

Sygn. akt **XXIII Zs 102/21**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 25 października 2021r.

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

Przewodniczący:	sędzia Aleksandra Komór
Protokolant:	Weronika Żołdak

po rozpoznaniu w dniu 11 października 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielanie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego (...) spółki akcyjnej w K.,

uczestników: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.,

M. P., E. P. (1),

ze skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B.,

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 5 lipca 2021r., sygn. akt KIO 1224/21

I. oddała skargę,

II. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w B. na rzecz (...) spółki akcyjnej w K. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Aleksandra Komór

Sygn. akt **XXIII Zs 102/21**

UZASADNIENIE

(...) spółka akcyjna z siedzibą w K. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze działania (...) S.A. Oddziały w O., C., G., B. i B.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 roku pod numerem (...)

23 kwietnia 2021 roku, odwołujący (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. wniósł odwołanie od czynności i zaniechania czynności zamawiającego, stanowiące podstawę do wniesienia odwołania:

- brak wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) z siedzibą w K., składającego oferty na zadania numer 2 i 13, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt. 12);
- brak odrzucenia oferty wykonawcy (...) z siedzibą w K., składającego oferty na zadania numer 2 i 13, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP);
- brak wykluczenia z postępowania wykonawcy PPHU (...) z siedzibą w K., składającego oferty na zadania numer 1,2,3,4,5,6,7,8,9,17, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dla zadania numer 17 (art. 24 ust. 1 pkt. 12);
- brak odrzucenia oferty wykonawcy PPHU (...) z siedzibą w K., składającego oferty na zadania numer 1,2,3,4,5,6,7,8,9,17, której treść w zakresie zadania numer 17 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP);
- zaniechanie wezwania wykonawcy (...) z ograniczoną
- odpowiedzialnością z siedzibą w G., składającego oferty na zadania numer 18,19, 20, 21, 22, która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21, 22 (art. 91 ust. 1a pkt. 1 PZP); brak odrzucenia oferty wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., składającego oferty na zadania numer 18,19, 20, 21, 22 która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21,22 (art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP); wybór Jako najkorzystniejszej oferty:
- dla zadania numer 2 wykonawcy (...) z siedzibą w K., który podlegał wykluczeniu, a jego oferta podlegała odrzuceniu,
- dla zadania numer 17 wykonawcy PPHU (...) z siedzibą w K., który podlegał wykluczeniu, a jego oferta odrzuceniu,
- dla zadania numer 18, 20, 21, 22 wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., którego oferta podlegała odrzuceniu,
- zaniechanie wyboru Oferty odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach numer 2,17,18, 20, 21,22 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na zadania numer 2,17,18,20, 21,22.
- b) Wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) z siedzibą w K., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt. 12).
- c) Odrzucenia oferty wykonawcy (...) z siedzibą w K., składającego oferty na zadania numer 2 i 13, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP). Wykluczenia z postępowania wykonawcy PPHU (...) z siedzibą w K., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zadania numer 17 (art. 24 ust. 1 pkt. 12).
- d) Odrzucenia oferty wykonawcy PPHU (...) z siedzibą w K., składającego oferty na zadania numer 1,2,3,4,5,6,7,8,9,17, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie oferty na zadanie 17, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP).

e) Odrzucenia oferty wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., składającego oferty na zadania numer 18, 19, 20, 21, 22, która zawiera rażąco niską cenę w zakresie oferty na zadania numer 18, 20, 21, 22 (art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP).

f) Dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach numer 2, 17, 18, 20, 21, 22 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Wyrokiem z 5 lipca 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1. umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zadania 17, tj. w zakresie zarzutu 2 i 3 oraz zarzutu 7 i 8 w zakresie w jakim dotyczą zadania 17, z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania; w pkt 2. uwzględniła odwołanie w części; nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 13 kwietnia 2021 roku tj. wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2; nakazała Zamawiającemu w zakresie zadania 2 wezwanie wykonawcy E. P. (1) prowadząca działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą K., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia; w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie oddaliła; w pkt 3. kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego (...) spółka akcyjna z siedzibą w K. i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr uiszczoną przez wykonawcę (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. tytułem wpisu od odwołania, zasądziła od Zamawiającego (...) spółka akcyjna z siedzibą w K. na rzecz wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. kwotę 3 100 zł 00 gr stanowiącą stosunkowe koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez zamawiającego w piśmie z dnia 30 czerwca 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie”. Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez zamawiającego i załączone do pisma.

Izba uwzględniła stanowisko zawarte w piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2021 roku „Stanowisko przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego” wykonawcy E. P. (1) prowadząca działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą K. (dalej: (...)). Izba dopuściła dowód zawnioskowany i załączony do pisma - potwierdzenie dokonania przelewu - dupliat.

