

Zabrze, 26 czerwca 2021 r.

**Do**  
**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**  
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

**Odwołujący:**

**PRZEDSIĘBIORSTWO USŁUGOWE ARCHI-SCAN  
SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ**

ul. Gdańska 27, 41-800 Zabrze

Numer KRS: 0000152224

**reprezentowany przez:**

Wojciecha Mikodę, Prezesa Zarządu

e-mail: [wojciech.mikoda@archi-scan.pl](mailto:wojciech.mikoda@archi-scan.pl)

tel: +48783297261

**Zamawiający:**

**Powiat Chrzanowski**

**Starostwo Powiatowe w Chrzanowie**

ul. Partyzantów 2, 32-500 Chrzanów

e-mail: [przetargi@powiat-chrzanowski.pl](mailto:przetargi@powiat-chrzanowski.pl)

tel.: 32 625-79-95

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

[https://platformazakupowa.pl/pn/powiat\\_chrzanowski](https://platformazakupowa.pl/pn/powiat_chrzanowski)

**ODWOŁANIE**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie podstawowym z możliwością negocjacji na zadanie: **Dostawa baz danych GESUT i BDOT500 dla obrębów Powiatu Chrzanowskiego: Chrzanów, Pogorzyce i Zagórze, jednostka ewidencyjna: Chrzanów – miasto, nr sprawy: ZP.272.4.TP.2021** (dalej „postępowanie”).

1. Na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w imieniu PRZEDSIĘBIORSTWA USŁUGOWEGO ARCHI-SCAN SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Zabrze, zwanej dalej „Odwołującym”, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

- a) czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę IGEKA – Usługi geodezyjne i informatyczne, Daniel Jasiurkowski, ul. Jana Pawła II 35F, 33-340 Stary Sącz, zwanego dalej „IGEKA”, jako najkorzystniejszej oferty;
- b) czynności badania i oceny oferty złożonej przez Odwołującego;
- c) czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- d) zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

2. Przedmiotem zamówienia jest dostawa baz danych GESUT i BDOT500 dla obrębów Powiatu Chrzanowskiego: Chrzanów, Pogorzyce i Zagórze, jednostka ewidencyjna: Chrzanów – miasto. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowi załącznik A do SWZ – plik w formie PDF.

3. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych - Ogłoszenie nr 2021/BZP 00071373/01 z dnia 02 czerwca 2021r. Zamawiający zamieścił SWZ na strony internetowej prowadzonego postępowania pod adresem:

[https://platformazakupowa.pl/pn/powiat\\_chrzanowski](https://platformazakupowa.pl/pn/powiat_chrzanowski)

4. Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- a) zarzut naruszenia art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 266 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść nie jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- b) zarzut naruszenia art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 266 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy IGEKA jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

5. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru oferty IGEKA jako najkorzystniejszej,
- b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- d) w konsekwencji dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

6. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia,

wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poniósł szkodę, bowiem w świetle przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego znajduje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, przed ofertą wykonawcy IGEKA, gdyż przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej a zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, gdyby nie odrzucenie oferty Odwołującego, Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, gdyż zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

7. Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2021r. zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy IGEKA jako najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 26 czerwca 2021 r., co oznacza, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

8. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego po dniu 31 grudnia 2020 r. Z tego względu do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy Pzp. Tym samym, zgodnie z art. 513 ustawy Pzp, wniesienie niniejszego odwołania jest w pełni dopuszczalne.

## UZASADNIENIE

**I            Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 266 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść nie jest niezgodna z warunkami zamówienia, wskazać należy, co następuje.**

1. Jak to już podniesiono powyżej Zamawiający pismem z dnia 22 czerwca 2021r. zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy IGEKA jako najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Odnośnie odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał w ww. piśmie, że: „Oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 – jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca złożył w ofercie oświadczenie, że zatrudnia na umowę o pracę osoby, które będą brały udział przy realizacji zamówienia w zakresie opisanym w SWZ tj. kierownika prac posiadających uprawnienia zawodowe geodezyjne z zakresu 1 – geodezyjne pomiary sytuacyjnowysokościowe realizacyjne i inwentaryzacyjne, zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, określonymi w ustawie z dnia 17 maja 1989r. prawo geodezyjne i kartograficzne (tj. Dz. U. z 2020r. poz.2052). Zamawiający wymagał w SWZ zatrudnienia na umowę o pracę minimum 6 osób-geodetów przy realizacji zadania wykonujących czynności wynikające z przepisów ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne i wynikających z niej przepisów wykonawczych.”

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić i w żadnym wypadku nie uzasadnia ono twierdzenia jakoby treść oferty Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia.

2. Zamawiający wskazał w SWZ, pkt 5. Opis przedmiotu zamówienia, że:

„9. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności w zakresie realizacji zamówienia, noszące znamiona stosunku pracy w rozumieniu art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495). Wykonawca zobowiązany jest zatrudnić na umowę o pracę minimum 6 osób geodetów przy realizacji zadania wykonujących czynności wynikające z przepisów ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne i wynikających z niej przepisów wykonawczych.

10. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem realizacji zamówienia, Wykonawca będzie zobowiązany do niezwłocznego zatrudnienia na to miejsce innej osoby.”

Jest oczywiste i wynika wprost z przytoczonych powyżej postanowień SWZ, że dotyczą one dopiero etapu realizacji zamówienia oraz wyłącznie tego wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie (z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego), względnie podwykonawcy takiego wykonawcy. Nie ma też żadnych wątpliwości, że powyższe postanowienia nie mają zastosowania na etapie postępowania i nie dotyczą wykonawców na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia. Z powyższych postanowień w żaden sposób nie wynika, że już na etapie postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mają zatrudniać minimum 6 osób-geodetów. Zamawiający wskazał jasno i wyraźnie, że: „Wykonawca zobowiązany jest zatrudnić (a nie zatrudniać obecnie – przyp. Odwołującego) na umowę o pracę minimum 6 osób geodetów przy realizacji zadania (a nie na etapie składania ofert – przyp.

Odwołującego)”, czyli zatrudnić 6 geodetów w przyszłości, tj. dopiero na etapie realizacji zamówienia. Gdyby Zamawiający wymagał zatrudnienia minimum 6 osób-geodetów już na etapie postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, powyższe wymaganie brzmiałoby inaczej, np.: „Wykonawca ubiegający się o zamówienie na etapie składania ofert zobowiązany jest zatrudniać na umowę o pracę minimum 6 osób geodetów”. Tymczasem takiego postanowienia SWZ nie zawiera.

Co więcej, w pkt 10. Informacje o warunkach udziału w postępowaniu, jeżeli Zamawiający je przewiduje, ppkt 1.4. SWZ, Zamawiający odrębnie sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wskazał, że:

„O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy wykażą, że:

1) dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj.:

- dysponuje co najmniej jedną osobą - kierownikiem prac, który posiada aktualne geodezyjne uprawnienia zawodowe z zakresu: 1 - geodezyjne pomiary sytuacyjnowysokościowe, realizacyjne i inwentaryzacyjne, zgodne z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, określonymi w ustawie z dnia 17 maja 1989 r. prawo geodezyjne i kartograficzne (tj. Dz.U. z 2020r. poz. 2052)”

Z powyższego jasno i wyraźnie wynika, że na etapie na etapie postępowania, w szczególności na etapie składania ofert, wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mają dysponować tylko i wyłącznie jedną osobą, tj. właśnie ww. kierownikiem prac. Odwołujący wymaganym kierownikiem prac dysponuje, tj. zatrudnia go na podstawie umowy o pracę, co oświadczył w swojej ofercie.

**3.** Jest oczywiste, że przytoczone powyżej postanowienie SWZ, pkt 5. Opis przedmiotu zamówienia, ppkt 9, dotyczące wymogu zatrudnienia na umowę o pracę minimum 6 osób geodetów, wynika z art. 95. ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający określa w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania związane z realizacją zamówienia w zakresie zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie stosunku pracy osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności po-lega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2019 r. poz. 1040, 1043 i 1495). W ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (tj. z dnia 11 września 2019 r., Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), obowiązującej do końca 2020 r., analogiczna regulacja znajdowała się w art. 29 ust. 3a. Na gruncie tego ostatniego przepisu Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła m.in., że: „Brak jest podstaw do utożsamiania okoliczności dysponowania jako zasobem własnym określonymi osobami z zawarciem z nimi umów o pracę już na etapie złożenia oferty. Jak wyżej wskazano Zamawiający bowiem myli okoliczność wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które stanowią klasyczne oświadczenia wiedzy wykonawcy, z jego oświadczeniem woli o znaczeniu przedmiotowym, że na etapie realizacji przedmiotu zamówienia wskazane przez niego osoby będą wykonywały określone czynności na podstawie stosunku pracy” (wyrok z dnia 29 stycznia 2018 r., KIO 74/18). W ocenie Odwołującego analogiczną omyłkę popełnił Zamawiający w niniejszej sprawie, oceniając oświadczenie Odwołującego złożone w formularzu ofertowym jako niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący w formularzu ofertowym, w Części C. OŚWIADCZENIA, w pkt 8), złożył oświadczenie o następującej treści:

„8) oświadczam że zatrudniamy na umowę o pracę osoby które będą brały udział przy realizacji zamówienia w zakresie opisanym w SWZ tj.: kierownika prac, który posiada aktualne geodezyjne uprawnienia zawodowe z zakresu: 1 - geodezyjne pomiary sytuacyjnowysokościowe realizacyjne i inwentaryzacyjne, zgodne z obowiązującymi w tym zakresie przepisami, określonymi w ustawie z dnia 17 maja 1989 r. prawo geodezyjne i kartograficzne (tj. Dz.U. z 2020r. poz. 2052)”.

Powyższe oświadczenie zostało złożone zgodnie z przygotowanym przez Zamawiającego wzorem formularza ofertowego (Załącznik nr 1 do SWZ), tj.:

„8) oświadczam że zatrudniamy na umowę o pracę osoby które będą brały udział przy realizacji zamówienia w zakresie opisanym w SWZ tj.: .....

Jak wynika z powyższego, zarówno przygotowany przez Zamawiającego wzór oświadczenia jak i oświadczenie złożone przez Odwołującego odnoszą się do stanu istniejącego w momencie złożenia oferty: „oświadczam że zatrudniamy (a nie: zatrudnimy czy będziemy zatrudniać – przyp. Odwołującego) na umowę o pracę osoby które będą brały udział przy realizacji zamówienia w zakresie opisanym w SWZ”. Odwołujący, kierując się literalnym brzmieniem przygotowanego przez Zamawiającego wzoru oświadczenia, uznał, że ww. oświadczenie ma się odnosić do stanu aktualnego, tj. istniejącego w momencie złożenia oferty. Dlatego też Odwołujący zgodnie z prawdą oświadczył, że aktualnie zatrudnia na umowę o pracę kierownika prac, czyli niewątpliwie osobę, która będzie brała udział przy realizacji zamówienia w zakresie opisanym w SWZ. Z przygotowanego przez Zamawiającego wzoru oświadczenia w żaden sposób nie wynikało, że oświadczenie to ma dotyczyć 6 osób geodetów, których Wykonawca zobowiązany jest dopiero zatrudnić na umowę o pracę przy realizacji zadania. Zamawiający w żaden sposób nawet nie zasugerował, że w tym punkcie formularza ofertowego wykonawca ma się zobowiązać do zatrudnienia na umowę o pracę przy realizacji zadania minimum 6 osób-geodetów. Z treści przygotowanego przez Zamawiającego wzoru oświadczenia wynikało coś wręcz przeciwnego, tj. konieczność wskazania w tym punkcie jak wygląda stan aktualny, czyli istniejący w momencie złożenia oferty – kogo wykonawca aktualnie zatrudnia spośród osób, które będą brały udział przy realizacji zamówienia w zakresie opisanym w SWZ.

Odwołujący podkreśla, że z oświadczenia złożonego przez niego w pkt 8) formularza ofertowego w żaden sposób nie wynika, iż Odwołujący nie zatrudni na umowę o pracę przy realizacji zadania minimum 6 osób-geodetów wykonujących czynności wynikające z przepisów ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne i wynikających z niej przepisów wykonawczych. Powyższe oświadczenie nie tylko, że niczego takiego nie stwierdza, ale nawet nie sugeruje. Odwołujący oświadczył natomiast w pkt 4) w Części C. formularza ofertowego, że zapoznał się ze SWZ i akceptuje wszystkie warunki w niej zawarte, a zatem także warunek dotyczący wymaganego zatrudnienia na umowę o pracę przy realizacji zadania minimum 6 osób-geodetów. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, w szczególności obejmuje zobowiązanie do zatrudnienia na umowę o pracę przy realizacji zadania minimum 6 osób-geodetów wykonujących czynności wynikające z przepisów ustawy Prawo geodezyjne i kartograficzne i wynikających z niej przepisów wykonawczych.

4. Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazuje i podkreśla, że jeśli nawet intencją Zamawiającego było, aby w pkt 8) w Części C. formularza ofertowego złożyć oświadczenie dotyczące 6 osób geodetów, których Wykonawca zobowiązany jest dopiero zatrudnić na umowę o pracę przy realizacji zadania, to Zamawiający nie dał tej intencji wystarczającego wyrazu w treści SIWZ. W treści SIWZ (a zwłaszcza we wzorze formularza ofertowego) Zamawiający nie wskazał bowiem w żaden sposób ani nawet nie zasugerował, że pkt 8) w Części C. formularza ofertowego dotyczy powyższej kwestii.

Za wyrokiem Izby z dnia 24 kwietnia 2013 r., sygn. akt: KIO 867/13, Odwołujący wskazuje, że: „Dokumenty te (tj. SIWZ i ogłoszenie o zamówieniu – przyp. Odwołującego) wiążą również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się literalnym brzmieniem SIWZ oraz ogłoszenia, a także zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do kryteriów, jakimi będzie kierował się Zamawiający przy ocenie złożonych ofert. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert, a także zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia i podczas dokonywania czynności oceny granic tych nie może przekroczyć. Niedopuszczalna jest wobec tego ocena oparta o intencje Zamawiającego nie wyrażone wprost w SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.”

Z kolei za wyrokiem KIO z dnia 6 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 386/13, zauważyć należy, że: „(...) specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego - jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu k.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wyłącznie w sytuacji wskazanej w art. 38 ust. 4 ustawy P.z.p. Zgodnie ze wskazanym przepisem w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dokonaną zmianę specyfikacji zamawiający przekazuje niezwłocznie wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia, a jeżeli specyfikacja jest udostępniana na stronie internetowej, zamieszcza ją także na tej stronie.

Z powyższego wynika, iż zamawiający może zmienić siwz wyłącznie wtedy, gdy nie upłynął jeszcze termin składania ofert. Stosując wykładnię a contrario wskazanego przepisu stwierdzić należy, że zmiana siwz po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalna.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 roku, sygn. akt III Ca 70/15, trzeba podkreślić natomiast, że: „Zapisy w SIWZ (..) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...)”

Również w orzecznictwie KIO nie budzi żadnych wątpliwości, że nieprecyzyjne i wieloznaczne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Tytułem przykładu wskazać można tutaj na stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO 473/14 z dnia 28 marca 2014 r.: „Jeżeli zatem Zamawiający tak ukształtował postępowanie, że zapisy opracowanej przez Niego specyfikacji istotnych warunków zamówienia wprowadzały wykonawców w błąd i dawały możliwość różnej interpretacji jej postanowień, czego następstwem mogło być odrzucenie oferty, winien podjąć starania w celu zniwelowania skutków takiego działania i przyjąć na siebie konsekwencje własnej niestaranności. W przeciwnym bowiem wypadku skutkami nieprecyzyjnego opisu zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie dającego możliwości naprawienia zostaliby obciążeni wykonawcy. Przenoszenie ciężaru i skutków braku precyzji Zamawiającego na wykonawców, przejawiające się odrzuceniem oferty stanowiłoby nadużycie prawa, które nie zasługuje na ochronę. Postępowanie o zamówienie publiczne musi uwzględniać pewną równość reguł zarówno wobec wykonawców, jak i zamawiającego. Wprawdzie postępowanie to jest postępowaniem w obrocie profesjonalnym, wykonawcy winni zatem wykazać należytą staranność przejawiającą się zawodowym charakterem jej działalności, co stawia zasadnym oczekiwanie dokładnego zapoznania się z dokumentami postępowania, ale staranność ta nie może sięgać tak daleko, by stawiać wobec wykonawców postulat wnioskowania na podstawie dokumentów postępowania o nieprecyzyjnym brzmieniu o intencji zamawiającego.”

Generalnie w orzecznictwie KIO i Sądów Okręgowych nie budzi wątpliwości, że: „W przypadku, gdy istnieje kilka możliwości interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający nie może rodzić negatywnych następstw dla wykonawcy. Utrwalona linia orzecnicza sądów powszechnych, Krajowej Izby Odwoławczej, przyjmuje, że okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownych wymogów nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Stanowisko takie zostało wyrażone między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 r. (XIX Ga 80/07). Również Sąd Okręgowy w Bydgoszczy, VIII Wydział Gospodarczy w wyroku z dnia 10 maja 2017 r. w sprawie VIII Ga 43/17



podkreślił, że: W przekonaniu Sądu należy w konsekwencji stwierdzić – przy uwzględnieniu ww. ugruntowanej w orzecznictwie zasady, że nieprecyzyjne i wieloznaczne postanowienia (...) w zakresie wiedzy i doświadczenia nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy – że stawiany przez zamawiającego warunek miał charakter otwarty." (cytat za wyrokiem Izby z 10 października 2017 r., sygn. akt KIO 1994/17).

Odnosząc powyższe wypowiedzi orzecznictwa do niniejszej sprawy wskazać trzeba, że uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego opiera się wyłącznie na wyobrażeniach i interpretacjach Zamawiającego, a nie na tym, co rzeczywiście wynika z literalnego brzmienia SWZ, a zwłaszcza ze wzoru formularza ofertowego. Jest też oczywiste, że niewyrażonych wprost w treści SWZ wymogów nie można wprowadzać na obecnym etapie postępowania, tj. po upływie terminu składania ofert. Co więcej, prezentowana przez Zamawiającego wykładnia SWZ ma charakter restrykcyjny i skutkuje wyeliminowaniem oferty Odwołującego z postępowania, co jest kolejnym argumentem za jej niedopuszczalnością. Odwołujący podkreśla ponadto, że odrzucenie jego oferty opiera się na wykładni warunków zamówienia innej niż literalna, i to wykładni niedozwolonej, bowiem prowadzącej do zmiany warunków zamówienia po terminie składania ofert.

Podsumowując, rzekoma niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w rzeczywistości nie ma miejsca a tym samym nie ziszczyły się przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

**II      Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 i 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 266 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy IGEKA jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, wskazać należy, co następuje.**

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, oferta złożona przez Odwołującego została bezzasadnie odrzucona przez Zamawiającego, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która jest najkorzystniejszą ofertą w rozumieniu art. 239 ust. 2 ustawy Pzp, tj. przedstawia najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Z poważaniem

Wojciech Mikoda

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości
2. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
3. odpis z KRS dla Odwołującego