaczna odpowiedź, tym samym sygnalizując, że wykonawca w nieprawidłowy sposób rozliczał się z tonażu deponowanych odpadów o kodzie 20 03 03.

Warto także zaznaczyć że odwołujący wykonywał powyższe zadanie, a więc empirycznie mogła stwierdzić poniższe nieprawidłowości w założeniach przyjętych przez przywoływane Konsorcjum.

Deklarowane ilości zmiatania jezdni i wytwarzanie odpadu o kodzie 20 03 03 są znacząco zaniżone. W ubiegłym roku konsorcjum wykazało dokumentację przekazania odpadów do firmy Ekopartner w Lubinie w następujących wartościach:

Konsorcjum

Miesiąc, rok 2018 ilość odpadów 20 03 03

Styczeń 43,96

Luty 39,98

Marzec 44,14

Kwiecień 40,48

Maj 40,76

Czerwiec 42,30

Lipiec 44,12

Sierpień 43,96

Wrzesień 40,04

Odwołujący uzyskał zaś następujące tonaże z deponowania odpadu o kodzie 20 03 03. Nadmienić też trzeba, że nasze pojazdy wyposażone są w sprawny system GPS archiwizujący ich dane, zaś wagi odpadów na bieżąco są raportowane w Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Legnicy, nie ma więc mowy o możliwości wpłynięcia na ilość odpadów zbieranych z jezdni, ponieważ wszystkie nasze działania są w pełni transparentne i możliwe do udowodnienia.

Odwołujący

Miesiąc, rok 2019 Ilość odpadów 20 03 03

Luty (11 dni zmiatania) 159,44

Marzec 254,02

Kwiecień 124,52

Lipiec od 15.07 do 28,07 56,88

Wskazujemy także na nieprawidłowości w świadczeniu usługi Oczyszczania Miasta przez członka konsorcjum F.H.U. P.W. w postaci niedokładnego oczyszczania jezdni oraz poruszania się niesprawnym sprzętem. Powyższy wykonawca poruszał się niesprawną

zamiatarką z nieszczelnym systemem ssącym (udokumentowane fotograficznie). W wyniku niskiej jakości świadczenia usług, gdy Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. przystąpiło do oczyszczania jezdni, to zastało jezdnie o wysokim stopniu zabrudzenia, które na pewno nie podlegały czyszczeniu raz w tygodniu zgodnie z harmonogramem. Na dowód powyższych zarzutów pojazdy zamiatarek odwołującego wyposażono w system wideo-rejestrujący pokazujący stan jezdni przejeżdżających po poprzednim wykonawcy.

Dodatkowo dysponując zużyciem paliwa zamiatarek z oczyszczania miasta w miesiącu Luty, Marzec i Kwiecień odwołujący stwierdza, że Konsorcjum COM-D i F.H.U. P.W. błędnie założyli zużycie paliwa zamiatarki i wzięli do jej rozliczenia jedynie zabudowę zamiatarki Johnston VT651 pomijając przy tym spalanie podwozia zamiatarki. Jako, że odwołujący na swoim wyposażeniu posiada zamiatarkę jezdniową o takim samym typie zabudowy (Johnston VT651). Dane pochodzą z precyzyjnego systemu CAN oraz danych z systemu GPS (dowód: załącznik nr 13 do odwołania).

#### Odwołujący

M-c, r. 2019/Ilość zużytego paliwa dla jednego pojazdu/Dystans [km]/Przeliczenie 1/100 [km]

Luty (11 dni zamywania)	1060	1157,63	115,3
Marzec	1501	1304,90	115
Kwiecień	1220	1331,46	106
Lipiec od 15.07 do 28.07	427	480,75	132

Podane więc przez konsorcjum danych, o tym że ich zamiatarki zużywają 35 l/ 100 km jest wysoce wątpliwe i znacząco wpływa na rzeczywistą cenę wykonania zadania, ponieważ należy pamiętać, że powyższe ilości paliwa dotyczą wyłącznie jednej zamiatarki, a do zadania wymagana jest praca dwóch zamiatarek.

Dodatkowo przy współpracy z służbami weterynaryjnymi (Głównym Inspektorem Weterynaryjnym w mieście Legnica) pojawiły się wątpliwości co do odpowiedniego gospodarowania padłymi zwierzętami przez konsorcjum oraz obowiązku informacyjnym (np. o padłych dzikach, lisach lub innych dzikich zwierzętach objętych obowiązkiem badania). Odpowiednie postępowanie z padłą zwierzyną jest zadaniem bardzo poważnym, ponieważ ma się do czynienia z materiałem kategorii 1 stanowiącym zagrożenie dla ludzi i zwierząt. W wyniku naszej współpracy i sumiennym wykonywaniu obowiązków ciążących na odwołującym zaistniało przypuszczenie, że nie wszystkie zwierzęta były zgłaszane do służb weterynaryjnych.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że cena oferty Konsorcjum nie może pokryć wszystkich kosztów w przypadku należytego wykonywania zamówienia. Cena oferty została zaniżona przez w/w konsorcjum firm w celu pozyskania zamówienia, a wybór takiej oferty przez zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto nierówne traktowanie wykonawców przejawia się również w tym, że zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez w/w konsorcjum po upływie terminu związania ofertą (jak wykazano w pkt 1) i po upływie ważności wadium, natomiast Odwołujący pozostaje związany ofertą do dnia 02.10.2019r. a jego oferta jest zabezpieczona wadium.

#### 4. Podsumowanie.

Odwołujący reasumując, wyżej wskazane uchybienia zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu domaga się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez konsorcjum oraz powtórzenia czynności badania i oceny oferty w/w wykonawców a w konsekwencji dokonaniem czynności odrzucenia tej oferty.

Do postępowania odwoławczego skutecznie przystąpił wykonawca wybrany po stronie zamawiającego.

Zamawiający złożył oświadczenia i wyjaśnienia do protokołu.

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

Na posiedzeniu strony i przystępujący przedstawili następujące dokumenty na poparcie swoich stanowisk.

I tak odwołujący złożył w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty:

1. Wykaz z datą 13.08.2019r., zestawienie rozliczenia ogólnego zadania oczyszczania miasta Legnica, zleconego przez zamawiającego w latach 2016, 2017, 2018, 2019. I plik dokumentów potwierdzających wiarygodność zestawienia, a informacje do zestawienia uzyskane zostały od zamawiającego.
2. Raport z datą 12.08.2019r. wagowy z przeprowadzonych zadań oczyszczania miasta w okresie 05.08-11.08 2019r. przez LPGK obejmuje: zadanie nr 1 uprzątnięcie padłych zwierząt, zad. 2 mechaniczne oczyszczanie jezdni zgodnie z harmonogramem, Zad. 3

opróżnianie koszy ulicznych, zad 4 dodatkowe wykonanie robót na podstawie typowania prac.

3. Zestawienie wagowe przystępującego z zadania oczyszczania miasta do Ripok - eco partner Lubin, rok 2018, miesiące od stycznia do września; zestawienie wagowe odwołującego z oczyszczania miasta 2019, miesiące luty, marzec, kwiecień, lipiec, sierpień.
4. Odpady przekazane do Ripok Legnica przez firmę p. partnera konsorcjum.
5. Ceny konkurencyjne, pismo do odwołującego z SUEZ z 12.08.2019r, informacja GPK SUEZ Głogów, który podaje ceny na mechaniczne utrzymanie jezdni na poziomie 0,19 zł brutto na 1 m<sup>2</sup> oraz zapytanie w związku z udzieloną odpowiedzią odwołującego do SUEZ z 12.08.2019r.
6. Zdjęcie poświadczające, co do tożsamości, przez prezesa odwołującego przedstawiające sprzęt zamiataarka, będąca własnością przystępującego – niesprawny sprzęt.

Powyższe dowody – dokumenty odwołujący złożył na potwierdzenie charakteru dumpingowego złożonej oferty przez przystępującego, ponieważ z nich wynika, że ilości wykazanych odpadów przez przystępującego za poprzednie okresy są niewspółmiernie niskie do ilości odpadów w okresie świadczenia usługi tożsamej przez odwołującego w bieżącym roku, na podstawie zapytania ofertowego zamawiającego. Powyższe również zdaniem odwołującego świadczy o niskiej jakości świadczonych usług przez przystępującego. Ze złożonych dokumentów również wynika, na podstawie złożonych faktur przez przystępującego do zamawiającego za lata 2016 -2018 a nawet 2019 w ramach zapytania ofertowego zamawiającego, że przystępujący zaniżył wycenę złożonej aktualnie oferty zamawiającemu na lata 2019 - 2020r., pomimo wzrostu wszelkich czynników wpływających na wycenę zamówienia, w stosunku do otrzymywanego wynagrodzenia od zamawiającego w latach poprzednich. W tym miejscu należy nadmienić, że zamawiający w związku z nie rozstrzygniętym postępowaniem przetargowym zaplanowanym do realizacji od 1 stycznia 2019 roku realizuje oczyszczanie Miasta na podstawie zapytań ofertowych z których wynika, że przystępujący wycenia usługi wyżej niż to uczynił składając w miesiącu grudniu 2018 roku ofertę na przedmiotowe postępowanie.

Z kolei zamawiający na okoliczność złożenia w terminie wadium przez przystępującego złożył następujący dokument:

Wyciąg z rachunku bankowego zamawiającego potwierdzający, że wpłata w kwocie 25 000 zł stanowiąca wadium wpłynęła na rachunek zamawiającego dnia 04.12.2018r. to jest na dzień przed datą otwarcia ofert wyznaczoną na godz.09.30 dnia 05.12.2018 roku.

Zamawiający, w związku z podniesionym zarzutem odwołania co do braku oświadczenia co do związania ofertą przez konsorcjum/przystępujący po stronie zamawiającego na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty to jest na dzień 23 lipca 2019 roku, złożył pismo:

Zawiadomienie do Prokuratury Rejonowej w Legnicy z dnia 09.08.2019r. o możliwości popełnienia przestępstwa przez pracownika przystępującego w związku z tym, że w dn. 30.07.2019r. na emailu [przetargi@zdm.legnica.eu](mailto:przetargi@zdm.legnica.eu) pojawił się email od p. M.B. (pracownik przystępującego) z datą 10.05.2019r. godz. 10:12, z załącznikiem pismo lidera konsorcjum z dn. 10.05.2019 oświadczenie o przedłużeniu związania ofertą do 31.12.2019r. z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium, wniesionego w formie pieniężnej. Przy czym na e-mail widnieje napis „SMinolta C219073010170.PDF, co zdaniem dyrektora po konsultacji z jego informatykami oznacza, że email został przysłany w dacie 30.07.2019r.(190730), a nie jak w nagłówku data widnieje „data: 2019-05-10,10:12. Do załączonego pisma do Prokuratora Rejonowego w Legnicy oprócz treści przedmiotowego maila załączono również analizę informatyczną na ilości stron trzech, z której wynika, że czynność ta była możliwa na komputerze pracownika przystępującego.

Z oświadczenia zamawiającego wynika, że o „podejrzany charakterze” maila z dnia 10 maja 2019 roku i przedłużeniu związania ofertą do dnia 31 grudnia 2019 roku świadczy okoliczność, że w aktach zamawiającego znajduje się oświadczenie z dnia 17 maja 2019 roku o wydłużeniu terminu związania ofertą wraz z jednoczesnym przedłużeniem terminu ważności wadium do dnia 30 czerwca 2019 roku. Tym bardziej, że w praktyce po powiadomieniu mailowym, wykonawcy przesyłają potwierdzenie w formie pisemnej za przesyłką pocztową a takiego potwierdzenia e-maila z dnia 10 maja 2019 roku nie ma w księdze wpływu korespondencji. Ponadto faktycznie niniejszy mail został odczytany (data wpływu) w dniu 30 lipca 2019 roku mimo, że jego data nadania wskazuje na dzień 10 maja 2019 roku. Ponadto e-mail o przedłużeniu związania ofertą wpłynął następnego dnia (30 lipca 2019 roku) po przeglądaniu akt przez odwołującego (29 lipca 2019 roku) w siedzibie zamawiającego i stwierdzeniu, że oświadczenie o związaniu ofertą po stronie przystępującego wygasło z dniem 30 czerwca 2019 roku, według oświadczenia przystępującego z dnia 17 maja 2019 roku.



Przystępujący złożył oświadczenie PKO BP Oddział w Legnicy, z którego wynika, że wadium w kwocie 25 000,00zł. zostało przekazane na konto zamawiającego dnia 04.12.2018 o godz. 13:16:55 sekund.

Przystępujący, na pytanie Izby czy zna okoliczności, w jakich nastąpiło oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, oświadczył, że nikomu tu będących na sali nieznane są okoliczności przedłużenia terminu związania ofertą po 30.06.2019r. i również nie znają treści emaila, który przedstawił zamawiający, jak również nie znają pisma zamawiającego o zawiadomieniu o możliwości popełnienia przestępstwa, pisma złożonego 09.08.2019r (pismo z 05.08.2019). Natomiast potwierdzają, że P. M.B. jest pracownikiem przystępującego odpowiedzialnym za przetargi publiczne.

Z powyższego oświadczenia wynika, że przystępujący nie zaprzecza, że ostatnim znanym jemu oświadczeniem o związaniu ofertą jest oświadczenie z dnia 17 maja 2019 roku do dnia 30 czerwca 2019 roku a nie do dnia 31 grudnia 2019 roku jak to wynika z e-maila z dnia 10 maja 2019 roku, który wpłynął do zamawiającego w dniu 30 lipca 2019 roku (jeden dzień po stwierdzeniu odwołującego o braku przedłużenia terminu związania ofertą przystępującego w czasie przeglądania dokumentacji u zamawiającego).

Powyższe okoliczności Izba ustaliła na podstawie oświadczenia Prezesa odwołującego, „że jego pracownicy w dn. 29.07. byli w firmie zamawiającego przeglądali dokumentację i wykryli, że brak jest oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą po 30.06.2019r. Pracownicy pytali się przedstawicieli zamawiającego, którzy im udostępnili dokumentację, że brakuje pisma o przedłużeniu terminu związania ofertą i pracownicy próbowali szukać, ale nadaremnie. Ma informację od pracowników, że przedstawiciele zamawiającego szukali od razu w książce wpływu czy wpłynęło to pismo o przedłużeniu terminu związania ofertą i nie znaleziono dowodu rejestracji takiego pisma.

Wobec powyższych ustaleń na posiedzeniu zamawiający złożył do protokołu oświadczenie o uwzględnieniu odwołania.

W tym stanie rzeczy na pytanie Izby, przystępujący wniósł do protokołu sprzeciw co do uwzględnienia odwołania.

Na rozprawie odwołujący popierając odwołanie cofnął zarzut dotyczący nie wniesienia w terminie wadium, ponieważ to zostało wyczerpująco wyjaśnione przez złożenie dowodów zarówno przez zamawiającego, jak i przystępującego a zarzut ten wynikał z faktu nieudostępnienia dokumentów przez zamawiającego.

Również zamawiający popierając stanowisko odwołującego w związku z uwzględnieniem odwołania podniósł, że kwestię rozpoznania przez Izbę winny być zarzuty dotyczące przede

wszystkim terminu związania ofertą a jeśli chodzi o kwestie wadium to zarówno zamawiający, jak i przystępujący przedstawili dowody wskazujące na to, że wadium zostało wniesione we właściwym terminie, ponieważ kwota znajdowała się na godzinę otwarcia i dzień otwarcia ofert na koncie zamawiającego (dn.05.12.18 godz.9.30). Podobnie zamawiający ocenił kwestię zarzutu dotyczącego charakteru dumpingowego oferty przystępującego, ponieważ było to przedmiotem postępowania przed Izbą w sprawach o Sygn. akt KIO 109/19 i o Sygn. akt KIO 664/19.

Przystępujący przede wszystkim wnosił o nieuwzględnienie dowodu złożonego przez zamawiającego, bowiem są to okoliczności wskazane tylko i wyłącznie przez zamawiającego, a nie podlegały sprawdzeniu i przyznaniu im wiarygodności przez prokuraturę. Trudno dzisiaj orzec o skuteczności podniesionych zarzutów do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia czy to przez prokuraturę, czy dalej przez sąd o popełnieniu niedozwolonego czynu. Może to być działanie typu hackerskiego, wcale nie oznacza, że te czynność wykonał wskazany w emailu pracownik p. M.B. W tym miejscu oświadcza, że nie jest mu znana okoliczność, czy ten email był wysłany czy nie i kiedy był wysłany do zamawiającego. Również nie ma wiedzy czy załącznik do tego emaila, tj. pismo 10.05.2019 oświadczenie o przedłużeniu do 31.12.2019r. wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium w formie pieniężnej było wysłane zwykłą pocztą do zamawiającego.

Izba rozważając stanowisko stron i przystępującego przyjęła w poczet materiału dowodowego: zawiadomienie z dnia 05.08.2019 roku L.dz. DN/DT-P/300/2122/19 zamawiającego do Prokuratora Prokuratury Rejonowej w Legnicy wraz z załącznikami (w aktach sprawy) w tym załączoną opinię Maginet G. R. z dnia 31.07.2019 r. Z opinii tej wynika, że „e-mail który był załączony do weryfikacji był nadany 30.07.2019. Zawiera on w jednym z nagłówków datę majową – ale jest to nagłówek tworzony przez klienta pocztowego nadawcy. Nagłówki serwera wskazują datę 30.07.2019.” Na podstawie tej opinii jak i okoliczności wpływu e-maila do zamawiającego w dniu 30 lipca 2019 roku w zawiadomieniu do Prokuratora zamawiający wskazał między innymi „Jednym z bardzo ważnych dokumentów jest tzw. związanie ofertą (...) Brak takiego oświadczenia na dzień wyboru wykonawcy może skutkować odrzuceniem tych wykonawców, którzy nie wyrazili takiej zgody na piśmie. Umieszczenie w dniu 30 lipca 2019r. takiego dokumentu jak wyżej wskazany można uznać za próbę manipulowania wynikiem przetargu”.

Izba przyjmując w poczet materiału dowodowego zawiadomienie Prokuratury wraz z załącznikami, wbrew stanowisku przystępującego przede wszystkim ustaliła, na podstawie

jego wypowiedzi, że nie twierdzi on o związaniu jego oferty na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty to jest na dzień 23 lipca 2019 roku. Nie zna okoliczności e-maila i nie wskazuje o zabezpieczeniu oferty oświadczeniem aktualnym na dzień wyboru jego oferty (W tym miejscu oświadcza, że nie jest mu znana okoliczność, czy ten email był wysłany czy nie i kiedy był wysłany do zamawiającego. Również nie ma wiedzy czy załącznik do tego emaila, tj. pismo 10.05.2019 oświadczenie o przedłużeniu do 31.12.2019r. wraz z przedłużeniem okresu ważności wadium w formie pieniężnej było wysłane zwykłą pocztą do zamawiającego).

Izba nie przyjęła w poczet materiału dowodowego dowody złożone przez odwołującego od Nr 1 do Nr 6 (w aktach sprawy), jako bezprzedmiotowe do rozstrzygnięcia niniejszego odwołania a służące ustaleniu, że oferta ma charakter dumpingowy z przywołaniem art.7 ust.1 ustawy pzp, ponieważ w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny rozstrzygnięto w sprawach pod Sygn. akt 109/19 i Sygn. akt KIO 664/19.

Izba również nie zalicza w poczet materiału dowodowego zaświadczenia banku PKO BP złożonego przez przystępującego jak również wyciągu z konta bankowego przedłożonego przez zamawiającego, na okoliczność daty uznania konta bankowego zamawiającego. Z tych dokumentów wynikało, że konto zamawiającego to jest wpłata kwoty 25.000,00zł. na poczet wadium została uznana w dniu 04.12.2018 roku to jest przed wymaganą datą i godziną wyznaczoną na otwarcie ofert to jest na godz.09.30 dnia 05.12.2018 roku. Po dokonaniu bezspornym tych ustaleń na posiedzeniu Izby, odwołujący cofnął zarzut co do wpłaty wadium po upływie daty i godziny składania ofert.

W tym stanie rzeczy co do pozostałego do rozstrzygnięcia zarzutu odwołania braku związania ofertą przystępującego/wykonawcy wybranego na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty to Izba ustaliła jak następuje.

Na podstawie dokumentacji zamawiającego przekazanej do akt sprawy Izba ustaliła, że ostatecznie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało złożone dnia 17.05.2019r. ze wskazaniem terminu do dnia 30.06.2019r. a je poprzedzające oświadczenia to dnia 10.04.2019r. do dnia 31.05.2019r. i na wezwanie zamawiającego dnia 14.02.2019r. na kolejne 60 dni. Powyższe ustalenia wskazują, że na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty to jest dzień 23 lipca 2019 roku oferta przystępującego/wykonawcy wybranego nie posiadała oświadczenia o związaniu ofertą.

Odwołujący odnosząc się w głosie końcowym do twierdzeń przystępującego co do związania ofertą oświadczył, że sytuacja z przedmiotowym e-mailem powstała następnego dnia po dniu

badaniu dokumentacji przez jego pracowników u zamawiającego to jest po dniu 29 lipca 2019 roku. Należy zwrócić uwagę na datę rzekomego e-maila z 10.05.2019r, tj. datę pisma o przedłużeniu okresu ważności wadium do 31.12.2019r., który spowodował zawiadomienie przez zamawiającego o podejrzeniu popełnienia czynu niedozwolonego, ponieważ otrzymał go w dniu 30.07.2019 roku. Pracownicy odwołującego będąc na miejscu u zamawiającego w dniu 29 lipca 2019 roku sprawdzali oświadczenia o związaniu ofertą i nie znajdując przedłużenia po 30 czerwca 2019 roku w dokumentacji prosili o sprawdzenie czy pismo wpłynęło pocztą i czy w ogóle w dokumentacji znajduje się jakieś oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą przystępującego po dniu 30.06.2019 roku. Okazało się, że w dokumentacji zamawiającego nie ma pisma o przedłużeniu terminu po dniu 30.06.2019 roku, jak i nie ma dowodu wpływu tego pisma przesyłką pocztową. Również zwrócił uwagę odwołujący na okoliczność, że w dokumentacji zamawiającego znajduje się pismo z dn. 17.05.2019r., gdzie przedłuża się termin związania ofertą do 30.06.2019 roku. Reasumując uważa on pismo załączone do emaila za próbę konwalidacji okoliczności nieprzedłużenia terminu związania ofertą po dniu 30.06.2019 roku. Przy czym mimo, że przystępujący w swoich pismach o terminie związania ofertą podawał konkretne terminy do których przedłuża terminy związania ofertą, to pracownicy odwołującego uwzględnili przerwy z powodu postępowań odwoławczych i wyliczyli, że gdyby uwzględnić te okresy zawieszenia w terminie związania ofertą to można by uznać, że związanie ofertą było do dn. 21.07.2019 roku.

Natomiast według bezspornych ustaleń w sprawie wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił po tym terminie to jest w dniu 23 lipca 2019 roku, czyli po dacie związania ofertą przystępującego.

Przystępujący w głosie końcowym wnosząc o oddalenie odwołania oświadczył, że decydującym w sprawie jest fakt, iż dnia 04.07.2019r. był wydany wyrok w sprawie KIO 1098/19 i przystępujący był gotowy zawrzeć umowę. Uważa, że zamawiający zwlekał z zawarciem umowy a jak oświadczył odwołujący, wyliczenia nawet wskazują w związku z zawieszeniem terminu na dzień 21.07.2019 roku. Natomiast przystępujący nie twierdził, że jego oferta była zabezpieczona związaniem oferty na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty to jest na dzień 23.07.2019 roku.

W zaistniałym stanie rzeczy Izba uwzględnia odwołanie na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie z dokumentacji postępowania zamawiającego oraz wniosków dowodowych złożonych w toku rozprawy i dokonanych na ich podstawie ustaleń. Uwzględniając odwołanie Izba orzekła jak w sentencji wyroku opierając się o art.192 ust.2 ustawy pzp, ponieważ naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 85 ustawy pzp w związku z art.89 ust.1 pkt 1 ustawy pzp miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ oferta wykonawcy wybranego powinna być odrzucona a nie wybrana jako najkorzystniejsza. Zgodnie

z art.85 ust.1 ustawy pzp wykonawca jest związany ofertą przez czas określony w ustawie. Po ustawowym terminie związania ofertą o związaniu decyduje wykonawca bądź na wniosek zamawiającego jak i z własnej inicjatywy (art.85 ust.2 ustawy pzp). W tym postępowaniu przystępujący konsekwentnie przedłużał termin związania ofertą wyznaczając w każdym przypadku konkretną datę to jest dzień, miesiąc, rok. i ostatecznie przedłużył związanie ofertą do dnia 30 czerwca 2019 roku. Na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty (23 lipca 2019 roku) przystępujący nie był związany ofertą, czemu przystępujący na rozprawie nie zaprzeczył.

Znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania miał ustalony stan faktyczny w sprawie. Zamawiający dokonuje wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego. Po czym na posiedzeniu Izby przedkłada zawiadomienie o podejrzeniu przestępstwa obciążającego pracownika przystępującego Pana M.B. - pismo do Prokuratora z dnia 05.08.2019 r. (w aktach sprawy) i w konsekwencji na posiedzeniu uwzględni odwołanie traktując e-mail z „10 maja 2019 r.” jako podejrzenie popełnienia przestępstwa (art.287 i 305 k.k.) . Znaczenie dla sprawy ma również okoliczność, że zamawiający nie składa odpowiedzi na zarzuty odwołania. Natomiast przystępujący wnosi sprzeciw od decyzji zamawiającego nie przedkładając czy to na piśmie, czy to do protokołu stanowiska w sprawie zarzutów odwołania. W związku z e-mailem Pana M.B. świadczą, że nie zna okoliczności co do wysłania tego e-maila do którego załączono oświadczenie z dnia 10.05.2019 roku a które to uprawnia przystępującego do wyboru jego oferty jako zabezpieczonej w dniu wyboru to jest 23.07.2019 roku terminem związania ofertą. Merytoryczne stanowisko przystępującego ogranicza się do stwierdzenia, że już w dniu 4 lipca 2019 roku (ogłoszenie wyroku w sprawie o Sygn. akt KIO 1098/19) był gotowy do zawarcia umowy a zamawiający zwlekał z jej zawarciem.

Reasumując Izba stwierdza, że stanowisko przystępującego ograniczyło się do wniesienia sprzeciwu od uwzględnienia odwołania bez jakiegokolwiek argumentacji formalnej czy prawnej dlatego pomimo braku zabezpieczenia przez oświadczenie o związaniu ofertą wybór jego oferty powinien być utrzymany w mocy. Tym bardziej w sytuacji jak zaznaczono powyżej, że zamawiający nie przedstawił żadnej argumentacji ani na piśmie ani do protokołu odpierającej zarzuty odwołania a po czym na posiedzeniu uwzględnił odwołanie.

W zaistniałych okolicznościach sprawy przedstawionych powyżej Izba podziela stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przywołanych w odwołaniu zgodnie z którym (Informator Urzędu Zamówień Publicznych lipiec-wrzesień 2017r.) nieprzedłużenie terminu związania ofertą w obu przypadkach, o których mowa powyżej (samodzielnie i w odpowiedzi na wniosek zamawiającego) jest równoznaczne z niewyrażeniem zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy pzp, co jest tożsame z

rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu i sprawia, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Zdaniem Prezesa UZP, na gruncie zamówień publicznych nie jest dopuszczalna sytuacja, w której w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty niektórzy z wykonawców byłiby związani ofertą i ich oferta byłaby zabezpieczona wadium (tam, gdzie jest to przewidziane) a niektórzy z wykonawców nie byłiby związani ofertą i ich oferta nie byłaby zabezpieczona wadium. Oznaczałoby to przyzwolenie na nierówne traktowanie wykonawców a w konsekwencji naruszałoby podstawową zasadę zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp. Artykuł 85 ust. 2 ustawy pzp przewiduje ograniczenie do jednokrotnego przedłużenia terminu związania ofertą do 60 dni wyłącznie dla zamawiającego. W związku z tym wykonawca może złożyć oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą więcej niż jednokrotnie, nadto również o większą liczbę dni. Oznacza to, iż wykonawcy, gdy są zainteresowani pozyskaniem zamówienia, mają instrument, z którego mogą i z którego powinni korzystać w celu utrzymywania stanu związania ofertą w sytuacji przedłużającego się postępowania.

Przy czym Izba opiera swoje stanowisko o treść art.89 ust.1 pkt 1 ustawy pzp (oferta niezgodna z ustawą) a nie o treść art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy, w którym jest mowa o zgodzie wykonawcy wynikającej z art.85 ust.2 ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 i 186 ust.6 pkt 3) lit.b) ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust.2 pkt 2 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego. Powyższe rozłożenie kosztów wynika z okoliczności uwzględnienia odwołania przez zamawiającego na posiedzeniu Izby przed otwarciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....