

WYROK
z dnia 23 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **8 lipca 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych B. C., ul. Zawidowska 4a, 59-800 Lubań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Lotnicza, 24 54-155 Wrocław,**

przy udziale

wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Bystrzycka 24, 54-215 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1450/15 po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności badania ofert i odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) ponownej czynności badania ofert;
- 4) ponownej czynności oceny ofert;
- 5) ponownej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Lotnicza, 24 54-155 Wrocław**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych B. C., ul. Zawidowska 4a, 59-800 Lubiąż**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Lotnicza, 24 54-155 Wrocław** na rzecz wykonawcy **Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych B. C., ul. Zawidowska 4a, 59-800 Lubiąż** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Lotnicza 24, 54-155 Wrocław, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Bieżące utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu w latach 2015-2017, z podziałem na zadania«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych **11.05.2015 r. poz. 109336**.

Postępowanie jest prowadzone na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349 i 478) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **03.07.2015 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu**;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych B. C., ul. Zawidowska 4a, 59-800 Lubań**, gdyż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp [art. 89 ust. 3 Pzp]**.

Wykonawca Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych B. C., ul. Zawidowska 4a, 59-800 Lubań, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp**, wniósł **08.07.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **części nr 5** na:

- 1) odrzuceniu oferty **Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych inż. B. C. 59-800 Lubań, ul. Zawidowska 4a** na podstawie **art. 89 ust. 3 Pzp** tj. przyjęcie, że złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji);
- 2) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) zastosowania przepisu **art. 89 ust. 3 Pzp** bo takiego przepisu brak i na tej podstawie nie mogło nastąpić odrzucenie oferty;

- 2) ewentualnie (**odwołujący** tutaj się domyśla) **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**, przepisu **art. 7 ust. 1 Pzp** przez jego niewłaściwe (jeżeli to o ten przepis chodziło) zastosowanie w szczególności przez bezzasadne odrzucenie oferty **odwołującego** pomimo iż treść oferty **odwołującego** odpowiada treści SIWZ oraz złożenie oferty nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji,
- 3) błędne zastosowanie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, brak wskazania o jaki przepis chodzi;
- 4) błędne zastosowanie **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**;
- 5) błędne przyjęcie, że złożenie oferty przez **odwołującego** stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
- 6) nie zwrócenie się do **odwołującego** o jakiegokolwiek wyjaśnienia, tylko niejako automatyczne założenie i przyjęcie, że **odwołujący** i Pan W. C. działali w porozumieniu, podczas gdy nie było tak;
- 7) brak jednoznacznego wskazania jakie przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wypełnił składając ofertę **odwołujący**.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia dokonanych przez **zamawiającego** czynności wyboru oferty Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu, jako najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty **odwołującego**;
- 2) unieważnienia dokonanej przez **zamawiającego** czynności oceny ofert;
- 3) dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty **odwołującego**;
- 4) dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty i uznania oferty złożonej przez **odwołującego** jako najkorzystniejszej;
- 5) wpłaty na rzecz **odwołującego** kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione przez **odwołującego** między innymi z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Jednocześnie **odwołujący** wniósł o dopuszczenie dowodów z:

- 1) dokumentów wskazanych w treści pisma na okoliczności w nim wskazane;
- 2) zeznań i wyjaśnień **odwołującego**.

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego Bieżące utrzymanie dróg krajowych administrowanych przez GDDKiA Oddział we Wrocławiu Rejon w Lubaniu w latach 2015-2017, z podziałem na zadania:

- Zadanie 1 – Roboty na nawierzchniach bitumicznych;
- Zadanie 2 – Roboty na nawierzchniach betonowych;
- Zadanie 3 – Bezpieczeństwo ruchu drogowego (BRD);
- Zadanie 4 – Prace utrzymaniowe;
- Zadanie 5 – Prace elektroenergetyczne.

Odwołujący złożył ofertę na Zadanie 5 zamówienia i w odniesieniu do tej tylko części kwestionuje działania i zaniechania **zamawiającego**.

Pismem z 03.07.2015 r. zamawiający zawiadomił **wykonawców** o wyborze w zadaniu 5 (w części 5) najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S. A., 54-215 Wrocław, ul. Bystrzycka 24** w tym samym piśmie **zamawiający** zawiadomił o odrzuceniu oferty **odwołującego**, wskazując jako podstawę prawną decyzji **art. 89 ust. 3 Pzp** tj. złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Na tej podstawie nie można dokonać odrzucenia oferty **odwołującego**, bo taka podstawa nie istnieje czyli nie może prowadzić do odrzucenia oferty. Pomijając podstawę, w związku z której wskazaniem sam **odwołujący** ma problem z odniesieniem się do czynności to w uzasadnieniu faktycznym **zamawiający** nie wskazał wprost na czym miałyby polegać ten czyn nieuczciwej konkurencji i jakie konkretnie przesłanki miałyby zostać wypełnione. Z treści pisma niejako pomiędzy „wierszami” można wyczytać, że chodzi o porozumienie między **odwołującym** a **wykonawcą Przedsiębiorstwo Elektryczne CYWIT W. C., 59-800 Lubań, ul. Zawidowska 4a/2**. Podstawy prawnej brak.

Zamawiający wskazał, że przesłankami, które wskazują na istnienie porozumienia są następujące okoliczności:

- 1) nie udzielenie odpowiedzi na pismo **zamawiającego** z **17.06.2015 r.** dotyczące wyjaśnień treści oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przez **wykonawcę** Przedsiębiorstwo Elektryczne CYWIT W. C., 59-800 Lubań, ul. Zawidowska 4a/2;
- 2) nie wyrażanie zgody na przedłużenie związania ofertą i ważności wadium przetargowego;
- 3) zbieżność nazwisk, dane adresowe właścicieli firm wskazują na powiązania rodzinne;

- 4) wykluczenie wykonawcy Przedsiębiorstwo Elektryczne CYWIT W. C. (**wykonawca 1**) stosowanie do treści **art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24b ust. 3 Pzp** nie powoduje utraty wadium przetargowego natomiast stawia ofertę **wykonawcy** Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych inż. B. C. (**Wykonawca 2**) na pozycji oferty najkorzystniejszej. **Wykonawca 1** miał możliwość wystąpić o przedłużenie terminu na składanie wyjaśnień, faks z informacją o braku zgody na przedłużenie związania ofertą i ważności wadium wpłynął do **zamawiającego 23.06.2015 r. o 10:19**, czyli na dwie godziny przed upływem terminu na udzielenie wyjaśnień dotyczących cen.

Odwolujący nie zgadza się z powyższym rozstrzygnięciem i wskazuje, że nastąpiło ono z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. **Odwolujący** zaprzecza by istniało między nim a Panem W. C. jakiegokolwiek porozumienie, zaprzecza wszelkim twierdzeniom **zamawiającego**, a w szczególności, aby przyczynił się do czynu nieuczciwej konkurencji w tym aby złożył ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. **Odwolujący** zaprzecza, aby doszło do spełnienia się przesłanek jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji. **Odwolujący** zaprzecza, aby wpływał na inną ofertę i na działania innego **wykonawcy**.

Dowód: wyjaśnienia **odwołującego**.

Odwolujący po otrzymaniu pisma o odrzuceniu oferty zwrócił się do Pana W. C. o wyjaśnienie czy oraz z jakiego powodu nie udzielił on odpowiedzi na pismo zamawiającego z **17.06.2015 r.** dotyczące wyjaśnień treści oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez siebie ceny oraz nie wyraził zgody na przedłużenie związania ofertą i ważności wadium przetargowego.

W odpowiedzi na pytanie skierowane do niego przez **odwołującego** po otrzymaniu pisma o odrzuceniu oferty Pan W. C. wyjaśnił **odwołującemu**, że miał problem z potencjałem, który miał brać udział w wykonywaniu zamówienia po jego stronie oraz w tym czasie składał oferty dla co najmniej dwóch innych podmiotów tj. dla firmy DSDiK na zadanie: Wykonanie dokumentacji projektowej i przebudowa sygnalizacji świetlnej w ciągu drogi wojewódzkiej nr 328 na skrzyżowaniu S. Staszica-M. Konopnickiej w miejscowości Złotoryja wraz ze zmianami programów sygnalizacji uwzględniających wdrożenie sterowania akomodacyjnego oraz dla **wykonawcy DEV POL Sp. z o.o.** na zadanie: Przebudowa skrzyżowania ulic Zgorzeleckiej i 10 Marca w Bolesławcu w zakresie sygnalizacji świetlnej oraz instalacji elektrycznych związanych z przebudową skrzyżowania. Dodatkowo mając na uwadze pytania **zamawiającego** musiałby poświęcić kolejny czas na to zamówienie oraz przedstawić kalkulację cen, a termin był bardzo krótki. Dodatkowo nie mógł otrzymać

potwierdzenia cen u dostawców materiałów, na których wcześniej opierał się kalkulując ofertę.

Pan W. C. poza tym, że nie miał czasu na złożenie wyjaśnień to stwierdził, że postępowanie oraz samo wykonanie umowy staje się dla niego ryzykowne. Ponadto wskazał, że w tej sytuacji między innymi z uwag na przedłużającą się procedurę nie był zainteresowany dalszym uczestniczeniem w przetargu i z tego powodu podjął niezależną decyzję o rezygnacji z postępowania z tego powodu także nie wystąpił o przedłużenie terminu do składania wyjaśnień.

Pan W. C. stwierdził, że nie było sensu do występowania o przedłużenie terminu składania wyjaśnień bowiem w sytuacji gdy miał problemy z personelem, potwierdzeniem cen u dostawców to wykonanie umowy stawało się ryzykowne i w tej sytuacji i tak nie przedłużyłby terminu związania ofertą oraz wadium.

Dowód: pismo **Pana W.a C.** z **06.07.2015 r.**, przesłuchanie **Pana W. C.**, przesłuchanie **odwołującego**.

Odwołujący wskazuje, że nie może świadczyć o czynnie nieuczciwej konkurencji zbieżność nazwisk, dane adresowe właścicieli firm oraz ewentualne powiązania rodzinne.

Odwołujący wskazuje, że sam **zamawiający** mógł wyznaczyć już w wezwaniu o wyjaśnienie cen **Panu W. C.** dłuższy termin i powinien liczyć się z tym, że ten nie wystąpi o jego przedłużenie.

Dodatkowo **odwołujący** wskazuje, że jeżeli chodzi o ofertę, którą złożył oparł na wyliczeniach własnych przy użyciu poprzedniej umowy oraz cen dostawców takich jak:

- 1) Amper B Sp. z o. o. Sp. k. – Bolesławiec;
- 2) Global Traffic Systems Sp. z o. o. (dawniej Vialis Polska sp. z o.o.) – Sierosław;
- 3) DVS – Skrzyszów.

Dowód: wcześniejsza kalkulacja.

Odwołujący dodatkowo wskazuje, że powierzchnia biurowa zajmowana przez Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych B. C. jest wynajmowana na podstawie umowy dzierżawy spisanej **01.09.2012 r.**, posiada wydzielony obszar w budynku z własnym wejściem.

Przedsiębiorstwo Elektryczne **CYWIT C. W.** prowadzi swoją działalność w oddzielnej części budynku, posiadającej własne wejście, jest to wydzielone.

Dowód: umowa.

W pierwszej kolejności **odwołujący** podnosi, że przedmiotowe postępowanie przeprowadzone zostało z naruszeniem podstawowych zasad postępowania uczciwej konkurencji. **Zamawiający** odrzucił ofertę, która była zgodna z SIWZ.

W postępowaniu **zamawiający** naruszył między innymi **art. 89 ust. 3 Pzp** bezzasadnie odrzucając ofertę **odwołującego** uznając, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji), przy czym **zamawiający** w sposób jednoznaczny nie wskazał, na czym miałyby ten czyn nieuczciwej konkurencji polegać.

Odwołujący zaprzecza, aby do jakiegokolwiek czynu nieuczciwej konkurencji doprowadził.

Odwołujący podnosi ponadto, że **zamawiający** w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez **wykonawcę Zakład Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu**.

W tym stanie rzeczy, wobec oczywistego uchybienia przepisom **ustawy Pzp**, **odwołujący** wnosi jak na wstępie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 08.07.2015 r.** (**art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp**).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **08.07.2015 r.** (**art. 185 ust. 1 in initio Pzp**).

