

WYROK
z dnia 23 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **23 kwietnia 2013 r.** wniesionego przez **odwołującego** wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] JOR-KOP S.C.** B..... J....., I..... O....., M..... R....., Rudno Jeziorowe 7, 06-316 Krzynowłoga, **[2] Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o.** z siedzibą w Płońsku, ul. 19 Stycznia 62, 09-100 Płońsk, reprezentowanych przez **pełnomocnika R..... K.....**, Kancelaria Prawna K....., R..... K....., ul. Tatrzańska 111/72, 93-279 Łódź, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Nadleśnictwo Ostrołęka, 07-412 Ostrołęka, ul. Zawadzkiego 4,**

przy udziale wykonawcy **MEGA-KRUSZ M..... N....., F..... W..... Sp. j., 07-410 Ostrołęka, ul. Korczaka 4,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego** wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] JOR-KOP S.C.** B..... J....., I..... O....., M..... R....., Rudno Jeziorowe 7, 06-316 Krzynowłoga, **[2] Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o.** z siedzibą w Płońsku, ul. 19 Stycznia 62, 09-100 Płońsk, reprezentowanych przez **pełnomocnika R..... K.....**, Kancelaria Prawna K....., R..... K....., ul. Tatrzańska 111/72, 93-279 Łódź i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć** tysięcy złotych **zero** groszy) uiszczoną przez **odwołującego** wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] JOR-KOP S.C.** B..... J....., I..... O....., M..... R....., Rudno Jeziorowe 7, 06-316 Krzynowłoga, **[2] Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o.** z siedzibą w Płońsku, ul. 19 Stycznia 62, 09-100 Płońsk, reprezentowanych przez **pełnomocnika R..... K.....**, Kancelaria Prawna K....., R..... K....., ul. Tatrzańska 111/72, 93-279 Łódź tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i 1529) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 798/13

Uzasadnienie

Zamawiający **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ostrołęka, ul. Zawadzkiego 4, 07-412 Ostrołęka** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Przebudowa leśnych dróg pożarowych na terenie Nadleśnictwa Ostrołęka«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **19.02.2013 r. poz. 69116**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101 i 1529**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **02.04.2013 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Mega-Krusz M..... N....., F..... W..... sp.j. ul. Korczaka 4, 07-410 Ostrołęka;**
- 2) odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] JOR-KOP S.C. B..... J....., I..... O....., M..... R....., Rudno Jeziorowe 7, 06-316 Krzynowłoga, [2] Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku, ul. 19 Stycznia 62, 09-100 Płońsk, reprezentowanych przez pełnomocnika R..... K....., Kancelaria Prawna K....., R..... K....., ul. Tatrzńska 111/72, 93-279 Łódź, gdyż:**
 - a) treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – wykonawca zaoferował do górnej warstwy ilości materiałów na grubość 7 cm zamiast na 10 cm,
 - b) złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – wykonawca zaoferował zastosowanie mniejszej ilości materiałów i robocizny, co spowodowało zaniżenie ceny o 300 000 zł, bo zamawiający uznał, że nierzetelne wyliczenie ceny ofertowej jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] JOR-KOP S.C. B..... J....., I..... O....., M..... R....., Rudno Jeziorowe 7, 06-316 Krzynowłoga, [2] Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o. z siedzibą w Płońsku, ul. 19 Stycznia 62, 09-100 Płońsk, reprezentowanych przez pełnomocnika**

R..... K....., Kancelaria Prawna K....., R..... K....., ul. Tatrzańska 111/72, 93-279 Łódź, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wnieśli **08.04.2013 r.** **(poniedziałek)** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy MEG-KRUSZ M..... N....., F..... W..... Spółka Jawna;
- 2) odrzucenie oferty odwołującego i zaniechanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy MEGA-KRUSZ M..... N....., F..... W..... Spółka Jawna;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Termin składania ofert wyznaczony został na 14.03.2013 r.