Izba dopuściła dowód nr 1 (2 karty) zawnioskowany i złożony w trakcie rozprawy przez wykonawcę (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. (dalej: (...)) - wyciąg z pisma Zamawiającego z dnia 29 czerwca 2021 r. złożonego w sprawie odwoławczej o sygnaturze akt KIO 1296/21 i zestawienie własne, kalkulację własną dot.: wyliczenie średniej ceny za kilometr brutto w każdym z czterech zadań.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących zadania 17, tj. w zakresie zarzutu 3 i 4 oraz zarzutu 7 i 8 w zakresie w jakim dotyczą zadania 17, z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania w trakcie posiedzenia z udziałem stron postępowania odwoławczego.

Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzuty nieuwzględnione, czyli zarzut nr 1 i 2. 5 i 6 oraz 7 i 8 w zakresie w jakim nie dotyczą zadania 17.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, Izba stwierdziła, w oparciu o zgromadzone w sprawie dokumenty - dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej w zakresie posiadania ochrony ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego dokonana przez Zamawiającego, w odniesieniu do zdania 2 (bowiem tej części dotyczy odwołanie) była prawidłowa.

Izba wskazała, że przedstawiony przez (...) dokument Wniosek - Polisa (...) seria i numer (...) odpowiada ukształtowanym w przepisach wymaganiom. Z przedstawionego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez (...) dokumentu wynika jednoznacznie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego tj. 1 500 000,00. Wynika w sposób jednoznaczny z tych dokumentów, że na dzień otwarcia ofert wykonawca posiadał ochronę ubezpieczeniową. Słusznie dostrzegł również Zamawiający, że z treści złożonego dokumentu wynika jednoznacznie, że (...) została objęta ochroną ubezpieczeniową jeszcze przed terminem zapłaty składki. Izba wskazała, że przedstawiona polisa stanowi kontynuację do wcześniej zawartej polisy ubezpieczeniowej. Z przedstawionego przez (...) za pismem procesowym dowodu wynika również, że polisa została opłacona w sierpniu ubiegłego roku.

Izba wskazała, że z obowiązujących przepisów prawa nie wynika, aby wykonawca obowiązany był do przedstawiania dowodu potwierdzenia opłacenia składki polisy ubezpieczeniowej. W ocenie Izby, argumentacja odwołującego zawarta w odwołaniu, w tym odwołanie do opinii Prezesa UZP odnosiła się do stanu prawnego, który już nie obowiązuje.

W zakresie zarzutu 1 b, Izba ustaliła, że termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływał 9 lutego 2021 roku.

Izba stwierdziła, w oparciu o zgromadzone w sprawie dokumenty - dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia dokonana przez zamawiającego w odniesieniu do zdania 2 (bowiem tej części dotyczy odwołanie) była nieprawidłowa.

Izba wskazała, że zgodnie z poczynionymi ustaleniami na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dla potwierdzenia warunku doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed pływem terminu składania ofert tj. 9 lutym 2021 rokiem, wykonawca (...) wskazał doświadczenie z okresu 26.07.2017r. - 26.02.2019r. Oznacza to, że doświadczenie jakim wykazał się wykonawca, co dotyczy również wartości kwotowej pozyskanego doświadczenia, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego może być brane przez Zamawiającego pod uwagę, jedynie w zakresie referencyjnym tj. od 9 lutego 2018 roku do 26 lipca 2017 roku. Okres jaki wynika z ukształtowanego warunku liczyć należy od 9 lutego 2018 do 9 lutego 2021 roku.

Zdaniem Izby z przedstawionego wykazu usług oraz załączonej referencji nie wynika jak była wartość zrealizowanej i wskazanej przez (...) usługi w okresie od 9 lutego 2018 roku do 26 lipca 2017 roku. Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez odwołującego, że to po stronie wykonawcy ukształtowany jest obowiązek wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby wskazane przez zamawiającego w piśmie procesowym dokonanie przeliczenia przez zamawiającego, gdzie zamawiający podał, że wziął pod uwagę wyłącznie kwotę usług zrealizowanych w okresie referencyjnym poprzez przyjęcie proporcjonalnego podziału kwotowego na poszczególne miesiące i lata, wyłączając z obliczeń okres niewliczający się do okresu referencyjnego w niniejszym postępowaniu, również nie znajduje uzasadnienia w dokumentach przedstawionych przez wykonawcę. W treści dokumentów brak jest informacji, że kwotowo wartość realizacji w każdym miesiącu była taka sama. Tym samym izba uznała czynność zamawiającego za nieprawidłową, a co za tym idzie czynność ta nie pozwoliła na uznanie, że wykonawca(...) w okresie referencyjnym zrealizował usługę o wartości minimum 390 000,00 zł netto.

W dalszej części Izba wskazała, że zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku udziału przez mógł skorzystać z możliwości pozyskania dodatkowych informacji, do jakich upoważnia go przepis rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej: Rozporządzenia), na podstawie którego, zgodnie z § 2 ust. 6 Zamawiający jest uprawniony „jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości

zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.” Izba podkreśliła, że zamawiający nie skorzystał z tej prawem dopuszczonej możliwości, nie skorzystał również z możliwości wyjaśnienia bezpośrednio przez (...) tej okoliczności.

Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez (...) w piśmie procesowym a odnoszącego się do tego, że zamawiający ma ocenić fakt zakończenia realizacji usługi w terminie referencyjnym niezależnie od terminu jej rozpoczęcia jak również wartości kwotowej w terminie referencyjnym.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby, zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych i zawodowej w odniesieniu do posiadanego doświadczenia przez (...), co spowodowało, że ziszcili się przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, zgodnie z którym wyklucza się z udziału w postępowaniu wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, Izba uwzględniając zarzut nakazała zamawiającemu, w zakresie zadania 2 wezwaniu wykonawcy E. P. (1) prowadząca działalność gospodarczą pod firmą (...) z siedzibą K., w trybie art. 26 ust. 3 dPzP do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia. W konsekwencji powyższego nieprawidłowo został dokonany wybór oferty wykonawcy w zakresie zadania 2.

W zakresie zarzutu (2) braku odrzucenia oferty wykonawcy (...) z siedzibą w K., składającego oferty na zadania numer 2 i 13, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a nadto oferta została złożona przez wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z postępowania (art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 5 PZP) - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu (5) zaniechania wezwania wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., składającego oferty na zadania numer 18,19, 20, 21, 22, która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21, 22 (art. 91 ust. 1a pkt. 1 PZP) - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba stwierdziła na podstawie Protokołu postępowania pkt 12 - zestawienie ofert, że dla wyliczenia średniej arytmetycznej ofert dla każdego zadania zamawiający uwzględnił wszystkie złożone w poszczególnych zadaniach ofert. Zgodnie z pkt 17 Protokołu postępowania, zamawiający odrzucił jedną ofertę w zakresie zadania 14.

Izba wskazała, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

Izba podkreśliła, że procedura wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy stanowi obowiązek zamawiającego, z jednym wskazanym przez ustawodawcę wyjątkiem. Ten wyjątek polega na tym, że rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia powiększoną o podatek należny lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynikać musi z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jednocześnie obowiązek wezwania, w przypadku gdy nie zachodzi wyjątek o którym mowa wyżej, aktualizuje się w przypadku którejkolwiek z zaistniałych dwóch przesłanek, a ustawowy wyjątek odnosi się również do każdej z osobna.

W ocenie Izby w zakresie wskazanych zadań 18, 20, 21 i 22 dochodzi do ziszczenia się jednej z przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy i to jest fakt, któremu nie zaprzeczano. Jak wskazał odwołujący - co zostało przez Izbę ustalone i co nie było kwestionowane przez zamawiającego i (...) - w każdy z ww. zadań wartość złożonej przez (...) oferty była niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług. Oznacza to, że jedna z dwóch wymienionych w przepisie przesłanek aktualizujących obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień zaktualizowała się. W tym miejscu dochodzi do badania zaistnienia wyjątku jaki określa ustawa, który w przypadku zaistnienia stanowi o odstąpieniu od ustawowego obowiązku.

W ocenie Izby, zamawiający wykazał w trakcie rozprawy, że oceniając złożone oferty w kontekście przesłanek z art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy prawidłowo stwierdził, że rozbieżność w cenie ofert w poszczególnych ww. zadaniach oraz szacunkowej wartości zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Izba zgodziła się z twierdzeniem, że zamawiający, jako operator systemu dystrybucyjnego, na którym ciąży obowiązek utrzymania linii elektroenergetycznych w stanie umożliwiającym zapewnienie niezawodnych dostaw energii, na bieżąco organizuje postępowania mające m.in. na celu wycinkę i przycinkę drzewostanu w obrębie linii elektroenergetycznych. To pozwoliło przyjąć za zasadne, i nie kwestionowane w trakcie rozprawy, że zamawiający posiada ogromne doświadczenie w organizacji takich postępowań. Jak wskazał zamawiający z doświadczeniem jakie posiada, z uwagi na charakter przedmiotu postępowania (wykonanie wycinki przycinki drzewostanu znajdującego się wokół linii elektroenergetycznych), powszechnym i występującym w niemal każdym takim postępowaniu przypadkiem, jest duże zróżnicowanie wyceny usług. Zamawiający wyjaśnił również, że tak duża rozpiętość średnich stawek pomiędzy poszczególnymi zadaniami wynika przede wszystkim z następujących czynników: konkurencyjności lokalnego rynku wykonawców i podwykonawców; stopnia zadrzewienia dla danego zadania; utrudnień terenowych (tereny górzyste, miejskie, pola uprawne itp.), czy też stopnia zurbanizowania obszaru zadania; innych uwarunkowań, takich jak znajomości lokalnej społeczności i trudności w uzyskiwaniu zgód na wejście w teren w celu wykonania prac wycinkowych.

Izba zwróciła uwagę na to, że również odwołujący wyjaśniał, że to ceny ofert złożone w postępowaniu stanowią faktyczne odniesienie do badania zaoferowanej w postępowaniu ceny oferty. Jak wynika natomiast z prezentowanych przez zamawiającego danych, co zostało podane wyżej, cena oferty (...) dla zadań 18, 20, 21 i 22 nie była w żadnym przypadku o więcej niż 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w poszczególnych zadaniach.

W ocenie Izby argumentacja zamawiającego, mając na uwadze szczególny charakter usługi jaka stanowi przedmiot zamówienia uzasadnia w sposób wystarczający, że rozbieżność w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o wymagany podatek wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający wyjaśniał również, że w związku ze szczególnym charakterem przedmiotu zamówienia, co zostało wskazane powyżej w uzasadnieniu rozpoznania zarzutu odwołania, a do czego odnosił się zamawiający, może bowiem zdarzyć się, że szacunkowa wartość zamówienia będzie ustalona na poziomie znacznie wyższym, niż wynika to ze złożonych ofert. Zamawiający wyjaśnił również, że posiadając tak duże doświadczenie w prowadzeniu tego typu postępowań kryterium zapewniającym najbardziej obiektywne porównanie cen, jest przyjęcie do badania rażąco niskiej ceny odnośnika w postaci średniej arytmetycznej złożonych ofert w zadaniu. To stanowisko zamawiającego wydaje się akceptować również odwołujący, który wskazał w trakcie rozprawy, że w zakresie obliczeni ceny, że notoryjny faktem jest, że różne są warunki realizacji zleceń, że wynika to z trudności w dostępie w terenie, gęstości zadrzewienia co powoduje, że badanie ofert powinno odnosić się do ofert na konkretne zadanie, a nie do jakichś kilkudziesięciu ofert.

Izba dopuściła dowód przedstawiony przez (...), z którego wynikało, że średni roczny koszt utrzymania 1 km bieżącego sieci SN pod względem zadrzewienia w ramach zawartych umów serwisowych wyliczonych na podstawie ceny ryczałtowej - co istotne te wyliczenia zostały sporządzone przez zamawiającego - wynosi 882,28 zł, przy czym rozpiętość średnich stawek w poszczególnych zadaniach 2021 wynosi od 425,71 zł do 1 467,77 zł. W ocenie Izby potwierdziło to szczegółową argumentację zamawiającego, że w każdym przypadku sposób kalkulacji ceny oferty jest wynikiem specyficznych i dających się ocenić i przewidzieć tylko dla danego odcinka okoliczności.

W ocenie Izby, zamawiający wyjaśnił, że nie powziął bowiem wątpliwości co do rozpiętości zaoferowanych przez wykonawców cen dla poszczególnych zadań z uwagi na specyfikę przedmiotu postępowania oraz doświadczenie zamawiającego w prowadzeniu podobnych postępowań.

Zdaniem Izby, zamawiający wykazał, że rozbieżność wynikała z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, przeprowadził szeroka analizę, która pozwoliła mu na dokonanie oceny oferty (...) w zakresie zadania 18,20, 21 i 22 oraz dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy dla wskazanych zadań. Izba stwierdziła również, że w zakresie zaistnienia w postępowaniu okoliczności nie wymagających wyjaśnienia, które pozwalały zamawiającemu na

odstąpienie od wzywania do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy, odwołujący w odwołaniu nie przedstawił żadnej argumentacji. Wskazanie w jednym zdaniu, że „w niniejszej sprawie takie okoliczności nie zachodzą” oraz przywołanie i zacytowanie wyroku Izby oraz treści przepisu nie może być uznane za argumentację faktyczną dającą podstawę do jej oceny. Izba wskazała, że w tym zakresie odwołujący nie przedstawił żadnego stanowiska jakie uzasadniałoby jednozdaniowe twierdzenie, przy czym na rozprawie potwierdził, że wyliczenie ceny oferty dla danego zadania uzależniony jest od wielu elementów, które są jedynie charakterystyczne dla danego zamówienia. Tym samym w ocenie Izby potwierdził, że w każdym przypadku mogą wystąpić okoliczności oczywiste dla danego zamówienia, które nie wymagają wyjaśnienia. Natomiast jeżeli w jego ocenie takie nie występowały - a musiał mieć o tym wiedzę bowiem sam szacował wartość ofert dla tych zadań - to nie powinno być problemem wskazanie w uzasadnieniu dlaczego takie okoliczności oczywiste nie zaistniały.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że nie doszło do naruszenia art. 90 ust. 1 a pkt 1 ustawy, a zamawiający wykazał, że prawidłowo dokonał oceny złożonych w postępowaniu ofert w zakresie zadania 18, 20, 21 i 22 i prawidłowo dokonał wyboru ofert (...) w tych zadaniach.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu (6) brak odrzucenia oferty wykonawcy (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., składającego oferty na zadania numer 18,19, 20, 21, 22 która zawiera rażąco niską cenę w części dotyczącej oferty na zadania numer 18, 20, 21,22 (art. 89 ust. 1 pkt. 4 PZP) - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba wskazała, że zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy jest co najmniej przedwczesny, bowiem skutecznie odrzucić ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na tej podstawie prawnej można dopiero po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 90 ustawy. To oznacza, że najpierw muszą zaistnieć przesłanki do składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy, a dopiero później można po dokonaniu oceny takich wyjaśnień oceniać przesłanki z art. 89 ust.1 pkt 4 ustawy. Wymaga wskazania, że okoliczności te są ugruntowane w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych oraz znajdują swoje uzasadnienie również w orzecznictwie TSUE.

W zakresie zarzutu (7) wyboru jako najkorzystniejszej oferty:

- dla zadania numer 2 wykonawcy (...), który podlegał wykluczeniu, a jego oferta podlegała odrzuceniu - Izba uznała za zasadny w zakresie jaki został rozpoznany w zarzucie 1 odwołania,

- dla zadania numer 18, 20, 21, 22 wykonawcy (...), którego oferta podlegała odrzuceniu - Izba uznała za niezasadny.

Zdaniem Izby, zarzut ten stanowił w zasadzie uzupełnienie zarzutów podniesionych wcześniej przez odwołującego, co też sam on wskazał w uzasadnieniu odwołania. Oznacza to, że w zasadzie jest nierozdzielnie połączony z ww. zarzutami odwołania, a jego rozpoznanie jest nierozdzielnie połączone z rozpoznanem zarzutu 1 i 5 odwołania.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu (8) zaniechania wyboru oferty Odwołującej się jako oferty najkorzystniejszej w zadaniach numer 2, 18, 20, 21, 22 spośród ofert nie podlegających odrzuceniu - Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba uznała zarzut za niezasadny, bowiem w żadnym sposobie nie znalazł on uzasadnienia w odwołaniu. Izba podkreśliła, że gdyby nawet przyjąć, że stanowi on następstwo podniesionych wcześniej zarzutów, ich uzupełnienie to zaznaczyć należy, że Izba nie ma podstaw do nakazania zamawiającemu wyboru konkretnej oferty w postępowaniu.

Izba wskazała, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzP uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W świetle art. 554 ust. 3 pkt 1 ustawy z 2019 r., uwzględniając odwołanie, Izba może jeżeli umowa nie została zawarta:

a) nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego albo

b) nakazać unieważnienie czynności zamawiającego, albo

c) nakazać zmianę projektowanego postanowienia umowy albo jego usunięcie, jeżeli jest niezgodne z przepisami ustawy.

W rozpoznawanej sprawie odwoławczej stwierdzone przez Izbę miały wpływ na dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania 2, w zakresie zarzutu 1 odwołanie stało się zasadne w części dotyczącej wykazanego przez (...) na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu doświadczenia.

Zgodnie z art. 557 nPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Izba wskazała, że w analizowanej sprawie odwołanie okazało się zasadne w części, w proporcji liczy zarzutów jednego uwzględnionego do sześciu zarzutów podniesionych w odwołaniu. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł ustalone na podstawie złożonej do akt sprawy faktury. Izba zasądziła na rzecz wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w B. kwotę 3 100 zł 00 gr stanowiącą stosunkowe koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika. Izba wyrzekając o kosztach postępowania odwoławczego uwzględniła regulacje z § 7 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) i odstąpiła od rozdzielenia kosztów w sposób jaki wynika z § 7 ust. 3, w odniesieniu do zarzutu 7 z uwagi na to, że podniesiony zarzut w odniesieniu do zadania 2 stanowił jedynie konsekwencję, która zawarta również była w zarzucie 1, co oznacza w ocenie Izby, że rodzaj podniesionego zarzutu i jego znaczenie dla rozpoznania odwołania przemawiał za tym, aby go w kosztach postępowania przyznanych odwołującemu nie uwzględniać.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 nPzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 i 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Skargę od powyższego orzeczenia wywiódł uczestnik (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. zaskarżając rozstrzygnięcie Izby w części, tj. w zakresie w jakim oddalił odwołanie skarżącego z dnia 23 kwietnia 2021 r. w zakresie zgłoszonego zarzutu zaniechania przez przeciwnika skargi wezwania wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w ramach zadań: 18, 20, 21 i 22 (pkt 2 wyroku) oraz w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego (pkt 3 wyroku). Wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 542 ust. 1 nPzp poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w sprawie w szczególności przejawiające się :

- w błędnej ocenie wyjaśnień Przeciwnika skargi dotyczących zasadności odstąpienia od wezwania Wykonawcy (...) w ramach zadań 18,20,21,22 do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny ofert złożonych w postępowaniu pn. Wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w pasie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze działania (...) S.A. - (...) - Numer referencyjny: (...).
- dowolnej ocenie zebranego materiału dowodowego, prowadzącej do uznania, iż w przedmiotowej sprawie wystąpiły „oczywiste” okoliczności legitymujące zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Wykonawcy (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zadaniu nr 18,20,21 i 22,

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 90 ust. 1a pkt 1 dPzp poprzez jego błędną wykładnię i uznanie, że rozbieżność pomiędzy zaoferowanymi przez uczestnika (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w zadaniach nr: 18, 20, 21, 22 cenami, a wartością zamówienia powiększoną o podatek od towarów i usług wynikała

z okoliczności oczywistych, co w konsekwencji skutkowało brakiem wezwania uczestnika (...) do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny,

3) naruszenia przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 575 nPzp poprzez nie orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

W oparciu o powyższe skarżący wniósł o:

1. uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 2 przez uwzględnienie odwołania skarżącego z dnia 23 kwietnia 2021 r. w zakresie zgłoszonego zarzutu zaniechania przez przeciwnika skargi wezwania wykonawcy (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny (w zakresie zadań nr: 18, 20, 21, 22) i nakazanie zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru ofert (...) sp. z o.o. z siedzibą G. w zadaniach nr: 18, 20, 21, 22;

b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem ofert Skarżącego,

c) wezwania Wykonawcy (...) sp z o.o. do złożenia wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny jego ofert w zadaniach 18, 20, 21, 22 z uwagą na ziszczenie się jednej z obligatoryjnych przesłanek z art. 90 ust. 1a pkt 1 dPzp.

2. uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w pkt 3 przez obciążenie stron postępowania odwoławczego jego kosztami adekwatnie do treści zaskarżonego wyroku ustalonej w wyniku żądanej w pkt 1. zmiany.

3. zasądzenie na rzecz Skarżącego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z wnioskami zgłaszanymi na etapie postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości jako całkowicie bezzasadnej oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi na zasadzie art. 589 nPzp kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm prawem przewidzianych.

W odpowiedzi na skargę skarżącego, (...) wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz uczestnika postępowania kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, w tym kosztów pełnomocnika wraz z kosztami poniesionej opłaty skarbowej.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na podstawie art. 15zsz1 pkt 4 ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych w brzmieniu nadanym z dniem 3 lipca 2021 r. sprawa podlegała rozpoznaniu przez Sąd odwoławczy w składzie 1-osobowym.

Skarga nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie analizy niniejszej sprawy należy wskazać na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprawPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprawPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy wprawPZP stanowi natomiast, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92

ust. 2 ustawy wprawPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP.

W niniejszej sprawie stan faktyczny związany z udzieleniem zamówienia publicznego zrealizował się w pełni przed 1 stycznia 2021 r., a zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy dPzp, odwołanie zostało złożone natomiast w dniu 23 kwietnia 2021 r. Wobec tego, że postępowanie odwoławcze zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego stosuje się przepisy ustawy nPZP. Jednocześnie, z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprawPZP do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do Sądu, również stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 nPZP znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Przystępując zaś wprost do oceny skargi, w ocenie Sądu Okręgowego skarga jako bezzasadna nie zasługiwała na uwzględnienie.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała wszechstronnej oceny zebranego materiału dowodowego i przedstawiła w tym zakresie logiczny wywód. Niezasadny okazał się zatem zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 nPzp. Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego natomiast Krajowa Izba w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust.1 nPzp), a wydając wyrok (art. 552 ust. 1 nPzp) bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. W niniejszej sprawie Izba, wbrew twierdzeniom skarżącego, nie dokonała dowolnej i wybiórczej, lecz swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Dodać tu też należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiałem dowodowym.

W ocenie Sądu Okręgowego za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia przepisów procesowych poprzez przekroczenie swobodnej oceny dowodów i dokonanie oceny dowodów sprzecznie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego (art. 542 ust.1 nPzp). Dodać jedynie wypada, że podnosząc ten zarzut skarżąca nie wykazała uchybienia podstawowym regułom służącym ocenie wiarygodności i mocy poszczególnych dowodów. Prawidłowe postawienie zarzutu naruszenia art. 542 ust. 1 Pzp wymaga wskazania konkretnego dowodu przeprowadzonego w sprawie, którego zarzut ten dotyczy i podania, w czym skarżący upatruje wadliwą ocenę jego wiarygodności bądź mocy dowodowej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 25.11.2003r., sygn. II CK 293/02). Tego rodzaju argumentacji skarżący nie przedstawił.

W ocenie Sądu Okręgowego, nie sposób przyznać racji twierdzeniom skarżącego, że zamawiający dokonał zmiany ustalonej wcześniej wartości zamówienia, w szczególności po dokonaniu otwarcia ofert, ani że miała miejsce „absolutna dowolność zamawiającego w zmianie ustalonej wcześniej „wartości zamówienia”. Podkreślić przede wszystkim należy, że żadnemu z wykonawców nie była znana wartość zamówienia na etapie poprzedzającym otwarcie ofert, kwota ta została udostępniona wykonawcom dopiero w protokole postępowania. Zdaniem Sądu Okręgowego, nie wolno utożsamiać wartości szacowania zamówienia z kwotą, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Obie te wartości nie muszą być ze sobą tożsame. W ocenie Sądu II instancji zamawiający wykazał, że doszło również do tzw. przeszacowania oferty. Jest to element wstępny, który może zostać zweryfikowany. Zdaniem Sądu Okręgowego w rozpoznawanej sprawie w sposób zasadny doszło do przeszacowania oferty. Dlatego nie można odnosić elementu weryfikującego z art. 90 ust. 1a dPzp do tej pierwotnej wartości, która została wskazana przez zamawiającego.

Należy również podnieść, że wskazane w art. 90 1a dPzp przesłanki nie mają charakteru automatycznego, niepodlegającego weryfikacji w zależności od tego z jakimi elementami zamówienia mamy do czynienia. W ocenie Sądu Okręgowego, podlegają one każdorazowym, indywidualnym ustaleniom, tak jak to miało miejsce w rozpoznawanej sprawie.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 dPzp w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. procedura wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1a pkt 1 dPzp stanowi obowiązek zamawiającego, z jednym wskazanym przez ustawodawcę wyjątkiem. Ten wyjątek polega na tym, że rozbieżność pomiędzy ceną całkowitą oferty a wartością zamówienia powiększoną o podatek należny lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert wynikać musi z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Jednocześnie obowiązek wezwania, w przypadku gdy nie zachodzi wyjątek o którym mowa wyżej, aktualizuje się w przypadku którejkolwiek z zaistniałych dwóch przesłanek, a ustawowy wyjątek odnosi się również do każdej z osobna. Zdaniem Sądu II instancji w niniejszej sprawie zamawiający wykazał w trakcie rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, że oceniając złożone oferty w kontekście przesłanek z art. 90 ust. 1 a pkt 1 dPzp prawidłowo stwierdził, iż rozbieżność w cenie ofert w poszczególnych ww. zadaniach oraz szacunkowej wartości zamówienia wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zamawiający dokonał weryfikacji poprzez obliczenie średniej arytmetycznej wszystkich ofert dla danego zadania, a następnie porównanie danej oferty z tą średnią. W przypadku wykonawcy (...) cena zaproponowana przez niego w zadaniach 18, 20, 21 i 22 nie była w żadnym przypadku o więcej niż 30% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w tych zadaniach. Stąd też, zamawiający w braku ziszczenia się innych przesłanek wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 90 dPzp nie miał takiego obowiązku. Zamawiający nie powziął bowiem wątpliwości co do rozpiętości zaofertowanych przez wykonawców cen, z uwagi na specyfikę przedmiotu postępowania oraz doświadczenie zamawiającego w prowadzeniu podobnych postępowań. Zasadnie, zatem przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w zaskarżonym orzeczeniu, że zastosowanie przez zamawiającego w odniesieniu do szczególnego przedmiotu ww. zamówienia odnośnika w postaci średniej arytmetycznej ceny ofert, było, wbrew twierdzeniom skarżącego, uzasadnione. Ponadto podkreślenia wymaga, iż poza stanowiskiem wyrażonym w przedmiotowej skardze, skarżący nie przedstawił choćby jednego dowodu, który dowodziłby okoliczności przeciwnych. Przeciwnie, jak słusznie zauważyła to Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku: „to stanowisko Zamawiającego wydaje się akceptować również odwołujący, który wskazał w trakcie rozprawy, że w zakresie obliczenia ceny, że notoryjnym faktem jest, że różne są warunki realizacji zleceń, że wynika to z trudności w dostępie w terenie, gęstości zadrzewienia co powoduje, że badanie ofert powinno odnosić się do ofert na konkretne zadanie, a nie do jakichś kilkudziesięciu ofert”. (s. 28 zaskarżonego wyroku).

Mając na uwadze powyższe, brak jest racji w tym by twierdzić, że w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy na zamawiającym spoczywał obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny

oferty. Sąd Okręgowy w pełni przyznaje słuszność rozstrzygnięciu Krajowej Izby Odwoławczej, w zakresie w jakim stwierdziła ona, że w podanym stanie sprawy można mówić o zaistnieniu wyjątku od ustawowego obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w postaci istnienia rozbieżności wynikającej z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.

Zdaniem Sądu II instancji, nie doszło zatem do naruszenia art. 90 ust. 1 a pkt 1 dPzp, gdyż zamawiający wykazał, że prawidłowo dokonał oceny złożonych w postępowaniu ofert w zakresie zadania 18, 20, 21 i 22 i prawidłowo dokonał wyboru ofert (...) w tych zadaniach. Argumentację przedstawioną przez skarżącego w powyższym zakresie należało uznać zatem za całkowicie nieuzasadnioną.

Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej i zamawiającego, że jedność z tych elementów, których wskazuje na oczywistość jest element związany z przeszacowaniem. Ten element w ocenie sądu jest elementem kluczowym i wykładnia tego określenia odpowiada temu pojęciu przeszacowania, które zostało przez zamawiającego tak określone i przyjęte przez Krajową Izbę Odwoławczą jako element wystarczający do jego wykazania.

Sąd II instancji uznał również za niezasadny zarzut naruszenia przepisów prawa materialnego w postaci art. 90 ust. 1a pkt 1dPzp w postaci braku wezwania wykonawcy do wykazania rażąco niskiej ceny. Stosownie do treści art. 90 ust. 1a pkt 1 dPzp zamawiający był od tego obowiązku zwolniony z uwagi na zaistnienie wskazanego w treści powołanej wyżej regulacji wyjątku w postaci okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wskazać należy, że wszystkie przesłanki badania rażąco niskiej ceny wskazane w art. 90 ust. 1a dPzp nie mają, zgodnie z przytoczoną podstawą prawną, charakteru automatycznego i bezwzględnie do zastosowania, tzn. wypełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności (różnica 30% w cenie oferty badanej w stosunku do któregośkolwiek ze wskazanego wyżej mierników) nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. W rozpoznawanej sprawie zamawiający w sposób wyczerpujący wyjaśnił, że nie powziął bowiem wątpliwości co do rozpiętości zaoferowanych przez wykonawców cen dla poszczególnych zadań z uwagi na specyfikę przedmiotu postępowania oraz doświadczenie zamawiającego w prowadzeniu podobnych postępowań.

Wskazać należy jednak, że stwierdzenie, iż w niniejszej sprawie mamy do czynienia z przedmiotowym zwolnieniem od obowiązku wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, winno być każdorazowo odnoszone do indywidualnych okoliczności właściwych dla konkretnej sprawy oraz związanego z nią przedmiotu zamówienia. Jednocześnie, brak jest jednolitego kryterium, które w jednoznaczny sposób przesądzałoby o istnieniu, czy też nieistnieniu ww. okoliczności na gruncie każdej z kolejnych spraw. Do tych okoliczności, ak słusznie wskazał zamawiający, należy zaliczyć przede wszystkim duże zróżnicowanie wyceny usług, wynikające m.in. z: konkurencyjności lokalnego rynku wykonawców i podwykonawców, stopnia zadrzewienia dla danego zadania, utrudnień terenowych (tereny góryste, miejskie, pola uprawne itp.), czy też stopnia zurbanizowania obszaru zadania, jak również innych uwarunkowań, takich jak znajomości lokalnej społeczności i trudności w uzyskiwaniu zgód na wejście w teren w celu wykonania prac wycinkowych. Nadto, do kategorii ww. okoliczności zaliczyć należy także duże zróżnicowanie wykonawców biorących udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (różną wielkość i strukturę organizacyjną podmiotów świadczących usługi objęte przedmiotem postępowania). Duże zróżnicowanie wyceny usług jest zjawiskiem powszechnym i występującym w niemal każdym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, zgodnie z którym: „(...) argumentacja Zamawiającego, mając na uwadze szczególny charakter usługi jaka stanowi przedmiot zamówienia uzasadnia w sposób wystarczający, że rozbieżność w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o wymagany podatek wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”. Zdaniem Sądu II instancji, skarżący nie przedstawił żadnych dowodów przeczących istnieniu okoliczności oczywistych dla danego zamówienia, które nie wymagają wyjaśnienia.

W ocenie Sądu Okręgowego, niewątpliwie zamawiający oraz (...) wykazali, że cena, która została zaoferowana przez (...) nie odbiegała w sposób rażący od wszystkich cen przedstawionych w postępowaniu. Powyższe zostało w sposób logiczny i wyczerpujący wykazane w wycenieniach, którym nie sposób odmówić zasadności. Zamawiający nie był

zobligowany do wzywania wykonawcy (...) do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny. Zdaniem Sądu Okręgowego, nawet w razie przyjęcia stanowiska odmiennego, podkreślić należy, że w sprawie zaistniały okoliczności faktyczne, które nie wymagały wyjaśnienia, stanowiące podstawę do ewentualnego zwolnienia zamawiającego z powyższego obowiązku.

Mając na uwadze powyższe, a w rezultacie bezzasadność skargi, Sąd Okręgowy uznał za nietrafny zarzut naruszenia przepisów prawa procesowego, a mianowicie art. 575 nPzp poprzez nie orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Reasumując, zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w pełni odpowiadał przepisom prawa procesowego i materialnego. Podniesione w skardze zarzuty nie zdołały natomiast obalić trafnego rozstrzygnięcia Izby w jakimkolwiek zakresie.

Powyższe zaś stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w oparciu o art. 588 ust. 1 nPZP.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 nPZP. Ponieważ postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego to zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz przeciwnika skargi. Na koszty poniesione przez przeciwnika skargi w toku postępowania skargowego składały się koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat w sprawie opłat za czynności radców prawnych w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi. Odnośnie do stawki wynagrodzenia pełnomocnika, to uzupełniająco należy wskazać, że Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w tej niniejszej uznaje, że nie ma żadnych prawnych podstaw do stosowania stawek obowiązujących w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą w sytuacji gdy tylko ww. rozporządzenie określa stawki przed organami wymiaru sprawiedliwości. Należy też podkreślić, że w kognicji tutejszego Sądu nie ma kategorii spraw podobnych do skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Z tych względów jedynym wyznacznikiem stawki wynagrodzenia musi być wartość przedmiotu zamówienia – zaskarżenia.

Na marginesie należy dodać, że nie było podstaw do zasądzenia kosztów na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G., gdyż nie była stroną postępowania skargowego lecz jedynie uczestnikiem postępowania, funkcjonującymi zawsze po którejś ze stron. Umocowanie przystępującego jest zbliżone do funkcji interwenienta ubocznego w procesie. Zgodnie jednak z art. 589 ust.1 nPzp, koszty postępowania - stosowanie do wyniku postępowania - ponoszą wyłącznie strony. Materia ta jest w inny sposób uregulowana niż w art. 107 k.p.c. i ma pierwszeństwo przed kodeksem postępowania cywilnego jako *lex specialis*.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

sędzia Aleksandra Komór