

Sygn. akt XIX Ga 202/17



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 kwietnia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Dariusz Chrapoński (spr.)
Sędziowie: SO Grażyna Jeziorowska
SR del. Marcin Popiołek

Protokolant: starszy protokolant Patrycja Żgół

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2017 r. w Katowicach

sprawy z odwołania [REDACTED]
Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED]

przeciwko [REDACTED]

przy uczestnictwie
[REDACTED]
[REDACTED]

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi wniesionej przez:

- odwołującego [REDACTED]
Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED]
- Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie

od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie
z dnia 30 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 160/17

1. uchyla zaskarżone postanowienie;

2. oddala odwołanie [REDACTED]

[REDACTED] Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] i obciąża tego odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Grażyna Jeziorowska

Dariusz Czapowski

Marcin Popiołek



Na oryginale właściwe podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM
Protokół Zarządkowy
SEKRETARZ
Angelika Joks

Uzasadnienie

Zamawiający — [REDAKTOWANO] — prowadziło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę wiaduktu drogowego w ciągu ulicy Piłsudskiego nad torami PKP wraz z przebudową kładki dla pieszych. Wartość szacunkowa zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Do prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: p.z.p.).

W dniu 24 stycznia 2017 roku wykonawca [REDAKTOWANO] - [REDAKTOWANO] Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDAKTOWANO] (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- art. 8 ust. 1-3 p.z.p. poprzez bezprawne utrudnianie dostępu do dokumentami postępowania, w szczególności załączników do protokołu postępowania;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANO], której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANO], mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez bezpodstawne zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy [REDAKTOWANO], mimo, iż wykonawca [REDAKTOWANO] nie udowodnił, że cena złożonej przez ww.

wykonawcę oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu udostępnienia Odwołującemu wszystkich dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w świetle obowiązujących przepisów prawa; unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę [REDAKTOWANE] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.; powtórzenia czynności oceny złożonych ofert; dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu.

Zaskarżonym postanowieniem Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) z dnia 30 stycznia 2017 r. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. odrzuciła odwołanie. Przepis ten stanowi, że KIO z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy p.z.p. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy p.z.p., jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy p.z.p. odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Szacunkowa wartość zamówienia w rozpoznawanej sprawie jest niższa, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy KIO uznała, że odwołanie nie dotyczy żadnego z typów czynności wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy p.z.p. Odwołanie bowiem dotyczy utrudniania dostępu do dokumentacji postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty [REDAKTOWANE] uznanej za najkorzystniejszą przez Zamawiającego. W ocenie KIO poprzez czynność wyboru najkorzystniejszej oferty w ujęciu art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. nie należy rozumieć zaniechania czynności odrzucenia oferty, a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert, określonymi w

Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Dopuszczalne jest zakwestionowanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która nie jest najkorzystniejsza w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert (art. 2 pkt 5 p.z.p.). Wybór oferty najkorzystniejszej należy rozumieć jako czynności Zamawiającego polegającej na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustalenie wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. W ocenie KIO tylko tak rozumiany wybór oferty najkorzystniejszej może być przedmiotem odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Skargę od postanowienia KIO wniósł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powołując się na swoją kompetencję wynikającą z art. 198b ust 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Zaskarżonemu postanowieniu zarzucone zostały naruszenia:

1. art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż zakres odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. powoduje niemożność przyjęcia, iż zaskarżeniu odwołaniem podlega wybór najkorzystniejszej oferty, która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, podczas, gdy prawidłowa wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, że zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega niezgodny z przepisami prawa wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega m. in. na zaniechaniu odrzucenia oferty, która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona;
2. art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być uprzednio wykluczony z udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy p.z.p.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania [REDAKTOWANE] rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z

art. 198f ust. 5 in fine ustawy p.z.p. i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Zamawiający wniósł o oddalenie Skargi wskazując na rozprawie, że umowa z wykonawcą została zawarta i zrealizowana.

Również Odwołujący wniósł skargę na to postanowienie, zarzucając naruszenie art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy p.z.p. oraz art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. prezentując analogiczne jak Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stanowisko w sprawie.

Zamawiający wniósł o oddalenie obu skarg.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył, co następuje:

Obie skargi zasługiwały na uwzględnienie co do kwestii związanej z odrzuceniem odwołania.

Zdaniem Sądu Okręgowego KIO odrzucając odwołanie naruszyła bowiem przepis art. 189 ust. 2 p.z.p., który stanowi podstawę odrzucenia skargi jedynie w enumeratywnie wymienionych tam przypadkach. Bezsporne jest to, że w rozpoznawanej sprawie ma zastosowanie przepis art. 180 ust. 2 p.z.p., gdyż wartość zamówienia została oszacowana na kwotę mniejszą, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy p.z.p. i postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego miało charakter tzw. „postępowania podprogowego”. Podstawę odrzucenia skargi mógł zatem hipotetycznie stanowić przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Brak jest jednak podstaw do zastosowania wykładni rozszerzającej tego przepisu i odrzucania odwołań z innych powodów, niż w wymienione w tym przepisie. Czynności, od których można wnosić odwołania w postępowaniach „podprogowych”, wymienione zostały w art. 180 ust. 2 p.z.p. Czynnością zaskarżoną odwołaniem Odwołującego, o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. była czynność wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty, co jednoznacznie wynika z treści odwołania. Podstawą odrzucenia odwołania nie może być sposób umotywowania zarzutów pod adresem czynności zamawiającego, co do której z formalnego punktu widzenia przysługuje odwołanie, gdyż jest to już merytoryczne rozpoznanie odwołania, które nie może

zakończyć się jego odrzuceniem. KIO błędnie zatem uznała, że zachodzi podstawa odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p., czyli że odwołanie dotyczy innych czynności, niż określone w art. 180 ust. 2. Jeśli zatem KIO doszła do przekonania, że podniesione w odwołaniu zarzuty nie mogą usprawiedliwiać skargi, gdyż pozostają bez wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej przy zastosowaniu kryteriów zawartych w treści SIWZ, to powinna była ją oddalić jako nieuzasadnioną.

Niezależnie jednak od powyższego, na aprobatę zasługuje stanowisko obu skarżących co do błędnej wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. dokonanej przez KIO. Sposób rozumienia przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. zaprezentowany przez KIO, nie może być uznany za prawidłowy przy zastosowaniu powszechnie przyjętych reguł wykładni językowej i celowościowej przepisów prawa. W ocenie Sądu, czynność zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty jest czynnością wyboru oferty, a to, że musi ona być najkorzystniejsza, jest konsekwencją ustawowego założenia, że innej wybrać zamawiającemu nie wolno. Sens odwołania w tym przypadku polega na negocjowaniu przez odwołującego się oceny, że wybrana oferta jest najkorzystniejsza i rzeczą odwołującego się jest wykazanie, że to jego oferta powinna zostać wybrana. Przeciwno argumentacji KIO przemawiają również wnioski, które można wyciągnąć po dokonaniu wykładni celowościowej przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Celem ustawodawcy, było rozszerzenie podstaw składania odwołań w postępowaniach „podprogowych”. Czynność wyboru oferty w zgodzie z przepisami jest najistotniejszą czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zatem powinna podlegać weryfikacji przez wykonawców w ramach dostępnych środków ochrony prawnej. Wyłączenie możliwości zakwestionowania wyboru oferty ewidentnie podlegającej odrzuceniu lub oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, stwarzałoby pole do nadużyć pozostających poza kontrolą w zdecydowanej większości obszaru działań zamawiających, podważając tym samym sens procedury odwoławczej.

Z powyżej wskazanych przyczyn należało uznać zasadność obu skarg, co skutkowało merytorycznym rozpoznaniem odwołania [REDAKTOWANE]
[REDAKTOWANE] Sp. z o.o. Art. 198f ust. 2 p.z.p. określa zasadę, że sąd rozpoznając skargę na orzeczenie KIO wydaje merytoryczne rozstrzygnięcie, nawet wtedy, gdy skarga dotyczy orzeczenia formalnego – odrzucającego odwołanie, jak to miało miejsce w niniejszym przypadku. Wyrazem zasady, że przedmiotem postępowania skargowego jest merytoryczne rozpoznanie sprawy jest treść tego przepisu, który uniemożliwia

uchylenia rozstrzygnięcia KIO i przekazania sprawy temu Organowi do ponownego rozpoznania.

W istocie odwołanie [REDAKTOWANE] o.o. opierało się na czterech podstawach: zarzucie bezprawnego utrudniania Odwołującemu dostępu do dokumentacji postępowania, zarzucie że oferta [REDAKTOWANE] Sp. z o.o. stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji, zarzucie że nie odpowiadała treści SIWZ i zarzucie że cena zaoferowana przez [REDAKTOWANE] była rażąco niska.

Jak już wcześniej zostało zaakcentowane, przedmiotem odwołania mogą być jedynie czynności zamawiającego enumeratywnie wymienione w art. 180 ust. 2 p.z.p. Do żadnej z kategorii spraw wymienionych w tym przepisie ustawodawca nie zaliczył pierwszego z podniesionych w odwołaniu zarzutów – bezprawnego utrudniania dostępu do dokumentacji postępowania. Taki zarzut wszakże, mający swoją podstawę w art. 8 ust. 1-3 p.z.p. mógłby odnieść zamierzony skutek, gdyby w rezultacie naruszenia tego przepisu przez Zamawiającego nastąpiłby wybór oferty najkorzystniejszej, która gdyby nie to naruszenie nie zostałaby wybrana. Innymi słowy, podstawą odwołania byłaby czynność wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p.) na skutek bezprawnego utrudniania wykonawcy dostępu do dokumentacji postępowania. Pomiędzy tymi zdarzeniami winien występować adekwatny związek przyczynowo-skutkowy, wyrażający się zależnością, że gdyby nie utrudnienie w dostępie do dokumentacji przetargowej, to określona oferta nie zostałaby wybrana.

Zdaniem Sądu Okręgowego Odwołujący nie wykazał takiej zależności przyczynowo-skutkowej, a nawet na taką zależność się nie powołał. Sam zatem zarzut naruszenia art. 8 ust. 1-3 p.z.p. w świetle ograniczonych podstaw odwołania w postępowaniach „podprogowych” nie mógł odnieść zamierzonego skutku procesowego. Nie można tracić z pola widzenia także i bezspornego faktu, że Odwołujący miał w dniu 23 stycznia 2017 r. wgląd w dokumentację postępowania, co umożliwiło mu wniesienie odwołania. Co także istotne, Odwołujący nie wskazuje do jakich konkretnie dokumentów odmówiono mu dostępu, ogólnie jedynie twierdząc, że chodzi o załączniki do protokołu postępowania. Jak wynika z akt postępowania, Odwołujący w dniu 19 stycznia 2017 r. zgłosił żądanie wglądu do dokumentacji i takiej zgody mu udzielono z wyłączeniem wyjaśnień [REDAKTOWANE], stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Chodzi tutaj wyjaśnienia z dnia 5 stycznia 2017 r., które stanowiły odpowiedź na

wezwanie Zamawiającego z dnia 2 stycznia 2017 r. w przedmiocie kwestii związanej z rażąco niską ceną oraz wyśnieniami dotyczącymi poszczególnych pozycji kosztorysu. W tym kontekście należy przypomnieć, że zgodnie z art. 8 ust. 3 zdanie pierwsze p.z.p. nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. [REDAKTION] zastrzegł wspomnianą tutaj klauzulę w wyjaśnieniach z dnia 5 stycznia 2017 r., a Odwołujący nie kwestionuje takiego uprawnienia.

Odnosząc się do kwestii związanej z zarzutem, że oferta [REDAKTION] stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji przypomnieć trzeba, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. W rezultacie tenże zarzut znajduje swoją ustawową podstawę określoną w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Rozwijając wątek tego zarzutu uwzględnić trzeba, że prawo zamówień publicznych w sposób samodzielny nie definiuje pojęcia czynu nieuczciwej konkurencji, w związku z czym określone zachowanie uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oceniać należy na gruncie przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Tj. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 ze zm.). Generalna definicja czynu nieuczciwej konkurencji została zawarta w art. 3 ust. 1 tej ustawy. Zgodnie z jego brzmieniem, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei art. 3 ust. 2 tej ustawy wymienia przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z ogólnymi regułami dowodowymi, ciężar wykazania, że określone zachowanie uczestnika obrotu cywilnoprawnego wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji spoczywa na tym podmiocie, który formułuje tego typu twierdzenia. Również na gruncie prawa zamówień publicznych zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony przez tego, który takie twierdzenie stawia (art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 p.z.p.).

W ocenie Sądu Okręgowego sam fakt, że oferta [REDAKTION] w zakresie pozycji kosztorysowych 16, 17 i 48 zawyżył ceny jednostkowe studni rewizyjnych nie dowodzi, że doszło do czynu nieuczciwej konkurencji, a przy tej okazji zawyżenia wynagrodzenia

kosztorysowego o 3.971.679,98 zł. Kosztorysowe wynagrodzenie na etapie wykonania robót budowlanych nie zmienia tego, że oferta niepodzielnie dotyczy realizacji całości przedsięwzięcia budowlanego opisanego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Zawyżenie poszczególnych cen jednostkowych w ofercie, również przy wynagrodzeniu kosztorysowym nie może być potraktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji – które jak można sądzić z kontekstu zarzutów odwołania zmierza do eliminacji innych wykonawców z udziału w postępowaniu i tym samym narusza zasady równego traktowania uczestników (art. 15 ust. 1 p.z.p.) w sytuacji, gdy deklarowane w ofercie wynagrodzenie jest ostateczne i nie może zostać zmienione w trakcie realizacji zamówienia.

W realiach niniejszej sprawy pkt 23.9 SIWZ stanowi, że zamówienie będzie rozliczone obmiarowo, tj. obliczone jako iloczyn cen jednostkowych zaoferowanych przez wykonawcę i obmiaru faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez inspektora nadzoru w książce obmiaru robót. Wartość kosztorysów powykonawczych nie może przekraczać zadeklarowanej w ofercie ceny ofertowej. W pkt 2 załącznika nr 1 do SIWZ – formularza ofertowego w pkt 2 wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia za wynagrodzeniem kosztorysowym, które nie może przekroczyć wskazanej w tym punkcie kwoty. Analogiczny zapis znajduje się w § 8 ust. 1 projektu umowy, będącej załącznikiem nr 7 do SIWZ. ██████████ zaoferował, że wynagrodzenie kosztorysowe nie przekroczy kwoty 5.571.765,71 zł brutto, a Odwołujący kwoty 8.206.545,01 zł. W kontekście przywołanych powyżej faktów nieuprawnionym staje się twierdzenie Odwołującego, że oferta ██████████ na skutek jego zdaniem manipulowania cenami jednostkowymi poszczególnych pozycji oferty w istocie doprowadzi do faktycznego zwiększenia jego ostatecznego wynagrodzenia – wynagrodzenia kosztorysowego o kwotę 3.971.679,98 zł netto, tj. ostatecznie do kwoty 10.456.932,08 zł brutto. Jak już to powiedziano wcześniej, choć wynagrodzenie przewidziane w umowie ma charakter kosztorysowy, to jednak nie może przekraczać kwoty zadeklarowanej w pkt 2 formularza ofertowego. Z tychże przyczyn nie zasługuje na podzielenie zarzut Odwołującego, że oferta ██████████ ze względu na manipulowanie zdaniem Odwołującego cenami jednostkowymi stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Nie można bowiem odczytać z treści oferty ██████████

o.o. aby zapisy kosztorysowe poz. 16,17 i 48 wpływały na pozycję przetargową Odwołującego, czy wręcz eliminowany w sposób niezgodny z prawem z tego postępowania poprzez utrudnienie w dostępie do rynku. Każdy z wykonawców miał takie same prawa w tym postępowaniu, każdy z nich podał cenę kosztorysową, która nie mogła w ostatecznym rozrachunku przekroczyć podanej wartości.

Nie można zgodzić się z treścią zarzutu, że oferta [REDAKTOWANE] jako niezgodna z postanowieniami SIWZ podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Nie jest sporne, że [REDAKTOWANE] nie podał ceny w poz. 54 (str. 8) kosztorysu ofertowego. Pismem z dnia 2 stycznia 2017 r. Zamawiający uzupełnił tę pozycję o wartość „0” zł, co zaakceptował [REDAKTOWANE] w piśmie z dnia 5 stycznia 2017 r. Na zamawiającym wszakże spoczywa obowiązek prostowania oczywistych omyłek rachunkowych i innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 p.z.p.). Tak też było w omawianej sprawie. [REDAKTOWANE] w poz. 54 „*odwodnienia drogi wraz z wiaduktem*” całą pozycję dot. kompensatora (2 szt.) określił na 0 zł. Nie podanie zatem ceny jednostkowej każdego z tych kompensatorów nie miało żadnego znaczenia dla zgodności oferty z SIWZ. Dopuszczyć natomiast należy możliwość określenia cen jednostkowych jako 0 zł, gdyż to nie przesądza, że wykonawca w tym zakresie nie oferuje spełnienia świadczenia objętego zamówieniem. Wykonawca może bowiem uznać, że wynagrodzenie za cały przedmiot umowy nie wymaga doliczenia do niego poszczególnych elementów zamówienia. Jak wynika z pisma [REDAKTOWANE] z dnia 5 stycznia 2017 r. wartość kompensatora w ilości 2 sztuk została ujęta w wartości kanałów zawartych w poz. 44 kosztorysu.

Nie zasługują także na podzielenie twierdzenie odwołania, że oferta [REDAKTOWANE] zawiera rażąco niską cenę. Na wstępie tego wątku rozważań należało zauważyć, że ten zarzut pozostaje w sprzeczności z drugim z omówionym powyżej zarzutem, w którym wykazywano, że cena zaoferowana przez [REDAKTOWANE] jest wyższa od oferty Odwołującego o 2.250.387,07 zł. Oceniając wszakże *meriti* ten zarzut, należało mieć na uwadze następujące okoliczności sprawy. Przepis art. 90 ust. 3 p.z.p. zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami

potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty następuje wówczas, gdy jej cena jest rażąco niska nieadekwatna, nierealna, za którą nie można wykonać zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Kwota, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosiła 10.497.012,40 zł brutto. W związku z ofertą [REDAKTOWANE] w której wskazano cenę netto w wysokości 4.529.890,82 zł, Zamawiający pismem z dnia 2 stycznia 2017 r. działając na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. zażądał od [REDAKTOWANE] o.o. udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny. Takie wyjaśnienia ten wykonawca zawarł w piśmie z dnia 5 stycznia 2017 r., obarczając je klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. Zamawiający dokonał analizy wyjaśnień zawartych w tym piśmie i uznał je za wystarczające do przyjęcia, że nie zachodzi w niniejszej sprawie przypadek rażąco niskiej ceny. Analiza treści tych wyjaśnień zdaniem Sądu Okręgowego nie daje podstawy do uznania, że podana cena przez [REDAKTOWANE] narusza art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Wyjaśnienia zawarte w tym piśmie są bowiem szczegółowe i nie pozwalają na przyjęcie prezentowanej przez Odwołującego tezy co do podstaw odrzucenia oferty [REDAKTOWANE].

Mając na względzie te okoliczności na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 192 ust.1, art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 pkt 3 lit a i art. 198a ust. 2 oraz art. 198f ust. 2 p.z.p.

Marcin Popiołek



Na oryginale własne podpisy
ZGODNOŚĆ Z ORYGINAŁEM
Protokół sądowy
SEKRETARZ
Angelika Joks