27.03.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty oraz na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący miał w terminie do 02.04.2013 r. uzupełnić „parafowany projekt umowy, stanowiący załącznik nr 2.6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia” oraz złożyć wyjaśnienia dotyczące rozbieżności między przedmiarem robót a złożoną ofertą w zakresie błędnego nru KNR dotyczącego pozycji – *nawierzchnia górna z tłucznią kamiennego*. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia będzie dalej w skrócie zwanej „specyfikacją” bez bliższego określenia.

Odwołujący 28.03.2013 r. przesłał do zamawiającego pismo wyjaśniające wraz z parafowanym wzorem umowy. W piśmie tym odwołujący wyjaśnił, że rozbieżność zaistniała w złożonym kosztorysie dotyczyła tylko błędnego nru KNR, jednak opis pozycji kosztorysowej był prawidłowy. Odwołujący oświadczył jednocześnie, że kalkulacja cen dokonana w tej pozycji dotyczy wykonania nawierzchni o grubości 10 cm, czyli zgodnie z wymaganiami opisanymi w SPECYFIKACJI, a cena oferty zawiera wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia zgodnie z całą dokumentacją stanowiącą załączniki do SPECYFIKACJI.

02.04.2013 r. zamawiający przesłał do odwołującego, za pomocą poczty elektronicznej rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania. Zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy MEGA-KRUSZ M..... N....., F..... W..... Spółka Jawna, a oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne zamawiający wskazał, że złożona oferta jest niezgodna z postanowieniami SPECYFIKACJI, a ponadto złożenie jej stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Podstawą prawną czynności zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią SPECYFIKACJI, był **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Zamawiający w postępowaniu przewidział wynagrodzenie **ryczałtowe. Rozdziale 12 ust. 1 SPECYFIKACJI** „*cenę ofertową należy podać w formie ryczałtu, wg definicji z art. 632 kodeksu cywilnego*”. Również **§ 4 ust. 3 wzoru umowy** zawiera postanowienia określające zastosowane wynagrodzenie jako wynagrodzenie ryczałtowe.

Ze stanowiska przyjętego w orzecznictwie i doktrynie wynika, że to zamawiający określa, jaki charakter ma dołączony do oferty kosztorys.

Zamawiający w **rozdz. 10 ust. 5 SPECYFIKACJI** zawarł postanowienie: „Do oferty należy dołączyć: szczegółowe kosztorysy ofertowe na każde z zadań, sporządzone wg dołączonych przedmiarów robót, (odrębnie na każde zadanie) składający się z:

a) strony tytułowej zawierającej co najmniej następujące informacje:

- nazwę i adres wykonawcy,
- cenę kosztorysową określoną cyfrowo i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku,

b) przedmiaru robót,

c) kosztorysu wg kalkulacji szczegółowej w układzie R, M, S”.

W **rozdz. 12 ust. 4 SPECYFIKACJI** zamawiający zawarł postanowienie dotyczące wymaganych kosztorysów. Zamawiający określił, że zaproponowana przez wykonawcę cena powinna wynikać z dołączonych kosztorysów sporządzonych metodą szczegółową w oparciu o dołączone do SPECYFIKACJI przedmiary oraz dokumentację projektową.

Charakter wymaganych przez zamawiającego kosztorysów oraz ich rolę w ocenie złożonych ofert, określają postanowienia **rozdz. 15 ust. 3 SPECYFIKACJI oraz § 4 ust. 3 wzoru umowy**, gdzie zamawiający stwierdził, że wynagrodzenie zastosowane w przedmiotowym postępowaniu oraz w przyszłej umowie „obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy, w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Niedooszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia...”.

Zaistniała rozbieżność w złożonym przez odwołującego kosztorysie, dotyczy błędnego nru KNR. Opis znajdujący się w nim odpowiada wymaganiom dokumentacji projektowej. Na wezwanie do wyjaśnień przez zamawiającego właśnie w tym zakresie, odwołujący odpowiedział, że zaistniała sytuacja jest spowodowana zastosowaniem programu kalkulacyjnego. Odwołujący poinformował również zamawiającego, że świadczenie, które odwołujący zaproponował w złożonej ofercie, jest zgodne z wymaganiami SPECYFIKACJI i obejmuje wykonanie nawierzchni z tłuczni kamiennego zgodnie z całą dokumentacją techniczną.