10.07.2015 r. wykonawca **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego odwołującego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (**art. 185 ust. 2 Pzp**).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez **odwołującego**:

pismo procesowe wraz z dowodami: (1) oświadczenie Pana M. M., (2) umowa o pracę Pana M. M., (3) pierwotny kosztorys, który był podstawą do sporządzenia kosztorysu ofertowego z zaokrąglaniami, (4) plik ofert innych podmiotów do sporządzenia ostatecznego kosztorysu, (5) kosztorys z naniesionymi ręcznie adnotacjami. Kosztorys z adnotacjami stał się podstawą do sporządzania

kosztorysu ofertowego i przyjęcia ceny ofertowej na wykazanie, że odwołujący nie kontaktował się z B. C. podczas prowadzenia rozpoznawanego postępowania przez zamawiającego

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie 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 **Izby zarzut pierwszy** nieprawidłowego zastosowania przepisu **art. 89 ust. 3 Pzp** bo takiego przepisu brak i na tej podstawie nie mogło nastąpić odrzucenie oferty, **zarzut trzeci** błędne zastosowania przepisów ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji, gdyż brak wskazania o jaki przepis chodzi i **zarzut siódmy** braku jednoznacznego wskazania jakie przepisy ustawy o zwalczeniu nieuczciwej konkurencji wypełnił składając ofertę **odwołujący** – zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że **zamawiający** zawiadomił **03.07.2015 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **ZABERD S.A. z siedzibą we Wrocławiu;**
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych B. C., ul. Zawidowska 4a, 59-800 Lubań**, gdyż złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji – **art. 89 ust. 3 Pzp**.

Zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty **odwołującego** tym, że okoliczności wskazują na istnienie porozumienia między **odwołującym** a innym uczestnikiem postępowania – **Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych B. C., ul. Zawidowska 4a, 59-800 Lubań**. Zamawiający przywołał cztery przesłanki

- 1) nie udzielenie odpowiedzi na pismo **zamawiającego z 17.06.2015 r.** dotyczące wyjaśnień treści oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Elektryczne CYWIT W. C., 59-800 Lubań, ul. Zawidowska 4a/2;**
- 2) nie wyrażanie zgody na przedłużenie związania ofertą i ważności wadium przetargowego;
- 3) zbieżność nazwisk, dane adresowe właścicieli firm wskazują na powiązania rodzinne;
- 4) wykluczenie wykonawcy Przedsiębiorstwo Elektryczne CYWIT W. C. (**wykonawca 1**) stosowanie do treści **art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 24b ust. 3 Pzp** nie powoduje utraty wadium przetargowego natomiast stawia ofertę **wykonawcy Zakład Usług Inwestycyjno-Remontowych i Pomiarów Elektrycznych inż. B. C. (Wykonawca 2)** na pozycji oferty najkorzystniejszej. **Wykonawca 1** miał możliwość wystąpić o przedłużenie terminu na składanie wyjaśnień, faks z informacją o braku zgody na przedłużenie związania ofertą i ważności wadium wpłynął do **zamawiającego 23.06.2015 r. o 10:19**, czyli na dwie godziny przed upływem terminu na udzielenie wyjaśnień dotyczących cen.

Odrzucając ofertę **odwołującego zamawiający** powołał się na **art. 89 ust. 3 Pzp**. Na rozprawie **zamawiający** stwierdził, że cyt. »[...] podstawy prawne odrzucenia oferty **odwołującego** były pokazane w piśmie z **03.07.2015 r.** – **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**, a ze względu na omyłkę pisarską było tam napisane **art 89 ust. 3 Pzp**, ale **zamawiający** nie przywołał żadnego przepisu dotyczącego nieuczciwej konkurencji. Podstawą odrzucenia oferty precyzyjnie **zamawiający** dopowiedział w odpowiedzi na odwołanie z **16 lipca br.** z ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«.

Izba stwierdza, że omyłkowe wskazanie podstawy prawnej odrzucenia oferty **odwołującego** przez **zamawiającego** nie powinno mieć miejsca. Ponadto **zamawiający** w piśmie z **16.07.2015 r.** – wiedząc, że w informacji o odrzuceniu oferty **odwołującego** omyłkowo powołał się na nieistniejące przepisy – spróbował przywołać właściwą podstawę prawną odrzucenia oferty cyt. »[...] złożenie oferty nr 1 i 2 stanowi naruszenie **art. 86 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp** oraz **art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r.** o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 1993r., Nr 153, poz. 1503)«, str. 3 ostatni akapit odpowiedzi, [pisownia oryginalna, oferta nr 1 złożona przez B. C., oferta nr 2 złożona przez W. C.].

Izba zauważa, że **zamawiający** nie wskazał przepisu będącego podstawą odrzucenia oferty, a jest do tego zobowiązany na podstawie **art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp**, który brzmi »Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia

wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne«.

Tak więc **zamawiający** nie przytoczył w informacji o odrzuceniu oferty **odwołującego** ani w nawet w odpowiedzi na odwołanie właściwej podstawy prawnej, gdyż **art. 89 ust. 3 Pzp** nie istnieje, a **art. 86 ust. 1 pkt 3 Pzp** brzmi »Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia« i przepis ten nie ma nic wspólnego z odrzuceniem oferty przez **zamawiającego**. Jednak w innym miejscu odpowiedzi, str. 2, akapit 4 od dołu, **zamawiający** przytoczył właściwy przepis **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp**, który brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji«. W przepisie **art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp** ustawodawca przywołał przepisy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Dlatego **zamawiający** powinien precyzyjnie wskazać te przepisy lub ten przepis, a nie odnosić się ogólnie do tych przepisów. Tymczasem **zamawiający** w informacji o odrzuceniu oferty nie wskazał odpowiedniego przepisu o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ze względu na konsekwencje jakie **zamawiający** wyciąga w stosunku do **wykonawcy** (odrzucenie oferty) takie konkretne wskazanie podstaw prawnych i faktycznych przyczyn odrzucenia oferty jest istotne, gdyż umożliwia **wykonawcy** przeanalizowanie przyczyn odrzucenia jego oferty, a nawet rozważenie wniesienia ewentualnego odwołania. Jednak **zamawiający** nawet w odpowiedzi na odwołanie wskazał błędne miejsce publikacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji »Dz. U. z 1993 r., Nr 153, poz. 1503«. W rzeczywistości taki numer Dziennika Ustaw nie istnieje.

Zamawiający od **wykonawcy** nie może wymagać, aby **wykonawca** posiadał służby prawne, które będą rozwikływały »omyłki pisarskie« **zamawiającego**. Zresztą zgodnie z **art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp**, który brzmi »Zamawiający poprawia w ofercie [...] oczywiste omyłki pisarskie [...] niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona«, instytucja omyłek pisarskich odnosi się tylko do **wykonawców** i obowiązku ich poprawy przez **zamawiającego**.

Zamawiający powołując się na przepisy powinien dać możliwość **wykonawcom** znalezienia tych unormowań. W przypadku **ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** zamiast pokazywać nieistniejący numer organu promulgacyjnego, **zamawiający** powinien wskazać właściwe miejsce publikacji tej ustawy. W tym przypadku udzielania zamówienia publicznego **zamawiającego** nie obowiązuje stosowanie uregulowań załącznika do **rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”** (Dz. U. Nr 100, poz. 908), jednak **Izba** poczuwa się w obowiązku wskazania, że tam właśnie jest uregulowane wzorcowo jak należy odsyłać do aktu normatywnego – **§ 156-160 Zasad techniki**

prawodawczej, co można zaobserwować np. w **art. 45 ust. 6 pkt 5 Pzp**. Jednak nawet inne wskazanie przepisów może być brane pod uwagę, ale wskazanie to musi być dokładne i nie może wprowadzać odbiorcy w błąd. Miejsce publikacji **ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** w piśmie zamawiającego powinno przyjąć postać »Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503, z 2004 r. Nr 96, poz. 959, Nr 162, poz. 1693 i Nr 172, poz. 1804, z 2005 r. Nr 10, poz. 68, z 2007 r. Nr 171, poz. 1206 oraz z 2009 r. Nr 201, poz. 1540«. **Wtedy nie byłoby możliwości pomyłki i wykonawcy byłiby właściwie poinformowani i podstawach prawnych dokonanej czynności odrzucenia oferty odwołującego.**

Ze wskazanych względów **Izba** musi się przychylić do zarzutów **pierwszego, trzeciego i siódmego**, bo w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty **zamawiający** nie podał właściwie uzasadnienia prawnego, a nawet w odpowiedzi na odwołanie **zamawiający** nie wskazał właściwie podstawy prawnej odrzucenia oferty **odwołującego**. Ponadto takie rozbieżności w wykazywaniu podstaw prawnych czynności **zamawiającego** mogą wskazywać na brak wiedzy samego **zamawiającego** odnośnie przepisów, na których **zamawiający** powinien oprzeć swoje działanie.

W ocenie **Izby zarzut pierwszy** nieprawidłowego zastosowania przepisu **art. 89 ust. 3 Pzp** bo takiego przepisu brak i na tej podstawie nie mogło nastąpić odrzucenie oferty, **zarzut trzeci** błędne zastosowania przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, gdyż brak wskazania o jaki przepis chodzi i **zarzut siódmy** braku jednoznacznego wskazania jakie przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wypełnił składając ofertę **odwołujący** –.

W ocenie **Izby** pozostałe zarzuty drugi, czwarty piąty i szósty zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w piśmie z 03.07.2015 r. informującym o wyborze najkorzystniejszej oferty i o wykluczonych wykonawcach oraz o odrzuconych ofertach poinformował o m.in. o przyczynach odrzucenia oferty **odwołującego**. Przyczynami tymi było:

1 i 2) **wykonawca W. C.** na wezwanie złożenia wyjaśnień oraz przedłużenia terminu związania ofertą i przedłużenia terminu ważności wadium nie przedłużył terminu związania ofertą (także nie złożył wymaganych wyjaśnień);

3) zbieżność nazwisk i danych adresowych wskazały na powiązania rodzinne;

4) brak przedłużenia terminu związania ofertą nie spowodował utraty wadium wykonawcy **W. C.**, ale powodował jego wykluczenie i w związku z tym oferta **odwołującego** stawała się ofertą najkorzystniejszą.

Izba stwierdza, że brak przedłużenia terminu związania ofertą nie wywołuje negatywnych skutków prawnych dla **wykonawcy**, co również zauważył **zamawiający**. **Wykonawcy** mają prawo nie przedłużyć tego terminu.

Sam brak złożenia odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień mógłby stwarzać podstawy do zatrzymania wadium, ale ze względu na tak późne wystosowanie żądania złożenia wyjaśnień – w zasadzie na granicy upływu terminu związania ofertą nie mogłoby faktycznie być przyczyną zatrzymania wadium, a więc **wykonawcy** nie groziłyby żadne sankcje. Tym bardziej nie powinny grozić z tej przyczyny żadne sankcje innym **wykonawcom**.

Sama zbieżność nazwisk i miejsc prowadzenia działalności również nie jest powodem do stosowania sankcji. Nawet członkowie najbliższej rodziny mogą ze sobą uczciwie konkurować i zamawiający nie wykazał istnienia przepisu zabraniającego składania ofert osobom spokrewnionym, a nawet prowadzącym działalność gospodarczą pod tym samym adresem.

Dlatego **Izba** nie może przychylić się do argumentów przedstawionych przez **zamawiającego** w piśmie z **03.07.2015 r.** zawiadamiającym **wykonawców** o wynikach postępowania.

Izba ma obowiązek rozpoznawania sporu wg stanu na dzień wniesienia odwołania, dlatego nie może skupiać się na faktach podanych w odpowiedzi na odwołanie, gdyż argumenty tam przedstawione były wyartykułowane 16.07.2015 r., czyli po terminie wniesienia odwołania, co miało miejsce 08.07.2015 r.

Izba wzięła pod uwagę stanowisko świadka, który wiarygodnie wykazał, że złożenie dwóch ofert przez W. C. i B. C. mogło być niezależne oraz mogło być bez zamiaru naruszenia uczciwej konkurencji. Podobnie o tym świadczyły dowody złożone przez odwołującego: (1) oświadczenie Pana M. M., (2) umowa o pracę Pana M. M., (3) pierwotny kosztorys, który był podstawą do sporządzenia kosztorysu ofertowego z zaokrągleniami, (4) plik ofert innych podmiotów do sporządzenia ostatecznego kosztorysu, (5) kosztorys z naniesionymi ręcznie adnotacjami.

Wobec powyższego **Izba** przychyliła się do zarzutów drugiego, czwartego, piątego i szóstego.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: