

Sygn. akt: XXIII Zs 116/23

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 stycznia 2024 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Anna Gałas

Sędziowie: Bernard Litwiniec

Aleksandra Komór

Protokolant: sekr. sąd. Weronika Banach

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 29 stycznia 2024 r. w Warszawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego Gminy B.

odwołującego: S. W. i E. G. jako wspólnicy spółki cywilnej (...)
(...)s.c. w C.

wykonawców: M. K., (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w J.

na skutek skargi zamawiającego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 20 października 2023 r., sygn.
akt: KIO 2949/23

1. zmienia zaskarżony wyrok w całości i oddala odwołanie oraz kosztami postępowania odwoławczego w całości obciąża odwołującego i zasądza od S. W. i E. G. na rzecz Gminy B. solidarnie kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego za czas po upływie tygodnia od dnia ogłoszenia wyroku zobowiązanemu do dnia zapłaty,

2. zasądza od S. W. i E. G. na rzecz Gminy B. solidarnie kwotę 48.600 zł (czterdzieści osiem tysięcy sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego od dnia uprawomocnienia się orzeczenia do dnia zapłaty.

Bernard Litwiniec Anna Gałas Aleksandra Komór

Sygn. akt: XXIII Zs 116/23

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 31 stycznia 2024 r. w całości

Gmina B. (dalej też: zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli oraz PSZOK na terenie gminy B. w roku 2024”, nr referencyjny: (...) Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), dalej jako ustawa PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28 lipca 2023 pod numerem: (...)

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S. W., E. G. działającymi w ramach spółki cywilnej pod nazwą (...) s.c. S. W., E. G. (dalej: odwołujący) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu dla części 1 oraz części 2, polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę(...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej jako: wykonawca, (...));
- zaniechaniu wezwania wykonawcy (...) do wyjaśnień w zakresie ceny złożonej oferty, a w szczególności w zakresie istotnej części ceny składowej oferty, tj. ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 [Mg] odpadów komunalnych;
- nieprawidłowym dokonaniu wyboru oferty wykonawcy (...) w postępowaniu.

W odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie: art. 239 ustawy PZP w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP (dalej: ustawa PZP) poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, w sytuacji, gdy wykonawca (...) powinien zostać wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny swojej oferty z uwagi na fakt, że cena istotnej części składowej ceny oferty wykonawcy (...) tj. ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 [Mg] odpadów komunalnych jest nierealnie niska i po stronie zamawiającego powinna wzbudzić poważne wątpliwości. Powyższe stanowi o jednoczesnym dokonaniu przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Innymi słowy zamawiający zaniechał wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty wykonawcy (...) i w konsekwencji przedwcześnie dokonał wyboru oferty (...) jako najkorzystniejszej.

W oparciu o ten zarzut odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wezwanie do wyjaśnień w zakresie ceny oferty wykonawcy (...), w szczególności w zakresie ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 [Mg] odpadów komunalnych;
3. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej dopiero po ustaleniu czy wykonawca (...) złoży wyjaśnienia, a jeżeli złoży to po ustaleniu czy z ich treści wynika uzasadnienie dla tak niskiej ceny oferty.

W uzasadnieniu zarzutów i żądań odwołujący wskazał, że w postępowaniu, które prowadzi zamawiający zostały złożone oferty zgodnie z poniższym zestawieniem:

a) Część 1: (...) – 1.663.812 zł (cena jednostkowa brutto za 1Mg odpadów komunalnych: 924,34 zł), (...) 1.764.000 zł (cena jednostkowa brutto za 1Mg odpadów komunalnych: 980 zł)

b) Część 2: (...) 569.586 zł (cena jednostkowa brutto za 1Mg odpadów komunalnych: 949,31 zł), (...) 630 000 zł (cena jednostkowa brutto za 1Mg odpadów komunalnych: 1.050.000 zł).

Zamawiający w dniu 25 września 2023 r. dokonał wyboru, jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty wykonawcy (...) z naruszeniem przepisów ustawy PZP. Zamawiający odmówił unieważnienia czynności wyboru - swoje stanowisko przedstawiając w treści pisma z dnia 5 października 2023 r.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący przywołał treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP. W ocenie odwołującego, zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu bez uprzedniego zweryfikowania czy cena oferty wykonawcy (...) nie jest rażąco niska, pomimo, że cena jednostkowa zaoferowana przez wykonawcę (...):

1) Pomimo braku wyjątkowo sprzyjających okoliczności po stronie tego Wykonawcy, mających wpływ na możliwość obniżenia kosztów wykonania umowy jest niższa niż najniższa stawka w ubiegłorocznym przetargu. Faktem notoryjnym jest powszechnie panujący wzrost cen, który przekłada się na wzrost kosztów realizacji przedmiotu umowy w tym Postępowaniu, w stosunku do postępowania sprzed roku, obejmującego ten sam zakres zamówienia.

2) Pomimo, że wykonawca (...) we wszystkich postępowaniach przetargowych, w których składa ofertę w zakresie tożsamego przedmiotu postępowania jak w tym postępowaniu oferuje cenę jednostkową za 1Mg odpadów komunalnych na poziomie powyżej 1.100 zł.

Odwołujący wskazał, że cena zaoferowana przez wykonawcę (...) jest ceną rażąco niską jednak z uwagi, że przed zastosowaniem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP konieczne jest zastosowanie procedury wyjaśnień, zarzut odrzucenia oferty byłby przedwczesny. Na tym etapie wystąpiło zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Zdaniem odwołującego zamawiający winien wdrożyć procedurę weryfikacji prawidłowości sposobu kalkulacji ceny oferty wykonawcy (...).

W odpowiedzi na odwołanie, zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu zamawiający wskazał m.in. na to, że podstawą prawną sporu, jaki podlegać będzie rozstrzygnięciu w niniejszym postępowaniu przed KIO jest art. 224 ustawy PZP. Wskazana norma prawna dotyczy wyjaśnień rażąco niskiej ceny lub kosztu. W ocenie zamawiającego rozważając brzmienie ust. 1 i ust. 2 pkt 1 tej normy, zamawiający działał zgodnie z prawem, a zarzuty odwołania, mające ostatecznie prowadzić do unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i wymuszenia na zamawiającym czynności wezwania drugiego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, są nieuprawnione i stanowią nadinterpretację wskazanych przepisów.

Zamawiający przywołał treść art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Wskazał, że ustawodawca posługuje się niedookreślonym zwrotem - wydają się, budzą wątpliwości. Pozostawia to zamawiającemu bardzo duży margines interpretacyjny w odniesieniu do jego subiektywnego spojrzenia. Wrażenie zamawiającego wynika przede wszystkim z jego dotychczasowego doświadczenia w udzielaniu zamówień publicznych, a zwłaszcza zamówień tego typu. Dodatkowo zamawiający dokonuje porównań z innymi złożonymi w postępowaniu ofertami. Dysponując wiedzą o wartości szacunkowej zamówienia odnosi się do także do cen rynkowych. W okolicznościach tej konkretnej sprawy zamawiający nie miał wrażenia, że złożone przez obu oferentów ceny są rażąco niskie.

Zamawiający powołał to, że ma obecnie okazję współpracować z odwołującym się w tym postępowaniu (firmą (...)), jak i przystępującym do niego po stronie zamawiającego ((...)). Oba podmioty, co do zasady, rzetelnie i zadawalająco wywiązują się z realizacji umów. Ocena wartości rynkowej oferowanych tutaj usług jest bardzo utrudniona, gdyż w okolicznych jednostkach samorządu terytorialnego od lat usługi, będące przedmiotem postępowania wykonują te same podmioty. To na terenie gminy B. - zamawiającego w niniejszym postępowaniu - sytuacja jest inna, gdyż doszło do swoistej konkurencji między dwoma przedsiębiorcami, starającymi się o rynek: firmą (...) i (...). Ta konkurencja jest oczywiście bardzo korzystna z punktu widzenia interesu zamawiającego, stąd dokonując wstępnej analizy ofert, porównując je między sobą, widząc pomiędzy nimi nieznaczne różnice w wysokości proponowanych cen, zamawiający nie powziął żadnych wątpliwości co do rzetelności proponowanych ofert i nie miał wątpliwości, że

w cenach oferowanych przez obu wykonawców uczestniczących w postępowaniu realizacja zadania publicznego jest możliwa.

Zamawiający przywołał treść art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy PZP. Zamawiający dokonał niejako „matematycznej,, weryfikacji ofert nie znajdując żadnych podstaw do wzywania któregoś z wykonawców do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnośnie ceny. Z analizy zamawiającego wynika, że żadna z cen ofertowych nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Nie jest również niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen.

Powyższe wyliczenia potwierdziły, że cena zaoferowana przez wykonawcę (...) jest ceną realną i rynkową. Ponadto cena zaoferowana przez wykonawcę (...) nie budzi wątpliwości Zamawiającego, o których mowa w art. 224 ust. 1 ustawy PZP.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia M. K. prowadzący działalność pod firmą (...) (...), (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w J. zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. (...) odniósł się do zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 20 października 2023 r. uwzględniła odwołanie oraz nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia M. K. prowadzącego działalność pod firmą (...), (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w J. do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 [Mg] odpadów komunalnych (pkt 1.), kosztami postępowania odwoławczego obciążyła zamawiającego Gminę B. (pkt 2.) i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.1.) oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem uiszczonych wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (pkt 2.2.).

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy PZP.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na względzie art. 535 ustawy PZP, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a mianowicie:

1. kalkulację przedłożoną przez uczestnika postępowania wraz z odpowiedzią na odwołanie 2. dowody odwołującego przedłożone na rozprawie

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz z PSZOK na terenie gminy B. w roku 2024. Nadto stwierdziła, że opisany w treści odwołania oraz w odpowiedziach na odwołanie stan faktyczny sprawy według Izby odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne uznała za zbędne jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiający wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje na uwzględnienie. O zasadności zarzutu odwołania zdecydowała kalkulacja ceny przedłożona przez uczestnika postępowania oraz dowody złożone przez odwołującego na rozprawie, w szczególności cenniki za przyjęcie odpadów do instalacji.

Izba zgodziła się z twierdzeniami uczestnika postępowania wyrażonymi w odpowiedzi na odwołanie, iż odwołanie nie dotyczy zarzutu rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie nie ma konieczności przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny. Jednakże, jak wskazała w uzasadnieniu wyroku, z powodów znanych tylko jemu, taką kalkulację (...) złożył. Skoro zatem według KIO dowód taki do Izby wpłynął, to Izba nie mogła zignorować okoliczności w nim wskazanych. Wskazując na to, KIO stwierdziła, że rację ma odwołujący, iż ceny podane w kalkulacji w zestawieniu ich z przedłożonymi przez odwołującego cennikami budzą wątpliwości, co do prawidłowości i realności zaoferowanej ceny i w pełni potwierdzają zasadność zarzutu odwołania.

Dokonując oceny tych dokumentów Izba najpierw podniosła, iż (...) w kalkulacji ceny wskazał, że koszt odbioru 1 Mg odpadów o kodzie (...) oraz (...) wynosi (...) PLN. Nadto, w wyjaśnieniach pod tabelą wskazał, że koszt odbioru 1 Mg odpadów danej frakcji zawiera koszty osobowe i koszty paliwa. Następnie KIO uznała, że nie wiadomo w jaki sposób koszty te zostały skalkulowane ani też jakie założenia uczestnik przyjął do kalkulacji. W ocenie Izby taka wartość już na pierwszy rzut oka powinna zrodzić w zamawiającym wątpliwość co do realności wskazanej w ofercie ceny.

Dalej, jak wywiedziono w uzasadnieniu, w kalkulacji ceny w kol. 4 (...) wskazał „pozostałe koszty okołozakładowe”, na które składają się koszty: administracyjne, magazynowe, zakupu gwarancji ubezpieczeniowej, ewentualne kary z tytułu nieosiągnięcia wymaganych poziomów odzysku w 2024 roku, leasingu, serwisu pojazdów, eksploatacji urządzeń GPS oraz ETOLL, koszty zakupu materiałów. Według KIO, nie wiadomo jednak w jaki sposób koszty te zostały skalkulowane ani też jakie założenia uczestnik przyjął do kalkulacji.

Osobno, KIO wywiodła i oceniła, że w okolicznościach sprawy, w toku badania i oceny ofert faktycznie ceny zaoferowane przez obu wykonawców mogły nie wzbudzić zasadniczych wątpliwości zamawiającego co do ich realności. Jednakowoż według KIO sytuacja zmieniła się w momencie otrzymania od uczestnika postępowania odpowiedzi na odwołanie wraz z kalkulacją ceny. W ocenie KIO, biernie godząc się ze złożoną przez uczestnika postępowania kalkulacją, zamawiający nie może liczyć, że Izba pominie ww. dowód jakby nigdy nie istniał.

W konsekwencji KIO powołała treść art. 552 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba wydając wyrok bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia postępowania odwoławczego. Co za tym idzie, wydając orzeczenie merytoryczne, skład orzekający bierze pod uwagę stan sprawy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy, czyli uwzględnia również zdarzenia zaistniałe w trakcie postępowania już po wniesieniu odwołania. Skład orzekający w sprawie ocenił, że Izba winna zatem wziąć pod uwagę dowody oraz informacje zgromadzone w toku postępowania odwoławczego.

W ocenie KIO, zamawiający w toku postępowania odwoławczego pozyskał informację podważającą wiarygodność ceny zaoferowanej przez uczestnika postępowania (nota bene złożoną przez niego samego) i obowiązany był ją przeanalizować.

Biorąc powyższe pod rozwagę, w ocenie KIO w przedmiotowej sprawie zaistniała konieczność skierowania do uczestnika postępowania wezwania do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

Powyższe skutkowało uwzględnieniem odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1), pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz.

2437).

Skargę od tego wyroku wniósł zamawiający, zaskarżając wyrok w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zamawiający zarzucił:

1) naruszenie przepisów postępowania odwoławczego mające istotny wpływ na wynik postępowania tj. art. 552 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego wadliwą wykładnię polegającą na przyjęciu, że stwierdzenie, iż „wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego” równoznaczne jest z przyjęciem, że to na moment orzekania oceniana jest poprawność dokonanej/zaniechanej czynności zamawiającego, a w konsekwencji uzasadnione jest uwzględnienie przez Izbę dowodów przedstawionych przez strony w toku postępowania odwoławczego i przez ich pryzmat ocenianie poprawności zachowania zamawiającego, mimo że nie dysponował on nimi na moment podejmowania czynności, podczas gdy ocena poprawności czynności dokonanej przez Zamawiającego powinna być dokonywana w oparciu o stan faktyczny (stan rzeczy) z chwili jej podjęcia, co doprowadziło do błędnej oceny wadliwości podjęcia/zaniechania czynności przez Zamawiającego, a w konsekwencji uwzględnienia odwołania;

2) naruszenie przepisów postępowania odwoławczego mające istotny wpływ na wynik postępowania tj. art. 555 PZP w zw. z art. 513 pkt. 1 i 2 ustawy PZP poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i wydanie orzeczenia w przedmiocie czynności Zamawiającego nieobjętej zakresem wniesionego odwołania, a polegającej na zaniechaniu wystosowania wezwania w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP w świetle nowo ujawnionych dowodów w toku postępowania odwoławczego, podczas gdy zakresem wniesionego odwołania mogła być i była wyłączenie czynności dokonana i zaniechana przez Zamawiającego na etapie oceny i badania ofert w toku postępowania przetargowego (a nie czynności Zamawiającego w toku C postępowania odwoławczego), co w konsekwencji doprowadziło do wyjścia w toku postępowania odwoławczego poza zakres wynikający z wniesionego odwołania, a w konsekwencji uwzględnienia odwołania;

3) naruszenie przepisów postępowania odwoławczego mające istotny wpływ na wynik postępowania tj. art. 542 ust. 1 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i przyznanie przymiotu mocy dowodowej dokumentom przedstawionym przez przystępującego i odwołującego w toku postępowania odwoławczego i w oparciu o nie dokonanie oceny poprawności czynności dokonanej przez zamawiającego w toku postępowania przetargowego, podczas gdy zamawiający na chwilę podejmowania czynności nie dysponował dowodami przedstawionymi przez przystępującego i odwołującego w toku

postępowania odwoławczego, a tym samym nie mogą one mieć wpływu na ocenę poprawności dokonanej przez niego czynności, co doprowadziło do błędnego uznania, że przedstawione dowody świadczą o błędnej czynności zamawiającego, a w konsekwencji uwzględnienia odwołania;

4) naruszenie przepisów postępowania odwoławczego mające istotny wpływ na wynik postępowania tj. art. 554 ust. 1 pkt. 1 ustawy PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uwzględnienie odwołania wniesionego przez S. W. i E. G. wspólników spółki cywilnej (...) s.c., podczas gdy odwołanie winno podlegać oddaleniu, bowiem Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów podniesionych w odwołaniu i prawidłowo dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum Firm: (...) oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (Partner Konsorcjum).

W skardze sformułowano nadto wnioski dowodowe o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

- specyfikacji warunków zamówienia opracowanej na potrzeby niniejszego postępowania przetargowego wraz z opisem przedmiotu zamówienia dotyczącym pierwszej i drugiej części zamówienia na wykazanie faktu zakresu przedmiotowego postępowania przetargowego, zakresu czynności i zadań wykonawców, których wycena winna być uwzględniona w ofertach składanych przez wykonawców,

- formularza ofertowego złożonego w toku postępowania przetargowego przez Konsorcjum Firm: PHU (...) (Lider Konsorcjum) oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (Partner Konsorcjum) na wykazanie faktu poprawności wyceny uwzględnionej w złożonej ofercie, zaproponowania ceny niewydającej się rażąco

niskiej i nie budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Skarżący też z ostrożności procesowej, na wypadek kwestionowania przez przeciwnika skargi poprawności wyceny uwzględnionej w ofercie Konsorcjum Firm: (...) (Lider Konsorcjum) oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (Partner Konsorcjum), złożył wniosek ewentualny o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z pisemnej opinii biegłego z zakresu gospodarki odpadami ze specjalizacją dotyczącą wyceny świadczonych usług z zakresu odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz z PSZOK na wykazanie faktu poprawności wyceny uwzględnionej w złożonej ofercie, zaproponowania ceny niewydającej się rażąco niską i nie budzącej wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w oparciu o dokumenty jakimi dysponował Zamawiający na etapie oceny i badania ofert tj. odpowiedzi napytanie czy cena zaproponowana przez Konsorcjum Firm: (...) (Lider Konsorcjum) oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa (Partner Konsorcjum) winna wydawać się zamawiającemu, dokonującemu takiej oceny w toku postępowania przetargowego w oparciu o doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, jako rażąco niska bądź winna budzić wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wskazując na zarzuty, skarżący wniósł o uwzględnienie skargi w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez zamianę zaskarżonego wyroku tj. oddalenie odwołania w całości i zasądzenia od odwołującego S. W. i E. G. wspólników spółki cywilnej (...) s.c. na rzecz zamawiającego - Gminy B. kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Ponadto, wniósł o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych wraz z odsetkami, w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego, za czas od dnia uprawomocnienia się orzeczenia do dnia zapłaty.

W odpowiedzi na skargę, odwołujący wykonawca wniósł o oddalenie skargi w całości jako oczywiście bezzasadnej; oddalenie wniosku ewentualnego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z pisemnej opinii biegłego z zakresu gospodarki odpadami ze specjalizacją dotyczącą wyceny świadczonych usług - z uwagi na jego oczywistą bezzasadność, ponieważ przedmiotem sporu nie jest kwestia dotycząca wyceny przedmiotu zamówienia a kwestia istnienia wątpliwości co do realności ceny uczestnika postępowania - wykonawcy (...); zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym według norm przepisanych.

Uczestnik postępowania skargowego, wykonawca (...), jako przystępujący po stronie zamawiającego uczestnik postępowania odwoławczego, przedstawił swoje stanowisko w sprawie w piśmie procesowym z dnia 23 stycznia 2024 r. popierając w całości stanowisko i zarzuty skarżącego, domagając się ich uwzględnienie. Uczestnik wniósł o uwzględnienie skargi Gminy B. i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez zamianę zaskarżonego wyroku KIO z dnia 20 października 2023 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2949/23 i oddalenie odwołania w całości i zasądzenia od przeciwnika skargi na rzecz (...) kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych z odsetkami ustawowymi za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego za czas od uprawomocnienia się do dnia zapłaty.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się zasadna w całości, co skutkowało koniecznością zmiany zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenia, co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania, jako bezzasadnego.

Sąd Okręgowy podzielił tylko te niesporne ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą, które odnoszą się do opisu przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego, mające odzwierciedlenie w dokumentach wytworzonych w trakcie tego postępowania i niespornych stanowiskach uczestników.

Sąd Okręgowy uznał za trafne zarzuty błędnych ustaleń co do faktu, że skarżący bezzasadnie zaniechał czynności wezwania wykonawcy (...) do złożenia wyjaśnień i przedstawienia dowodów wyliczenia ceny wobec przedłożonych zamawiającemu dokumentów. Nie potwierdził się zarzut odwołania wadliwego wyboru oferty wykonawcy, który zdaniem odwołującego zaoferował cenę istotnej części składowej ceny tj. ceny za odbiór i zagospodarowanie 1 [Mg] odpadów komunalnych nierealnie niską, co po stronie zamawiającego powinno wzbudzić poważne wątpliwości, co z kolei miałyby obligować zamawiającego do czynności wyjaśniających określonych ustawą PZP i następnie w tym zakresie ponownego badania i oceny ofert.

W ocenie Sądu, Izba odnośnie do opisanej oceny oferty w sposób nieuprawniony przeprowadziła postępowanie dowodowe, niejako wchodząc w rolę zamawiającego zupełnie abstrahując od tego, co w świetle stanu faktycznego i podstaw prawnych tenże zamawiający powinien i mógł uczynić, w szczególności aby nie naruszyć obowiązującego prawa i działać na jego podstawie oraz w jego granicach. Skutkiem czego zarzuty sformułowane w skardze w zakresie naruszenia art. 555 ustawy PZP i art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP były zasadne, do czego szerzej sąd odniesie się poniżej.

Krajowa Izba Odwoławcza może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów objętych odwołaniem (a contrario art. 555 ustawy PZP), a uznając w swoim orzeczeniu zasadność odwołania winna respektować ustawowy zakres czynności lub zaniechań zamawiającego, który podlega zaskarżeniu odwołaniem. Ustawową podstawę odwołania kreuje przepis art. 555 ustawy PZP i wedle jego treści (pkt 1), odwołanie przysługuje na: 1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy (...). W skromnym uzasadnieniu części prawnej zaskarżonego wyroku próżno szukać, jaki przepis ustawy PZP naruszył zamawiający przy czynności zaskarżonej odwołaniem tj. czynności wyboru oferty. Brak jest też oceny prawnej odnośnie do zaniechania czynności zamawiającego przed owym wyborem oferty tj. ewentualnie wadliwym w owym czasie zaniechaniem wezwania wykonawcy do wyjaśnienia ceny. Sąd dostrzega specyficzną sytuację w sprawie, gdy to dokumenty złożone przez KIO spowodowały wątpliwości Izby, co do ceny. To jednak nie może powodować rozszerzenia zakresu odwołania, gdy zakresem odwołania mogła być i była czynność dokonana i zaniechana przez zamawiającego na etapie oceny i badania ofert a nie na etapie postępowania odwoławczego i dalej rozszerzenia zakresu orzekania, gdy faktycznie orzeczenie KIO wychodzi poza ramy wniesionego odwołania i w efekcie nie odnosi się w ogóle do podważanej czynności czy zaniechania zamawiającego.

Sąd uznał za zasadne zarzuty naruszenia art. 552 ust. 1 ustawy PZP i art. 542 ust. 1 ustawy PZP. Rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Ocena ta winna być efektem wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, logiczna, zgodna z zasadami doświadczenia życiowego z uwzględnieniem racjonalnych aspektów związku dowodów z istotą ocenianych zagadnień faktycznych i prawnych, a także co istotne odnosić się do zaskarżonej odwołaniem czynności/zaniechania zamawiającego (w sprawie nie wchodzi w grę inny zakres odwołania). Tymczasem, jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku Izba stwierdziła w oparciu o jeden dokument złożony przez uczestnika wykonawcę (...) tj. jego kalkulację, że zamawiający powinien wszcząć procedurę wyjaśnienia ceny. Powzięte wątpliwości przez Izbę, bez analizy i oceny innych dowodów oraz stanowisk uczestników doprowadziły Izbę do wniosku, że zamawiający zaniechał procedury wyjaśnień. Takie stanowisko Izby (ocena) faktycznie wypacza sens i cel postępowania dowodowego w toku procedury odwoławczej, której istotą powinno być zgromadzenie materiału dowodowego, jego ocena w całości i rozstrzygnięcie sprawy z uwzględnieniem stanu rzeczy ustalonego w toku postępowania.

W związku z tym, że Izba w istocie nie dokonała oceny dowodów i stanowisk stron w postępowaniu odwoławczym, Sąd Okręgowy był zobligowany do samodzielnej oceny całego

materiału dowodowego w zakresie objętym zaskarżeniem i zarzutami i co istotne zakresem orzekania KIO. Istota skargi bowiem sprowadzała się do zakresu orzekania KIO w znaczeniu podstawy do wydania przez KIO wyroku uwzględniającego odwołanie w stanie faktycznym i zasadniczo procesowym w tej sprawie tj. gdy złożono dokument, którego zamawiający nie znalazł w dacie podejmowania zaskarżonej czynności. Co więcej, dokument ów nie był obligatoryjnym elementem zaskarżonej czynności. Nie składał go też odwołujący.

Rozstrzygając zatem w pierwszym rzędzie była ocena zarzutu naruszenia art. 552 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Sąd wskazuje na to, że treść tego przepisu jest inna niż w dotychczasowej tj. w obowiązującej do końca 2020 r. ustawie PZP - regulacji zakresu tzw. podstaw wydania wyroku przez KIO. Konkretnie art. 191 ust. 2 poprzedniej ustawy PZP stanowił, że wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Do tejże regulacji nawiązuje też część orzeczeń powołanych w skardze, szczególnie sądowych. Aktualnie, nie ma wątpliwości, że KIO może wydać wyrok w oparciu o ustalenia poczynione na podstawie dowodów złożonych do zamknięcia rozprawy w postępowaniu odwoławczym.

Przepis art. 552 ust. 1 ustawy PZP w istocie nie budzi wątpliwości, co do tego, że aktualnie podstawą wydania wyroku przez KIO musi być stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Kwestią zasadniczą jest interpretacja „stanu rzeczy” w odniesieniu do okoliczności tej sprawy. Chodzi wyłącznie o zakres kognicji KIO, która orzeka co do prawidłowości czynności względnie zaniechania zamawiającego, i to jego czynności czy zaniechania dotyczyć może ów istotny dla rozstrzygnięcia stan rzeczy.

Bez wątplenia zaskarżony wyrok został wydany w efekcie merytorycznego rozpoznania odwołania, które opierało się tylko na podważeniu złożonej oferty w aspekcie ceny tej oferty, bez objęcia zarzutami oceny kalkulacji złożonej przez uczestnika (...) wraz z pismem z dnia 13 października 2023 r. Natomiast, ta kalkulacja zdecydowała według KIO o zasadności zarzutu odwołania oraz dodatkowo dowody złożone przez odwołującego na rozprawie przed KIO, w szczególności cenniki za przyjęcie odpadów do instalacji. W ocenie sądu owe cenniki nie zostały w ogóle przez KIO ocenione, przy czym ma to znaczenie o tyle, że brak tej oceny świadczy o braku podstaw do uwzględnienia odwołania, ponieważ odwołujący zarzutów z nich wynikających nie powoływał.

Należy zwrócić uwagę na to, że odwołanie nie dotyczyło zarzutu rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie nie było konieczności przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny. Takiej przecież nie złożył drugi oferent, choćby dla równości broni uczestników w takiej samej sytuacji faktycznej i prawnej. Jeżeli zatem, jak w tej sprawie (...) złożył w postępowaniu odwoławczym taką kalkulację, to mogła ona być elementem ustaleń, o których mowa w art. 552 ust. 1 ustawy PZP. Należy jednak zwrócić uwagę, że zarzut odwołania odnosi się do jednego głównego przepisu art. 239 ustawy PZP (zasady oceny ofert). Stanowisku odwołującego, odwołanie i dalsza argumentacja w istocie nie dotyczy wezwania do wyjaśnień tzw. fakultatywnych, powołania konkretnych okoliczności, jakie kreują podstawy z art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Stanowisko odwołującego wskazywało na konieczność wezwania do tych wyjaśnień tzw. fakultatywnych z art. 224 ust. 1 ustawy PZP ale powołuje dane i liczby do zastosowania art. 224 ust. 2 ustawy PZP. Ta regulacja w ogóle nie mogła mieć zastosowania z powodów przytoczonych przez zamawiającego i podanych procentowych danych w odpowiedzi na odwołanie – odwołujący nawet nie próbował tego obalić.

Natomiast powołany w zarzutach przepis art. 224 ust. 1 stanowi, że jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w

tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Wskazane w ustawie „żądanie” zamawiającego powinno mieć faktyczne uzasadnienie, ponieważ w wezwaniu do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych zamawiający musi określić swoje wątpliwości, aby wykonawca wiedział, co należy wyjaśnić i co konkretnie było przyczyną powziętych wątpliwości. W ocenie Sądu Okręgowego, sama okoliczność, że wykonawca (...) zaoferował cenę niższą od ceny z poprzedniego zamówienia, nie stanowiłaby w tych okolicznościach żadnego merytorycznego argumentu, szczególnie w świetle odpowiedzi tego uczestnika i zamawiającego, który wskazuje na taką samą okoliczność w zadaniu nr 2, co do samego odwołującego. Co więcej, różnice ceny ofert nie są znaczne i za daną wartością może przemawiać zbyt wiele istotnych okoliczności związanych z dotychczasową realizacją zamówienia oraz cechami każdego z tych uczestników.

Natomiast, pozostałe okoliczności słusznie Izba uznała za bez znaczenia dla prawidłowości działań zamawiającego tj. zaniechania wszczęcia procesu wyjaśnień w czasie od złożenia oferty do jej oceny i wyboru. Sąd to stanowisko Izby w całości podziela. Nie

można jednak abstrahować od tego, że zostało skutecznie wszczęte postępowanie

odwoławcze z zakresem kwestionowanych czynności i zaniechań a w tym postępowaniu

zgodnie z art. 534 ust. 1 ustawy PZP strony i uczestnicy postępowania mogą wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Takie dowody zostały złożone: (...) złożył kalkulację oraz pismo z dnia 13 października 2023 r., które KIO po prostu w sposób niedopuszczalny zignorowała abstrahując od ocenianej i zarzucanej jako wadliwa czynności oceny ofert, w tym w aspekcie prawa materialnego. Innymi słowy KIO pominęła argumenty towarzyszące złożonej kalkulacji a mające uzasadniać realność zaoferowanej ceny. Co prawda odwołujący złożył stanowisko, co do tej kalkulacji ale nie wyjaśnił, na jakiej podstawie podczas oceny ofert, to ona sam a, co najistotniejsze

zamawiający miał mieć wątpliwości odnośnie do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tę cenę, jaką zaoferował wykonawca (...). Jednocześnie to

stanowisko jest gołosłowne, ponieważ cenniki, a w zasadzie 2 cenniki zupełnie abstrakcyjne

co miejsca, czasu i zakresu ich zastosowania, nie potwierdzają zasadności stanowiska odwołującego, co do zastosowania art. 224 ust. 1 ustawy PZP, ani też nie podważają prawidłowości kalkulacji. Otóż, odwołujący nie złożył w postępowaniu odwoławczym

żadnego dowodu na potwierdzenie przedmiotowej wadliwości kalkulacji tj. w kierunku wykazania, czy wycena umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Izba dokonała oceny tych wymienionych dowodów i wysnuła nieuprawnione wnioski, że rację ma odwołujący, iż ceny podane w kalkulacji w zestawieniu ich z przedłożonymi przez odwołującego cennikami budzą wątpliwości, co do prawidłowości i realności zaoferowanej ceny. Otóż, taka ocena może byłaby usprawiedliwiona, gdyby odwołujący podważył realność ceny oferty (...). Tymczasem, odwołanie w zakresie zarzutów i potencjalnych wniosków dowodowych w takim kierunku nie zmierzało.

Oceniając ponownie odwołanie, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że działając

w zakresie zarzutów odwołania cena oferty nie powinna uzasadniać procedury żądania wyjaśnień z art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Po pierwsze, została sformułowana zgodnie z

zasadami opisanymi w SWZ, w rozdziale XVII i tego odwołujący nie podważył ani w

zakresie zarzutów, ani w ich uzasadnieniu. Po drugie, kwestia rozbijania ceny na

poszczególne frakcje w ogóle nie była wymagana przez zamawiającego i w istocie nie mogła nawet pośrednio wpływać na jego decyzje w czasie, gdy zgodnie z regulacją ustawy PZP winny być podejmowane, a to po zamknięciu terminu do składania ofert. Po trzecie, nikt z

uczestników na etapie pytań nie miał uwag czy wątpliwości, co do tego, że w wymaganej

cenie nie występują ceny za frakcje odpadów. Po czwarte, dwaj uczestnicy w tym odwołujący zaproponowali bardzo zbliżone ceny, więc w istocie potencjalny niepokój w ustawowej nomenklaturze: uzasadnionych wątpliwości, o właściwą realizację zamówienia mógłby dotyczyć obu podmiotów. Po piąte wreszcie, odwołujący nie podważył żadnej

z tych tez, nie przedstawił swojego wyliczenia, gdy przecież cenę zaproponował bardzo podobną i w ogóle nie podważył faktycznego kosztu realizacji zamówienia przez (...), nie wskazał też własnego, czy nawet potencjalnego kosztu.

Godzi się podać, że (...) w kalkulacji ceny wskazał, że koszt odbioru 1 [Mg] odpadów o kodzie (...) oraz (...) wynosi (...) PLN a w wyjaśnieniach pod tabelą wskazał, że koszt odbioru 1 Mg odpadów danej frakcji zawiera koszty osobowe i koszty paliwa. Jednak ocena i wnioski Izby są nieuprawnione i zbyt daleko idące, w sytuacji gdy uznała te dane za podlegające weryfikacji zamawiającego, który ich nie musiał mieć. Już tylko dla porządku trzeba wskazać, że z drugiej strony trafnie KIO oceniła, że w toku badania przez zamawiającego ceny obu wykonawców mogły nie wzbudzić zasadniczych wątpliwości. Izba faktycznie naruszyła przepisy procesowe oraz prawo materialne – art. 224 ust. 1 ustawy PZP i art. 239 ustawy PZP, ponieważ potraktowała kalkulację złożoną dodatkowo, z ostrożności na potwierdzenie zasadności ceny, tak jakby to były wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, którym nie dała wiary. Natomiast, samych wyjaśnień zawartych w piśmie nie uwzględniła. Dość przytoczyć, jak w uzasadnieniu: Nie wiadomo w jaki sposób koszty te zostały skalkulowane ani też jakie założenia uczestnik przyjął do kalkulacji. W ocenie Izby taka wartość już na pierwszy rzut oka powinna zrodzić w zamawiającym wątpliwość co do realności wskazanej w ofercie ceny. Ta ocena została obalona w skardze, ponieważ co istotne nie mogły te dane wzbudzić jakichkolwiek wątpliwości u zamawiającego, gdy ich nie znał a nawet nie mógł znać. Jako niezrozumiałe w tych okolicznościach należy ocenić stwierdzenie, że dokumenty złożono 3 dni przed rozprawą w KIO, która odbyła się w dniu 18 października 2023 r. i zamawiający je już znał. Izba oceniała zatem zaniechanie czynności zamawiającego, której nikt nie kwestionował i nadto, która w dalszym ciągu nie miała dotyczyć wątpliwości ceny oferty wybranej w dniu 25 września 2023 r.

W ocenie Sądu Okręgowego, w okolicznościach tej sprawy, jeżeli chodzi o dokumenty, których nie miał zamawiający, to pogląd o tym, czy KIO może je uwzględnić, gdy zostały złożone samodzielnie w postępowaniu odwoławczym, czy też nie, musi odpowiadać kognicji KIO z jednej strony i kompetencji zamawiającego z drugiej strony w odniesieniu do konkretnego stanu faktycznego i prawnego. W istocie, zamawiający miał właściwe dokumenty na chwilę oceny i wyboru ofert i wówczas nie dokonał wadliwej czynności, szczególnie w aspekcie nieznannej treści innych dokumentów, których wykonawca nie był obowiązany złożyć. Dokumentów takich tj. kalkulacji ceny ofert nie mógł mieć od któregośkolwiek z uczestników, w tym choćby od odwołującego. Złożone w późniejszym czasie dalej nie będą elementem obligatoryjnym oferty, którą musiał analizować zamawiający zgodnie z zasadami określonymi w dokumentach zamówienia.

Stan rzeczy uległ zmianie ale bez materialnego wpływu na czynności zamawiającego. Ustawodawca nie określa, co ma składać się na ów stan rzeczy i złożenie bez wezwania, samoistnie akurat kalkulacji, która w istocie mogłaby dotyczyć tylko argumentów dotyczących zarzuty rażąco niskiej ceny, składa się na ten stan rzeczy, ponieważ jest ona faktem procesowym, a ustawa PZP nie zabrania jej przedłożenia. Izba działając na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP winna tylko uwzględnić ten aktualny stan rzeczy. Natomiast, odrębną kwestią jest i powinno być wyjaśnienie i wykazanie realności zaoferowanej ceny.

W ocenie Sądu Okręgowego przy wydawaniu zaskarżonego wyroku miało miejsce naruszenie regulacji procesowych – art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP (uwzględnienie odwołania w sytuacji niestwierdzenia naruszenia przepisów ustawy) oraz art. 555 ustawy PZP w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy PZP (orzekanie nie, co do zarzutów z odwołania), ponieważ Izba bezpodstawnie wyszła poza zakres swojej kognicji, ustawiając się w roli zamawiającego i odniosła do czynności lub bezczynności poza zakresem zarzutów, a w konsekwencji faktycznie dokonała oceny ofert, przy czym tylko oferta odwołującego miałyby pozostać bez dodatkowej analizy, mimo że ceny oferentów w obu zadaniach były zbliżone.

W postępowaniu odwoławczym nie zostało obalone przez odwołującego stanowisko zamawiającego, że oferta została oceniona przez zamawiającego zgodnie z ustawowym zakresem jego obowiązków, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Otóż, zgodnie z SWZ w ofercie należy oczywiście wskazać i opisać cenę. Rozdział XVII (Opis sposobu obliczenia ceny) wskazuje wymogi w tym zakresie dla wykonawcy do uwzględnienia ich w załączniku nr 1 do SWZ. W tym Rozdziale XVII istotny dla sprawy jest pkt 2, który stanowi, że obliczając cenę należy uwzględnić wszystkie elementy składowe, jakie będą niezbędne do zrealizowania zamówienia i pkt 7, który stanowi, że cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji przetargowej. Odwołujący w ogóle nie zajął stanowiska, co do realizacji tych wytycznych w aspekcie dowodów ocenianych przez KIO, tym samym świadomie pozbawił się możliwości obrony swoich racji.

Niewątpliwie, jakkolwiek gro argumentacji z odwołania to kwestionuje, to oferta (...) na chwilę jej oceny nie budziła w tym zakresie wątpliwości, a zarzuty z odwołania są w istocie abstrakcyjne do stanu faktycznego, oprócz kwestii ceny niższej od zaoferowanej na poprzedni rok 2023. To zasadniczo nie musiało wzbudzić wątpliwości zamawiającego nawet w aspekcie wyższych cen na rynku, zwłaszcza gdy inny uczestnik podobnie postąpił, co do drugiego zadania. Można zakładać, że oba podmioty przyjęły podobny biznesowy sposób na te dwa zadania konkurując ze sobą.

Dla istoty sprawy, gdy nie ma zarzutu rażąco niskiej ceny lecz zasadności lub nie wezwania do wyjaśnienia, w celu obalenia stanowiska zamawiającego w tym zawartego w piśmie z dnia 5 października 2023 r., w ocenie Sądu Okręgowego odwołujący winien wykazać fakty – podstawy do kwestionowania realności ceny niższej nawet niż w poprzednim roku tj. brak fizycznych (faktycznych) i brak prawnych możliwości realizacji przedmiotu zamówienia przy zakładanych wielkościach w takiej cenie, jak podana w ofercie np. wskazując na rynkowe stawki w potencjalnej kalkulacji dla tego zadania, a nie 1 fakt – podania ceny jednostkowej z oferty (...) dla zadania nr 1 niższej od poprzedniego roku przez odwołującego. Taki kierunek wykazania swoich racji nie mógł skutkować uznaniem zasadności odwołania i tym samym prawidłowości zaskarżonego wyroku KIO.

W tym stanie rzeczy, uznając podniesione w skardze zarzuty i argumenty za zasadne, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok w całości i orzekł, co do istoty sprawy na podstawie art. 588 ust. 1 ustawy PZP i oddalił odwołanie w całości oraz kosztami odwołania w całości obciążył odwołującego (pkt 1. wyroku). Zmiana merytoryczna wyroku skutkowałą zmianą orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego ostatecznego wyniku, zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego – solidarnie wspólników spółki cywilnej (wykonawcy) 3.600 zł na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy PZP i § 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1), pkt 2) lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty postępowania odwoławczego składało się wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy PZP stosownie do wyniku tego postępowania. Skarżący wygrał postępowanie skargowe w całości, a zatem zgodnie z wynikiem tego postępowania, to przeciwnika skargi tj. odwołującego – wspólników spółki cywilnej solidarnie obciążają koszty poniesione przez skarżącego. Koszty skarżącego, to opłata od skargi 45.000 zł oraz koszt wynagrodzenia profesjonalnego pełnomocnika 3.600 zł zgodnie z § 14 ust. 2a pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie w brzmieniu obowiązującym od dnia 6 stycznia 2023 r., w sumie 48.600 zł, którą zasądzono na rzecz skarżącego, jak w pkt 2. wyroku.

Uczestnik nie został obciążony zwrotem kosztów postępowania skargowego na rzecz zamawiającego ani też nie przysługują mu koszty tego postępowania od przeciwnika skargi, co oznacza brak procesowych podstaw do uwzględnienia wniosku o zasądzenie kosztów. Sąd Okręgowy wskazuje, że to zamawiający byłby obligatoryjnym uczestnikiem tego postępowania skargowego, gdyby nie złożył skargi, zaś uczestnik skargi sam nie wywiódł, a jedynie występował po stronie zamawiającego w postępowaniu odwoławczym, które to postępowanie odwołujący wygrał, a zatem tylko odwołujący albo skarżący zamawiający w tym stanie procesowym mógłby zgłosić słuszne żądanie zasądzenia na swoją rzecz kosztów postępowania skargowego według zasad wynikających z przepisu art. 588 ust. 1 PZP i art. 98 § 1 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 PZP w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. W sytuacji, gdy to postępowanie skargowe zakończyło się wygraną zamawiającego, a przegraną odwołującego (przeciwnika skargi), to rozliczenie kosztów postępowania skargowego następuje między skarżącym a przeciwnikiem skargi, przy odpowiednim zastosowaniu regulacji postępowania cywilnego w zakresie kosztów postępowania apelacyjnego.

Bernard Litwiniec Anna Gałas Aleksandra Komór