Oświadczenie o podobnej treści znalazło się w formularzu ofertowym oraz we wzorze umowy, gdzie odwołujący zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SPECYFIKACJI i dokumentacji technicznej. Tak więc, zaistniała rozbieżność pomiędzy treścią kosztorysu a treścią przedmiaru nie oznacza niezgodności treści oferty z treścią SPECYFIKACJI.

Odwołujący i tak będzie miał obowiązek wykonać zamówienie zgodnie z dokumentacją projektową.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że nie zostały spełnione przesłanki **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** i oferta odwołującego nie powinna zostać odrzucona.

Drugą podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego podaną przez zamawiającego był **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**. Zdaniem zamawiającego, oferta odwołującego zawierała cenę zaniżoną o 300 000 zł, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zdaniem odwołującego, zamawiający odrzucając ofertę na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** musi wykazać jaki to czyn wykonawcy składającego ofertę jest czynem niedozwolonym. Musi on również udowodnić, że miał on wpływ na ograniczenie konkurencji. Ciężar dowodowy spoczywa na zamawiającym.

Zamawiający nie udowodnił w żaden sposób, dokonania przez odwołującego czynu objętego zakresem przedmiotowym ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i w związku z tym należy stwierdzić, że nie zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty przewidziana w **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **08.04.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **09.04.2013 r.** (art. 185 ust. 1 Pzp).

Wykonawca **Mega-Krusz M..... N....., F..... W..... sp.j. ul. Korczaka 4, 07-410 Ostrołęka 12.04.2013 r.** złożył: 1) Prezesowi KIO zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania; wykonawca przesłał kopię pisma 2) zamawiającemu i 3) odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

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:

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 Pzp, który brzmi: »Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«, Izba po dokonaniu oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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. Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy«.

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. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji, i zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego – nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozdz. 12 ust. 1 zdanie pierwsze specyfikacji zamawiający podał, że cyt. „Cenę ofertową należy podać w formie ryczałtu, wg definicji z art. 632 kodeksu cywilnego”. Przepis ten brzmi: »**Art. 632.** § 1. Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. § 2. Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę«.

Z przywołanego postanowienia odwołujący wysnuł wniosek, że zamawiający ustanowił, że wykonawcy mają obliczać cenę ofertową ryczałtem, a więc bez względu na dokumentację zamawiającego i kosztorysy ofertowe będą tylko elementami pomocniczymi, a zamawiający do tych elementów nie będzie się odnosił i przyjmie cenę ofertową jako główny i jedyny czynnik do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby uważa, że wykonawca nie może czytać tylko fragmentów specyfikacji i nie brać pod uwagę pozostałej części tego dokumentu. Również nie można mówić tu o braku precyzji zamawiającego w sformułowaniu postanowień specyfikacji. Rozdz. 12 ust. 1 specyfikacji odnosił się do formy podania ceny ofertowej. Potwierdza to przywołany przepis art. 632 Kodeksu cywilnego, gdzie jest mowa o wynagrodzeniu ryczałtowym, a nie o sposobie obliczania ceny ofertowej. Natomiast dalsze ustępy rozdziału 12 specyfikacji odnoszą się do ustalenia ceny ofertowej. Szczególnie jednoznacznie jest o tym mowa w rozdz. 12 ust. 4 specyfikacji, który stanowi, cyt. »[...] cena ofertowa wykonania zamówienia [...] powinna: wynikać z wykonanego i załączonego do oferty kosztorysu ofertowego, sporządzonego przez Wykonawcę metodą szczegółową w oparciu o przygotowane przez Zamawiającego projekty techniczne i przedmiary robót budowlanych. [...]«. Dodatkowo w rozdz. 10 ust. 5 specyfikacji zamawiający zażądał, cyt. »Do oferty należy dołączyć: szczegółowe kosztorysy ofertowe na każde z zadań, sporządzone wg dołączonych przedmiarów robót, (odrębnie na każde zadanie) składający się z: a) strony tytułowej zawierającej co najmniej następujące informacje: – nazwę i adres Wykonawcy, – cenę kosztorysową określoną cyfrowo i słownie z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, b) przedmiaru robót, c) kosztorysu wg kalkulacji szczegółowej w układzie R, M, S«. Na podstawie tak sformułowanych wymagań specyfikacji, zamawiający nie mógł podczas badania ofert odstąpić od sprawdzenia poprawnego sporządzenia tych kosztorysów ofertowych.

27 marca 2013 r. zamawiający wezwał – na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp – do wyjaśnienia rozbieżności między przedmiarami robót na wykonanie poszczególnych dróg, będących przedmiotem zamówienia, a złożoną ofertą, gdzie wykonawca zaoferował ilości materiałów, robocizny i sprzętu (M, R, S) zgodnie z katalogiem KNR 2-31 0204-05 na

nawierzchnię o grubości 7 cm, zamiast wymaganej przez zamawiającego nawierzchni o grubości 10 cm, zgodnie z katalogiem KNR 6 0204-05.

Odwołujący w wymaganym terminie stwierdził, że cyt. »kalkulacja cen pozycji dotyczących nawierzchni warstwy górnej z tłucznia kamiennego na poszczególnych drogach dotyczy i obejmuje wykonanie nawierzchni o gr. 10 cm (bez względu na ilość materiałów wykazanych w pozycjach) [...]«. Dalej odwołujący powołał się na ryczałtowy charakter ceny, co – zgodnie z konstatacjami składu orzekającego Izby uczynionymi wyżej – było bezpodstawne, gdyż wykonawcy mieli określić cenę w sposób kosztorysowy, a tylko wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia miało być ryczałtowe.

Zamawiający dokonał odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który brzmi: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3«, gdyż stwierdził, że odwołujący zaoferował ilości materiałów na wybudowanie nawierzchni o grubości 7 cm, podczas gdy zamawiający wymagał w specyfikacji nawierzchni o grubości 10 cm.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji, i zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego – nie może zasługiwać na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, jako czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego – nie może być uwzględniony, gdyż ze względu na zasadne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 stwierdzone naruszenie przepisów ustawy nie miało wpływu ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik rozpoznawanego postępowania. Wynika to z art. 192 ust. 2 Pzp, który brzmi: »Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego powołując się ogólnie na art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, cyt.: »Oferta z tak wyliczoną ceną, zaniżona przez zastosowanie mniejszej ilości materiałów i robocizny o kwotę około 300 tysięcy złotych stanowi także czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż nierzetelne wyliczenie ceny ofertowej należy uznać za sprzeczne z zasadami współzycia społecznego«. W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby stwierdza, że art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 2009 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który brzmi »Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta« wymaga zaistnienia kumulatywnego zaistnienia dwóch przesłanek, że zachowanie przedsiębiorcy jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i zachowanie to musi zagrażać lub naruszać

interes innego przedsiębiorcy. Lecz zamawiający wskazując pomyłkowe wpisanie innej normy z KNR nie dowiódł w „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty”, „Odpowiedzi zamawiającego na odwołanie” ani ustnie podczas rozprawy dokonania czynu nieuczciwej konkurencji przez odwołującego. A zgodnie z art. 6 Kc w zw z art. 14 Pzp, który brzmi: »Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne«, to zamawiający powinien dowieść popełnienia wskazanego czynu i powinien do tego wyraźnie wskazać który przepis został naruszony przez odwołującego. Zamawiający tego nie uczynił, w związku z tym zamawiający odrzucając ofertę odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jednak zarzut ten nie może być uwzględniony, gdyż ze względu na zasadne odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stwierdzone naruszenie przepisów ustawy nie miało wpływu ani nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik rozpoznawanego postępowania, co wynika z art. 192 ust. 2 Pzp.

W związku z zasadnym odrzuceniem oferty odwołującego przez zamawiającego skład orzekający Izby nie mógł stwierdzić naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy MEG-KRUSZ M..... N....., F..... W..... Spółka Jawna.

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: