



Warszawa, dnia 8 października 2013 r.

PREZES  
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH  
*Jacek Sadowy*

KW-9043/13

Do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze  
Plac Słowiański 1  
65-958 Zielona Góra  
za pośrednictwem:  
Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej  
ul. Postępu 17A,  
02-676 Warszawa

**Skarżący:**

Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych  
ul. Postępu 17A,  
02-676 Warszawa

**Strona przeciwna skargi:**

**1. Zamawiający**

**2. Odwołujący**

2)

**3. Przystępujący do postępowania  
odwoławczego po stronie Odwołującego:**

**Sygn. akt: KIO 2159/13**

**SKARGA PREZESA URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**  
**na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2013 r.**  
**(sygn. akt: KIO 2159/13)**

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 w zw. z art. 198a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej „ustawą Pzp” – oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp zaskarżam w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2013 r. wydany w sprawie oznaczonej sygnaturą akt: KIO 2159/13.

Krajowej Izbie Odwoławczej zarzucam naruszenie przepisów prawa materialnego oraz naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

- 1) art. 185 ust. 2 oraz art. 185 ust. 4 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie przystąpienia wykonawcy . do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, w sytuacji, gdy w stanie faktycznym niniejszej sprawy brak było po stronie tego Wykonawcy interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, a przystąpienie Wykonawcy do niniejszego postępowania i podejmowane przez niego w toku postępowania czynności, w szczególności składanie oświadczeń podważających prawidłowość sporządzenia własnej oferty skutkowały występowaniem przez tego Wykonawcę w postępowaniu odwoławczym przeciwko własnej ofercie,
- 2) art. 191 ust. 2 oraz art. 192 ust. 2 Pzp w związku z naruszeniem art. 185 ust. 2 oraz art. 185 ust. 4 Pzp poprzez bezpodstawne uznanie jako materiału dowodowego oświadczeń i dowodów złożonych przez wykonawcę . bezprawnie dopuszczonego do postępowania odwoławczego oraz wydanie orzeczenia biorąc za podstawę te oświadczenia i dowody;
- 3) art. 90 ust. 1 Pzp poprzez uznanie iż okoliczności sprawy uzasadniają zobowiązanie zamawiającego do wezwania wykonawcy . do złożenia wyjaśnień co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie, podczas gdy w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz we wniesionym odwołaniu przez konsorcjum: . brak było jakichkolwiek dowodów uzasadniających podejrzenie zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego oraz nie istniały jakiegokolwiek okoliczności uzasadniające takie podejrzenie;
- 4) art. 90 ust. 1 Pzp poprzez uznanie iż na zastosowanie wezwania do złożenia wyjaśnień z art. 90 ust. 1 Pzp mają wpływ wykonawcy, podczas gdy uprawnienie to leży w wyłącznej kompetencji zamawiającego jako przygotowującego i prowadzącego postępowanie o udzielenie zamówienia;

- 5) art. 192 ust. 2 Pzp w związku z art. 180 ust. 1 Pzp poprzez uwzględnienie odwołania i stwierdzenie przez Izbę naruszenia przepisów Pzp przez zamawiającego, poprzez zaniechanie wezwania z art. 90 ust. 1 wykonawcy „...”, w sytuacji gdy na moment dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty brak było jakichkolwiek okoliczności czy dowodów wskazujących na konieczność zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp, zatem bezpodstawne zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów Pzp;
- 6) art. 192 ust. 2 Pzp poprzez uwzględnienie odwołania i błędne stwierdzenie przez Izbę naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia w sytuacji gdy do takiego naruszenia nie doszło;
- 7) art. 172 ust. 1 w zw. art. 180 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 Pzp poprzez uwzględnienie odwołania, które zgodnie z tym przepisem przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, w sytuacji gdy zamawiający podczas trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zaniechał żadnej czynności do której był zobowiązany przez przepisy Pzp, a zatem przekroczenia przez Izbę swej właściwości do stwierdzania naruszeń zamawiającego dokonanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
- 8) art. 190 ust. 7 Pzp w zakresie niewiarygodności i mocy dowodowej twierdzenia przedstawionego przez Przystępującego, poprzez bezpodstawne przyjęcie przez Izbę za prawdziwe nieudowodnionego oświadczenia Przystępującego o fakcie popełnienia przez niego omyłki w obliczeniu ceny oferty o kwotę około 7 mln zł, w sytuacji, gdy cena brutto złożonej przez niego oferty wynosiła około 41,7 mln zł, a ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia, powiększona o wartość podatku VAT – około 43,66 mln zł, a zatem była wyższa od ceny oferty Przystępującego zaledwie o około 4,7%.
- 9) art. 190 ust. 7 Pzp poprzez brak należytego i wszechstronnego odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.
- 10) art. 191 ust. 2 Pzp poprzez oparcie rozstrzygnięcia na błędnej i niezgodnej z zasadami logicznego rozumowania ocenie stanu faktycznego sprawy, polegające na uznaniu, że okoliczności nie znane Zamawiającemu w momencie dokonywania czynności związanych z wyborem najkorzystniejszej oferty, w szczególności – w momencie ustalenia, czy zaistniał obowiązek zwrócenia się do wykonawcy lub wykonawców o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie przewidzianym przez art. 90 ust. 1 Pzp, a które zostały ujawnione dopiero w toku postępowania odwoławczego przez KIO, mogą, a nawet powinny być brane pod uwagę przy ocenie prawidłowości wspomnianych czynności Zamawiającego dokonywanej przez Izbę,

11) art. 192 ust. 2 Pzp, poprzez uwzględnienie odwołania pomimo tego, że Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów tej ustawy, w szczególności – nie naruszył dyspozycji art. 90 ust. 1 pzp, w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak było bowiem podstaw do przypuszczeń, że choćby jedna ze złożonych w tej sprawie ofert mogła zawierać rażąco niską cenę, a co za tym idzie – Zamawiający nie był zobligowany do dokonania ustaleń w trybie przewidzianym przez ostatni z wymienionych przepisów.

Wskazując na powyższe zarzuty, na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wnoszę o:

- 1) zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania;
- 2) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i jednocześnie nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

Ponadto wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. akt KIO 2159/13 oraz w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w niniejszej sprawie - na okoliczność ich treści, a także na okoliczności stanu faktycznego, podniesione w treści uzasadnienia niniejszej skargi.

## UZASADNIENIE

### I. Uzasadnienie formalne skargi

Zgodnie z przepisem art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp w terminie 21 dni od dnia wydania orzeczenia skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (art. 198a ust. 1 ustawy Pzp) może wnieść także Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej „Prezes Urzędu”). Przywołany przepis ustawy Pzp stanowi podstawę prawną legitymacji procesowej Prezesa Urzędu do występowania w niniejszej sprawie w charakterze skarżącego. Jednocześnie zgodnie z art. 154 pkt 6 i 13 ustawy Pzp Prezes Urzędu – jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach zamówień publicznych (art. 152 ust. 1 ustawy Pzp) – zapewnia funkcjonowanie systemu środków ochrony prawnej, a także dąży do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach, przy uwzględnieniu orzecznictwa sądów oraz Trybunału Konstytucyjnego.

Wskazując na powyższe należy stwierdzić, iż ustawa Pzp wyposaża Prezesa Urzędu w szczególne kompetencje w zakresie weryfikacji zgodności z prawem orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. W tym zakresie realizują się uprawnienia władcze Prezesa Urzędu jako organu administracji publicznej czuwającego nad przestrzeganiem zasad systemu zamówień publicznych.

Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Tym samym Prezes Urzędu na skutek wniesienia skargi uzyskuje status strony postępowania sądowego, ale na wzór statusu

prokuratora. Z powyższych względów do udziału Prezesa Urzędu w postępowaniu ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. Tym samym Prezes Urzędu wnosząc skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej nie jest związany z żadną ze stron sporu. Prezes Urzędu może składać oświadczenia i zgłaszać wnioski, jakie uzna za celowe, oraz przytaczać fakty i dowody na ich potwierdzenie.

W świetle powyższego należy stwierdzić, iż Prezes Urzędu wnosząc skargę nie działa w interesie żadnej ze stron sporu (zamawiającego, odwołującego czy uczestnika postępowania), ale w interesie publicznym związanym z prawidłowym funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych.

## **II. Wprowadzenie**

Wyrokiem z dnia 17 września 2013 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygnaturą akt: KIO 2159/13 Krajowa Izba Odwoławcza (zamiennie: „Izba”) uwzględniła odwołanie wniesione przez Konsorcjum i nakazała Zamawiającemu zwrócić się do Przystępującego-  
udzielenie wyjaśnień, dotyczących  
elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku Izba wskazała, że na etapie rozstrzygnięcia przez Zamawiającego -  
odwołania  
złożonego przez Konsorcjum „

orak było podstaw do  
oczekiwania przez Zamawiającego złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Jednak w ocenie Izby, sytuacja w tej kwestii uległa zmianie na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą a to na skutek złożonego przez Przystępującego - oświadczenia, który wskazał w nim, że za podaną przez niego cenę nie można zrealizować przedmiotu zamówienia. W tej sytuacji Izba uznała, że konieczne jest nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mającej wpływ na wysokość ceny. Izba wskazała, że w tych okolicznościach stanu faktycznego zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Z zaskarżonym orzeczeniem i przedstawioną w uzasadnieniu skarżonego wyroku argumentacją nie sposób się zgodzić.

## **III. Uzasadnienie zarzutów skargi**

Uzasadniając podniesione przeciwko skarżonemu wyrokowi zarzuty należy wskazać na następującą argumentację:

1. Uzasadniając zarzut podniesiony w punkcie pierwszym niniejszej skargi, wskazać należy, że Izba dopuściła się naruszenia przepisu art. 185 ust. 2 oraz art. 185 ust. 4 ustawy Pzp uznając za

dopuszczalne i skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego przez wykonawcę-  
po stronie Odwołującego.

W tym zakresie zwrócić należy uwagę, że zgodnie z przywołanymi wyżej przepisami, przystąpienie do postępowania odwoławczego jest dopuszczalne w sytuacji, gdy przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił. **W niniejszej sprawie nie sposób uznać, żeby Przystępujący miał interes w rozstrzygnięciu sprawy zgodnie z wnioskiem Odwołującego, a to z tego względu, że stanowiska Przystępującego i Odwołującego są w niniejszym postępowaniu w sposób oczywisty sprzeczne, skoro oba podmioty ubiegają się o udzielenie tego samego zamówienia publicznego, a zatem są względem siebie konkurentami.** Nie można w tej sytuacji mówić o jakimkolwiek interesie po stronie Przystępującego- ani o interesie w uzyskaniu zamówienia, ani także o interesie faktycznym. Należy wskazać, że składanie przez Przystępującego w toku postępowania odwoławczego przed Izbą oświadczeń podważających prawidłowość sporządzenia własnej oferty i zmierzających do nałożenia na Zamawiającego obowiązku wezwania go do złożenia wyjaśnień co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie nie może zostać uznane za składane we własnym interesie. W takiej sytuacji uzasadnione jest przypuszczenie, że Przystępujący składając przedmiotowe oświadczenie nie miał na celu wyjaśnienia kwestii ewentualnej rażącej niskiej ceny i przyczynienia się do usunięcia ewentualnych błędów popełnionych w toku postępowania, lecz jego intencją było wycofanie się ze złożonej w toku postępowania oferty.

2. Odnosząc się do zarzutu wskazanego punkcie drugim niniejszej skargi wskazać należy, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, a zatem podstawą do ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp może być materiał dowodowy zgromadzony podczas trwania postępowania odwoławczego. Krąg podmiotów uprawnionych do składania dowodów w toku postępowania odwoławczego został ograniczony do stron i uczestników postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem art. 190 ust. 2 Pzp który to przepis uprawnia Izbę do dopuszczenia dowodu niewskazanego przez strony postępowania. Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podmioty niedopuszczone do udziału w postępowaniu odwoławczym takiego uprawnienia nie posiadają, przez co nie mogą w jego toku przedkładać dowodów czy składać oświadczenia. Co za tym idzie, dowody i oświadczenia przedkładane przez podmioty nie mogące brać udziału w postępowaniu odwoławczym nie mogą być podstawą stanu rzeczy w rozumieniu art. 191 ust. 2 Pzp do wydania wyroku przez Izbę.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, z uwagi na naruszenie przepisów art. 185 ust. 2 oraz art. 185 ust. 4 Pzp przez Izbę i bezpodstawne dopuszczenie przystąpienia wykonawcy jako uczestnika do postępowania odwoławczego, Izba dopuściła do składania oświadczeń i dowodów w tym postępowaniu przez podmiot do tego nieuprawniony. Przez co wszelkie

oświadczenia czy dowody złożone przez taki podmiot w postępowaniu odwoławczym nie mogły być brane przez Izbę pod uwagę przy wydaniu orzeczenia i powinny być uznane za nieistniejące. A zatem wydając rozstrzygnięcie, wszelkie oświadczenia i dowody złożone przez wykonawcę powinny być pominięte.

3. Uzasadniając zarzut wskazany w punkcie trzecim niniejszej skargi należy wskazać na następującą argumentację. W świetle art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Treść przywołanego przepisu jest następstwem implementacji postanowienia art. 55 dyrektywy klasycznej 2004/18/WE, zgodnie z którym, jeżeli w przypadku danego zamówienia, oferty odnoszące się do świadczeń wydają się rażąco niskie, instytucja zamawiająca przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów, dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne. Z literalnego brzmienia przywołanych przepisów prawa krajowego oraz unijnego wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty wyłącznie w przypadku, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego uzasadnione jest podejrzenie, że zaproponowana przez wykonawcę cena jego oferty jest rażąco nieadekwatna do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Ustalenia zamawiającego mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej ofert do: wartości szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej, oferty złożonej w tym postępowaniu. W toku postępowania nie zaistniały żadne okoliczności, które mogłyby wskazywać na niebezpieczeństwo, że cena najtańszej oferty jest rażąco niska. Wartość tej oferty wynosiła mniej więcej tyle, ile ustalona z należytą starannością przez zamawiającego wartość szacunkowa zamówienia netto powiększona o wartość podatku VAT. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie została podważona prawidłowość oszacowania przez zamawiającego wartości przedmiotu zamówienia. Wartość szacunkowa zamówienia została ustalona przez zamawiającego na podstawie kosztorysu inwestorskiego sporządzonego przez profesjonalnego projektanta. Niewielka była również różnica pomiędzy wartością najtańszej oferty, a wartością oferty drugiej w rankingu. Biorąc pod uwagę fakty notoryjne dotyczące dużej konkurencji cenowej na rynku robót budowlanych oraz występującego na nim dużego zróżnicowania cenowego pomiędzy złożonymi ofertami, jaki i w stosunku do szacunków zamawiającego (najczęściej wartości ofert są znaczenie niższe od kosztorysów inwestorskich zamawiającego), nie można wskazać żadnych podstaw do uznania, że cena oferty powinna budzić jakiegokolwiek wątpliwości zamawiającego. W tych okolicznościach, nie zaistniały w toku postępowania żadne okoliczności, które powinny skłonić zamawiającego do rozważania ewentualnego wystąpienia do wykonawcy, który złożył ofertę najtańszą, o wyjaśnienia dotyczące ceny złożonej przez niego oferty. W konsekwencji, Krajowa Izba



Odwoławcza naruszyła przepis art. 90 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że zamawiający w trakcie postępowania powinien wystąpić do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny, gdyż nie zaistniały na tym etapie postępowania żadne dowody, podejrzenia lub okoliczności, które mogłyby wskazywać na niezasadnienie niską cenę oferty, złożonej przez wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego. Przyznaje to zresztą sama Izba wskazując w uzasadnieniu (str. 4) *„rację miał Zamawiający, że różnice w cenach zaoferowanych w postępowaniu, i różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością zamówienia nie implikowały w sposób bezwzględny oczekiwania przez Zamawiającego złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny”*

4. Uzasadniając zarzut wskazany w punkcie czwartym niniejszej skargi wskazać należy, że wykładnia literalna przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że **prawo do żądania wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego**. Brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że na decyzję zamawiającego w tym zakresie mogą mieć wpływ wykonawcy. Uprawnienia wykonawców w tym zakresie nie sposób wywieść również z innych przepisów ustawy Pzp, w szczególności w świetle przepisu art. 7 ustawy Pzp wskazującego na wyłączną kompetencję zamawiającego w zakresie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tej sytuacji uznanie przez Izbę, że dopuszczalne jest wykonanie czynności wyjaśniających w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp z inicjatywy wykonawców, uznać należy za nieprawidłowe.

5. Odnosząc się do zarzutu z punktu piątego skargi wskazać należy że Izba bezpodstawnie uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, tym samym stwierdzając, iż zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp w prowadzonym przez siebie postępowaniu o udzielenie zamówienia w sytuacji gdy na moment dokonywania oceny oferty wykonawcy .. przez zamawiającego, nie istniały żadne okoliczności wskazujące na zasadność zastosowania art. 90 ust. 1, czyli wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Izba przy ocenie czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy Pzp, poprzez dokonanie przez zamawiającego określonych czynności lub zaniechania czynności do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, powinna brać pod uwagę stan rzeczy z chwili dokonania tych czynności lub z chwili w której zamawiający był zobowiązany dokonać określonych czynności. Przepisy nie wskazują wprost kiedy powinno nastąpić wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, to z całą pewnością jest to czynność zamawiającego dokonywana w toku badania i oceny ofert. Wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp może nastąpić wyłącznie przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, stwierdza tym samym iż brak jest

jakichkolwiek podstaw do odrzucenia tej oferty, w tym z powodu wystąpienia w niej rażąco niskiej ceny, a co za tym idzie stwierdza iż nie zachodzi konieczność wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Zatem prawidłowość wezwania z art. 90 ust. 1 Pzp przez zamawiającego lub jego zaniechanie, powinno być badane na moment dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. Natomiast na moment dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty wysokość ceny zawartej w ofercie wykonawcy

, ani w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia dokonanej przez zamawiającego, ani w stosunku do cen zawartych w ofertach innych wykonawców które zostały złożone w tym postępowaniu, nie uzasadniały zastosowania art. 90 ust. 1 Pzp wobec tego wykonawcy. W toku badania i oceny ofert, jak wynika z dokumentacji postępowania nie były składane wnioski czy dowody podważające prawidłowość ceny ofert wybranej jako najkorzystniejsza. W tym również wykonawca

nie składał oświadczeń kwestionujących prawidłowość swej oferty. Zatem zaniechanie zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień, na moment kiedy powinno ono nastąpić, zostało dokonane prawidłowo.

Wystąpienie dodatkowych okoliczności, tu oświadczenia wybranego wykonawcy iż nie doszacował on swej oferty, po dokonaniu oceny ofert przez zamawiającego, nie może mieć wpływu na ocenę prawidłowości czynności zamawiającego już dokonanych. Nie można postawić zamawiającemu zarzutu podjęcia błędnej decyzji, poprzez stwierdzenie naruszenia przepisów Pzp, w sytuacji gdy na moment jej dokonania była ona w pełni prawidłowa, co potwierdza sama Izba w uzasadnieniu orzeczenia.

Izba nieprawidłowo zarzuciła zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp biorąc pod uwagę stan rzeczy który istniał w czasie wydania rozstrzygnięcia a nie w czasie dokonania lub zaniechania czynności przez zamawiającego. Zadaniem Izby zgodnie z art. 172 ust. 1 w związku art. 192 ust. 2 Pzp w związku z art. 180 ust. 1 Pzp nie jest ustalenie prawdy obiektywnej lecz ocena czynności zamawiającego, zatem powinna ona brać pod uwagę stan rzeczy z momentu ich dokonania.

6. W uzasadnieniu zarzutu 6 skargi należy wskazać, co następuje. Zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle ustalonych okoliczności faktycznych, nie zachodziły żadne okoliczności, które zobowiązywałyby zamawiającego do wystąpienia do wykonawcy o przedstawienie przez niego wyjaśnień dotyczących ceny złożonej oferty, z uwagi na podejrzenie, że może być ona dotknięta wadą rażąco niskiej ceny. Wartość tej oferty była realna w stosunku do szacunków przygotowanych przez zamawiającego. W konsekwencji, brak było jakichkolwiek okoliczności, które mogłyby wskazywać, że zamawiający nie występując o wyjaśnienia dotyczące najtańszej oferty naruszył przepisy ustawy Pzp. W związku z brakiem naruszenia przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przepisów Pzp w zakresie wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy, który przystąpił do postępowania odwoławczego, nie istniała

również podstawa do uwzględnienia odwołania w zakresie nakazania zamawiającemu przeprowadzenia procedury wyjaśnienia ceny najkorzystniejszej oferty.

7. Odnosząc się do zarzutu z punktu siódmego skargi wskazać należy, że zgodnie z art. 172 ust. 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza jest właściwa do rozpoznawania odwołań wnoszonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Przepis ten wskazuje kompetencję Izby a zarazem jej podstawowe zadanie – uzasadniające jej powstanie. Wyznacza on także zakres działania Izby, poprzez wskazanie iż ma ona kompetencje do rozpoznawania odwołań. Czyli Izba nie posiada kompetencji w szerokim zakresie – do badania naruszeń czy nieprawidłowości w postępowaniach o udzielenie zamówienia, lecz jest ograniczona tylko do rozpoznawania odwołań oraz zarzutów w nich zawartych (zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp). Zatem zakres możliwego działania Izby wyznacza odwołanie wnoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Natomiast zgodnie z art. 180 ust. 1 Pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Nie jest możliwe wniesienie odwołania ponad zakres przepisu art. 180 ust. 1 Pzp, czyli wykonawcy mogą skarżyć poprzez wniesienie odwołania tylko i wyłącznie czynności lub zaniechania zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie, Izba w uzasadnieniu (str. 4) stwierdzając iż „*rację miał Zamawiający, że różnice w cenach zaoferowanych w postępowaniu, i różnica pomiędzy ceną oferty Przystępującego, a wartością zamówienia nie implikowały w sposób bezwzględny oczekiwania przez Zamawiającego złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny*”, uznała iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów Pzp. Co za tym idzie, zakres kompetencji Izby do ingerencji w prowadzone przez zamawiającego postępowanie, wyczerpał się na tym stwierdzeniu.

Izba uwzględniając odwołanie, pomimo braku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy Pzp przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, przekroczyła przyznane jej przez ustawę Pzp kompetencje. Jak już zostało wskazane Izba nie została powołana do badania zaistnienia prawdy obiektywnej, lecz do oceny prawidłowości czynności zamawiającego, które jak sama wskazała były prawidłowe.

8. Uzasadniając zarzut podniesiony w punkcie ósmym niniejszej skargi wskazać należy, że stosownie do art. 190 ust. 7 Pzp, Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału.

Jak wynika z treści uzasadnienia skarżonego orzeczenia, Izba w znacznej części oparła swe rozstrzygnięcie o gołostowne, nieudowodnione twierdzenie Przystępującego, jakoby „wskutek omyłki pominął w wycenie część przedmiotu zamówienia”, a co za tym idzie – „zaoferował cenę

poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i za zaoferowaną cenę nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia". Twierdzenie takie uznać należy za całkowicie niewiarygodne, nie zostało ono bowiem poparte jakimikolwiek dowodami, a sam fakt jego złożenia – za bezprawną próbę wycofania złożonej w przedmiotowej sprawie oferty i ominięcia rygorów, o których mowa w art. 85 Pzp, dotyczących terminów związania ofertą.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga fakt, że cena brutto oferty złożonej przez Przystępującego wynosiła około 41,7 mln zł, a ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia, powiększona o wartość podatku VAT – około 43,66 mln zł. Oznacza to, że wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia była wyższa od ceny oferty Przystępującego zaledwie o około 4,7%. W takiej sytuacji brak było jakichkolwiek podstaw do przypuszczeń, że oferta złożona przez Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, a w konsekwencji – że na Zamawiającym ciążył obowiązek zwrócenia się do tego wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie przewidzianym przez art. 90 ust. 1 Pzp.

9. Odnosząc się do zarzutu wskazanego w punkcie dziewiątym skargi należy wskazać, że z treści uzasadnienia skarżonego wyroku nie wynika, by przedmiotem rozważań Izby stała się ocena wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, a w szczególności ocena wpływu na prawidłowość działań Zamawiającego okoliczności mu nie znanych w momencie ich podejmowania, a ujawnionych dopiero po ich przeprowadzeniu, na etapie postępowania odwoławczego przed Izbą, a także faktu, że cena najtańszej oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne była niższa od wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia zaledwie o około 4,7%, brak było zatem podstaw do uznania jej za ofertę z rażąco niską ceną.

10. Odnośnie zarzutu dziesiątego skargi wskazać należy, że w toku dokonywania oceny złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert Zamawiający nie miał podstaw do przypuszczeń, że którakolwiek z tych ofert może zawierać rażąco niską cenę, zwłaszcza w sytuacji, gdy – jak wskazano powyżej – cena brutto oferty z najniższą ceną (złożonej przez Przystępującego) wynosiła około 41,7 mln zł, a ustalona przez Zamawiającego szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia, powiększona o wartość podatku VAT – około 43,66 mln zł.

Oznacza to, że nie zaistniała w tym przypadku konieczność zwrócenia się do wykonawców o udzielenie wyjaśnień w trybie przewidzianym przez art. 90 ust. 1 Pzp. Ujawnione przed KIO okoliczności, przywołane przez Przystępującego, nieznanne Zamawiającemu w trakcie dokonywania przez niego wyboru najkorzystniejszej oferty, o których Zamawiający nie mógł się dowiedzieć wcześniej, nie powinny mieć jakiegokolwiek wpływu na ocenę prawidłowości tak czynności poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty, jak i samego wyboru takiej oferty.

11. Uzasadniając zarzut wskazany w punkcie jedenastym niniejszej skargi wskazać należy, że stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów

ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Brak jest podstaw do przypuszczeń, że choćby jedna ze złożonych w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne ofert mogła zawierać rażąco niską cenę, a co za tym idzie – że Zamawiający był zobligowany do dokonania ustaleń w trybie przewidzianym przez art. 90 ust. 1 Pzp.

IV. Prezes Urzędu jako centralny organ administracji publicznej (statio fisci Skarbu Państwa) jest zwolniony na podstawie art. 94 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2010 r. Nr 90, poz. 594, z późn. zm.) z obowiązku uiszczania opłat.

V. Stosownie do postanowienia art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez Prezesa Urzędu stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o prokuratorze. Po myśli natomiast art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Tym samym wniesienie skargi w niniejszej sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów postępowania sądowego od Prezesa Urzędu na rzecz przeciwników skargi.

VI. Prezes Urzędu wnosząc skargę w niniejszej sprawie korzysta ze szczególnej kompetencji wynikającej z przepisów prawa. W tym zakresie Prezes Urzędu nie działa ani na rzecz, ani w interesie żadnego z uczestników postępowania. Prezes Urzędu działa bowiem w ramach przysługujących mu kompetencji władczych (imperium). Powyższe w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnia stanowisko, iż w sprawie wszczętej na skutek skargi Prezesa Urzędu wniesionej na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 ustawy Pzp zachodzi szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102 k.p.c., uzasadniający nieobciążanie strony przygrywającej kosztami sądowymi w postępowaniu skargowym.

VII. Właściwość miejscowa sądu jest usprawiedliwiona na podstawie art. 198b ust. 1 ustawy Pzp.

VIII. Jednocześnie skarżący wyjaśnia, iż stosownie do postanowienia art. 198b ust. 2 ustawy Pzp odpisy niniejszej skargi zostały przesłane przeciwnikom skargi oraz ich pełnomocnikom.

W świetle przedstawionej wyżej argumentacji niniejsza skarga jest konieczna i w pełni uzasadniona, dlatego Prezes Urzędu nie będąc związany stanowiskiem żadnej ze stron (arg. z art. 57 i art. 60 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp), ani nie działając w interesie żadnej ze stron wnosi, jak na wstępie.

Spis załączników:

1 Potwierdzenia przesłania odpisów skargi.