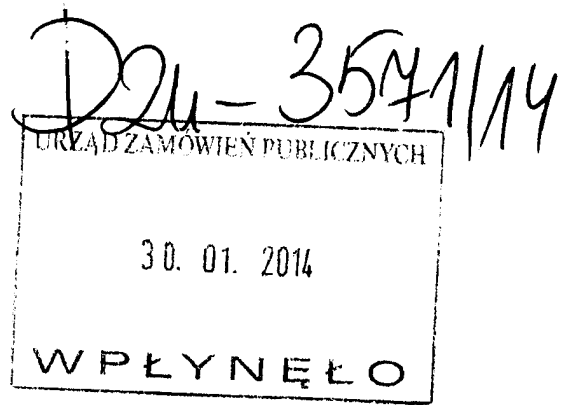




WYROK



**W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Poznań, dnia 8 stycznia 2014 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu X Wydział Gospodarczy Odwoławczy  
w składzie następującym:

Przewodniczący SSO Tomasz Chojnacki

Sędziowie SSO Ryszard Trzebny

del. SSR Alicja Zarzecka

Protokolant st.sekr.sąd. Małgorzata Kotecka

po rozpoznaniu w dniu 8 stycznia 2014 r., w Poznaniu  
na rozprawie

sprawy ze skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie,  
przy udziale przeciwników skargi:  
zamawiającego

odwołującego

oraz przystępującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.09.2013r., w sprawie o sygnaturze KIO 2159/13  
o udzielenie zamówienia publicznego

I. zmienia zaskarżony wyrok:

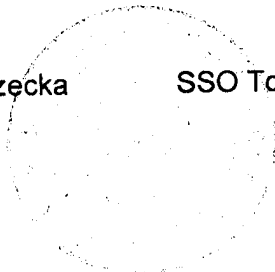
- w punkcie 1. w ten sposób, że oddala odwołanie,
- w punkcie 2. w ten sposób, że kosztami postępowania obciąża odwołującego i z tego tytułu zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę

II. nie obciąża stron kosztami postępowania wywołanego wniesieniem skargi.

SSR Alicja Zarzecka

SSO Tomasz Chojnacki

SSO Ryszard Trzebny



Poznań, dnia 8 stycznia 2014 r.  
[Signature]

## UZASADNIENIE

..... (zwany dalej zamawiającym),  
prowadził postępowanie dotyczące zamówienia publicznego pod nazwą

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 13 lutego 2013 r., poz. 2012/S 48510-2013. Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu ograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. - Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych – p.z.p). Ostatecznie zamawiający wybrał ofertę

W dniu 6 września 2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

....., którzy utworzyli w tym celu konsorcjum ( zwanym dalej odwołującym) wnieśli odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnej z przepisami p.z.p. czynności podjętej przez zamawiającego polegającej, ich zdaniem, na wyborze oferty złożonej przez

Odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie czynności polegającej na zwróceniu się do wykonawcy

..... o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, do której zamawiający był zobowiązania na podstawie ustawy p.z.p. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 90 ust. 1 wskazanej ustawy. W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie Zamawiającemu zwrócenia się do wykonawcy ..... o wyjaśnienia celem ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę,
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpiło ..... , którego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej nazywanym przystępującym).

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wniósł o jego oddalenie. W odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wskazywał, że nie było podstaw do

wzywania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W protokole postępowania określono kwotę wartości szacunkowej na poziomie około 35 milionów 500 tysięcy złotych netto, natomiast w odwołaniu powołano się na kwotę, jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację całego zamówienia. W odniesieniu do tej kwoty, zdaniem zamawiającego, również pozostałe oferty można by uznać ewentualnie za zawierające rażąco niską cenę. Podkreślił, że poza ogólnikami odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na rażąco niską cenę.

Na posiedzeniu w dniu 17 września 2013 r. Izba stwierdziła, że zgłaszający przystąpienie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, pomimo skutecznie zgłoszonej opozycji przez zamawiającego. Zamawiający złożył bowiem opozycję wobec przystąpienia, wskazując, że zgłaszający przystąpienie nie ma interesu w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, a zgłoszenie de facto zmierza do tego, żeby przystępujący mógł wycofać się ze złożonej ofert bez poniesienia żadnych konsekwencji.

Wyrokiem z dnia 17 września 2013 r. wydanym w sprawie oznaczonej sygnaturą akt: KIO 2159/13 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez konsorcjum i nakazała zamawiającemu zwrócić się do przystępującego-

udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Kosztami postępowania obciążyła zamawiającego.

W uzasadnieniu wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta przystępującego zostałaby odrzucona po przeprowadzeniu wnioskowanej procedury wyjaśniającej w zakresie ewentualności rażąco niskiej ceny - wówczas odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na drugim miejscu w rankingu ofert. Izba uznała, że przystępujący skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, mimo zgłoszonej przez zamawiającego opozycji, w której wskazywał on na brak interesu w przystąpieniu po stronie odwołującego. W ocenie Izby interes, o którym mowa w art. 185 ust 3 Prawa zamówień publicznych w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony, po której zgłaszający przystąpienie deklaruje uczestnictwo w postępowaniu, nie może być utożsamiany jedynie z „interesem w uzyskaniu zamówienia”, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Gdyby była mowa w obu tych przepisach o interesie tego samego rodzaju, to

zakładając racjonalność ustawodawcy, użyto by takich samych sformułowań. W orzecznictwie zatem powszechnie przyjmuje się, że interes, o którym mowa w art. 185 ust. 3 Prawa zamówień publicznych jest znacznie szerszy, niż interes w uzyskaniu zamówienia. Może być to jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie na korzyść strony, po której zgłoszono przystąpienie. Przystępujący w zgłoszeniu przystąpienia, a następnie w toku posiedzenia wskazywał, że wnosi o uwzględnienie odwołania. Nie ma zamiaru wycofania się ze złożonej oferty, jednak treść odwołania pozwoliła zweryfikować mu treść oferty i zorientował się, że w skutek omyłki pominął w wycenie część przedmiotu zamówienia. Oświadcza, że zaoferował cenę poniżej kosztów wykonania przedmiotu zamówienia i za zaoferowaną cenę nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia. Oceniając takie stanowisko przystępującego, Izba stwierdziła, że niezależnie, jakie pobudki kierują przystępującym, który chce złożyć wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, jeżeli chce uzasadnić zaoferowaną przez siebie cenę to nie można uznać, że nie ma interesu w postulowaniu dokonania takiej czynności. Dlatego też Izba nie znalazła powodów, aby stwierdzić, że przystępujący nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, że samo odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zdaniem Izby, rację miał jednak 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. Jednak na etapie rozstrzygania odwołania nie można pominąć oświadczenia złożonego przez przystępującego, który sam twierdzi, że za podaną przez niego cenę nie można zrealizować przedmiotu zamówienia. Odwołujący i przystępujący byli zgodni, że cena oferty przystępującego jest zaniżona o około 7 000 000 zł, co miało wynikać z błędnego podsumowania kwot wynikających z kosztorysów (pominięto wartość jednego kosztorysu). Załączenie kosztorysów nie było do oferty obowiązkowe, przystępujący miał je złożyć dopiero przed podpisaniem umowy; żadna ze stron nie złożyła ich w toku postępowania odwoławczego do akt sprawy. Zamawiający z kolei twierdził, że suma kosztorysów jest prawidłowa. Odwołujący i zamawiający przedstawili do akt jedynie zsumowanie kwot w określonej wysokości, przy czym kwoty składowe w obu zestawieniach nie były jednakowe. W takiej sytuacji, zdaniem Izby, nie mogła ona nie nakazać zamawiającemu zwrócić się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Generalnie bowiem zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej stanowi naruszenie art. 90 ust. 1 Prawa zamówień

publicznych. Nie można pominąć przy rozstrzygnięciu odwołania oświadczenia przystępującego, że za zaoferowana przez niego cenę nie da się wykonać przedmiotu zamówienia (takiego oświadczenia wykonawcy nie można byłoby pominąć nawet wówczas, gdyby nie został skutecznie dopuszczony do postępowania odwoławczego), i w ocenie Izby kwestię tę należało wyjaśnić.

Dodatkowo Izba wskazała, że nie można nie zauważyć nietypowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia sytuacji, w której dwaj wykonawcy, których oferty powinny konkurować ze sobą, składają zgodne ze sobą oświadczenia, prowadzące być może do wyeliminowania jednego z nich z postępowania. Nie można wykluczyć, że tak jak na rozprawie sugerował zamawiający, przystępujący zamierza się wycofać ze złożonej oferty na rzecz innego wykonawcy. Jednak w niniejszym postępowaniu odwoławczym, Izba podała, że rozstrzygając w granicach zarzutów odwołania nie może badać kwestionowanej oferty poza granicami określonymi odwołaniem (art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych). W świetle podniesionych zarzutów odwołania i stanowisk, w szczególności oświadczeń przystępującego, w ocenie Izby konieczne jest zwrócenie się do przystępującego o udzielenie wyjaśnień, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Ocena złożonych wyjaśnień pozwoli zamawiającemu podjąć decyzję odnośnie oferty przystępującego.

Od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skargę wywiódł, działając 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 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy p.z.p. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżając w całości wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2013 r. i zarzucając naruszenie przepisów prawa materialnego oraz naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

- art. 185 ust. 2 oraz art. 185 ust. 4 ustawy p.z.p. 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 skutkowało występowaniem przez tego wykonawcę w postępowaniu odwoławczym przeciwko własnej ofercie,

- 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;

- 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;

- 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;

- 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;

- 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;

- 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;

- 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%,

- art. 190 ust. 7 pzp poprzez brak należytego i wszechstronnego odniesienia się w uzasadnieniu wyroku do wszystkich okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

- 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,

- 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 Prezes wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania, rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i jednocześnie nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego na podstawie art. 102 k.p.c.

W odpowiedzi na skargę Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej odwołujący wniósł o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu pisma odwołujący wskazał, że nie podziela poglądów prawnych wyrażonych w skardze oraz sformułowanych w niej zarzutów. Odwołujący podniósł, że jego zdaniem, działanie przystępującego było zgodne z jego interesem - szeroko rozumianym - ale również było to działanie dobrego gospodarza, tak bardzo pożądane współcześnie wśród firm budowlanych. Zdaniem odwołującego, zakres postępowania dowodowego i źródeł dowodowych w postępowaniu odwoławczym o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest ograniczony tak jak twierdzi skarżący. Nie wynika to z treści żadnego z przytoczonych przepisów. Izba w postępowaniu oceniała fakty z przebiegu postępowania i oświadczenie stron co do tych faktów, złożone na rozprawie. Oświadczenia stron są ich prawem, a obowiązkiem Izby jest ich odnotowanie w protokole i ocena faktyczna oraz prawna. Izba nie może ich traktować jako nie istniejących, jak tego życzyłyby sobie skarżący. Co więcej, w ocenie odwołującego uznanie przez KIO, że okoliczności tej sprawy uzasadniają wystąpienie do [redacted] złożenia wyjaśnień co do wystąpienia rażąco niskiej ceny było słuszne. Izba wprawdzie uznała (w ocenie odwołującego się błędnie), że inne okoliczności nie uzasadniały konieczności badania ceny przez zamawiającego, to jednak wniosek końcowy o konieczności tego badania jest słuszny. Izba bowiem ustaliła, że relacja ceny wybranego wykonawcy do wartości przedmiotu zamówienia nie wskazywała na to, że cena jest rażąco niska. Tymczasem, jak wskazał odwołujący, zupełnie pominęła fakt, że obok tego kryterium oceny wstępnej oferty, podstawą weryfikacji czy cena jest rażąco niska jest również zestawienie wartości wybranej oferty do średniej cen ofert występujących w tym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że przyjmuje się w piśmiennictwie i orzecznictwie, w ślad za orzecznictwem europejskim, że różnica tych cen wynosząca ponad 10% w zasadzie rodzi konieczność badania ceny najniższej pod kątem, czy nie jest rażąco niska. W ocenie odwołującego, istniały w chwili wyboru oferty okoliczności rażąco niskiej ceny i zamawiający winien wykazać wymaganą od niego ustawową ostrożność w badaniu tej ceny.

Przeciwnik skargi to jest zamawiający [redacted] z siedzibą w Żarach wniósł o uwzględnienie skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości i zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2013 r., poprzez oddalenie odwołania oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 198 f ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu pisma wskazano, że zasadnie zostało podniesione w skardze, że



przystępujący nie miał interesu w przyłączeniu się do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Tym samym dopuszczenie przystępującego do postępowania odwoławczego doprowadziło do sytuacji, w której występował on przeciwko własnej ofercie, co w kontekście przepisu art. 185 ust. 2 pzp jest niedopuszczalne. Zamawiający podniósł, że interes ten nie może być rozumiany jako możliwość występowania przeciwko własnej ofercie, a tak było w rzeczonym postępowaniu. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie pozwala wykonawcom na negowanie własnych ofert. Dopuszczenie do takiej sytuacji, stanowi swego rodzaju legitymizację bezprawnego działania wykonawców polegającego na próbie wycofania się (z różnych powodów) ze złożonej oferty bez żadnych konsekwencji, a w szczególności bez utraty wadium. Zdaniem zamawiającego dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym przystępującego po stronie odwołującego, dało mu uprawnienie do występowania na rozprawie przed KIO i składania oświadczeń, które w sposób nieuprawniony zostały wzięte pod uwagę przez KIO przy rozstrzygnięciu sprawy. Takie zachowanie, zdaniem zamawiającego, stanowi naruszenie art. 185 ust. 2 oraz 185 ust. 4 pzp, a także art. 191 ust. 2 oraz 192 ust. 2 pzp w zw. z art. 185 ust. 2 oraz 185 ust. 4 pzp. Zamawiający podzielił stanowisko Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, że nie było żadnych podstaw do przyjęcia założenia, że zamawiający był zobowiązany do żądania od przystępującego wyjaśnień odnoszących się do ewentualnej rażąco niskiej ceny. Podniósł, że w trakcie bowiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również z treści samego odwołania, nie można było doszukać się jakichkolwiek podstaw, które uzasadniałyby podejrzenia zamawiającego, że może on mieć w tym przypadku do czynienia z ofertą zawierającą rażąco niską cenę. Cena zawarta w ofercie przystępującego nie uzasadniała dokonania wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ust. 1 pzp, gdyż żadne okoliczności nie uzasadniły traktowania jej jako oferty z rażąco niską ceną. Co więc, zamawiający podkreślił, że to na odwołującym jako na podmiocie, który wywodził z tej okoliczności określone skutki prawne, spoczywał ciężar udowodnienia rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. Tymczasem poza gołosłownymi i ogólnymi twierdzeniami, a przede wszystkim na nieuzasadnionym odnoszeniu ceny oferty przystępującego do kwoty jaką zamierzał przeznaczyć zamawiający na sfinansowanie zamówienia - odwołujący nie wskazali żadnych dowodów, które miałyby potwierdzać to, że mamy w tym przypadku do czynienia z podejrzeniem oferty z rażąco niską ceną.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy podziela zarzuty skargi, nie przychylając się jednocześnie do rozstrzygnięcia i argumentów przedstawionych przez Krajową Izbę Odwoławczą.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zasadne okazały się zarzuty Prezesa dotyczące naruszenia art. 185 ust. 2 oraz art. 185 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej p.z.p.) poprzez dopuszczenie przystąpienia wykonawcy

do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Zgodnie z art. 185 ust. 2 p.z.p. wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W myśl ust. 4 zamawiający lub odwołujący może zgłosić opozycję przeciw przystąpieniu innego wykonawcy nie później niż do czasu otwarcia rozprawy. Izba uwzględnia opozycję, jeżeli zgłaszający opozycję uprawdopodobni, że wykonawca nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił; w przeciwnym razie Izba oddala opozycję. Wskazać należy, żeby przystępujący uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego, musi mieć interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść jednej ze stron. Ustawa nie wymaga jednak, aby był to wyłącznie interes prawny. Uznać należy za wystarczający interes faktyczny, musi on jednak pozostawać w adekwatnym z związku z odwołaniem strony, do której interwenient przystępuje. Zdaniem Sądu Okręgowego, w niniejszej sprawie nie sposób uznać, żeby przystępujący miał interes w rozstrzygnięciu sprawy zgodnie z wnioskiem odwołującego. Za takim stanowiskiem przemawia fakt, że przystąpienie wykonawcy do niniejszego postępowania i podejmowane przez niego w toku postępowania czynności, w szczególności składanie oświadczeń podważających prawidłowość sporządzenia własnej oferty skutkowało występowaniem przez tego wykonawcę w postępowaniu odwoławczym przeciwko własnej ofercie. Zaakcentować należy, że interes, o którym mowa w art. 185 nie może być rozumiany jako możliwość występowania przeciwko własnej ofercie, tak jak to miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślić wypada, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest ukierunkowane na wybór oferty najkorzystniejszej przy zachowaniu reguł określonych w ustawie p.z.p. Wszystkie czynności w tym postępowaniu sprowadzają się do wykazania, że dana oferta jest ofertą zgodną z przepisami, lub też na wykazaniu, że dana oferta narusza przepisy ustawy. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie pozwala wykonawcom na negowanie własnych ofert. Dopuszczenie do takiej sytuacji, stanowi aprobatę na działania

wykonawców zmierzających do wycofania się (z różnych powodów) ze złożonej oferty bez żadnych konsekwencji, a w szczególności bez utraty wadium. W niniejszym postępowaniu nie budzi wątpliwości, 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. Zasadnie zatem zostało podniesione w skardze, że przystępujący nie miał interesu w przyłączeniu się do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Tym samym dopuszczenie przystępującego do postępowania odwoławczego doprowadziło do sytuacji, w której występował on przeciwko własnej ofercie, co w kontekście przepisu art. 185 ust. 2 p.z.p. było niedopuszczalne i prowadziło do naruszenia ww. przepisów. Dodatkowo podać należy, na co słusznie zwrócił uwagę skarżący, 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.

Wskazać zatem należy, że oświadczenia składane przez wykonawcę jako uczestnika w toku postępowania odwoławczego nieprawidłowo zostały uznane i wzięte pod uwagę przez Izbę przy ostatecznym rozstrzygnięciu sprawy. Zgodnie z art. 191 ust. 2 p.z.p. Izba wydając wyrok, bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Zdaniem Sądu Okręgowego „stan rzeczy” jaki został ustalony w postępowaniu nie jest tożsamy z określeniem „stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy”, o którym mowa w treści art. 316 § 1 k.p.c. Stan rzeczy określony w p.z.p. jest węższym pojęciem i dotyczy jedynie samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem, jak słusznie wskazał skarżący, podstawą do ewentualnego uwzględnienia odwołania przez Izbę na podstawie art. 192 ust. 2 p.z.p. mógł być jedynie materiał dowodowy zgromadzony podczas trwania postępowania odwoławczego. Izba błędnie uznała, 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 p.z.p., a które zostały ujawnione dopiero w toku postępowania odwoławczego przez KIO, mogą, a nawet powinny być brane

pod uwagę przy ocenie prawidłowości postępowania zamawiającego. Izba przy ocenie czy doszło w toku postępowania o udzielenie zamówienia do naruszenia przepisów ustawy p.z.p., poprzez dokonanie przez zamawiającego określonych czynności lub zaniechania czynności do których jest on zobowiązany na podstawie ustawy p.z.p., powinna brać pod uwagę stan rzeczy z chwili dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty. 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 p.z.p. 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. Jak słusznie wskazał skarżący 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. Zdaniem Sądu Okręgowego, nie można postawić zamawiającemu zarzutu podjęcia błędnej decyzji, poprzez stwierdzenie naruszenia przepisów p.z.p. w sytuacji gdy na moment jej dokonania była ona w pełni prawidłowa, co potwierdza sama Izba w uzasadnieniu orzeczenia. Rację ma Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, iż Izba nieprawidłowo zarzuciła zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy p.z.p. 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 p.z.p. w związku z art. 180 ust. 1 p.z.p. nie jest ustalenie prawdy obiektywnej, lecz ocena czynności zamawiającego, zatem powinna ona brać pod uwagę stan rzeczy z momentu ich dokonania. Dodatkowo, KIO, naruszając przepisy art. 191 ust. 2 i 192 ust. 2 p.z.p. albowiem dopuściła i uznała jako materiał dowodowy w sprawie oświadczenia i dowody złożone przez podmiot nieuprawniony

Obowiązkiem Izby było pominięcie dokumentów i oświadczeń składanych przez tego wykonawcę.

Na aprobatę zasługują również zarzuty naruszenia przez Izbę art. 90 ust. 1 p.z.p. W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza błędnie uznała, że okoliczności sprawy

zobowiązywały zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, co do wystąpienia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Analiza akt sprawy prowadzi do wniosku, że w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego brak było jakichkolwiek podstaw uzasadniających podejrzenie zaistnienia rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego. Innymi słowy, w momencie dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty brak było jakichkolwiek okoliczności wskazujących na konieczność zastosowania procedury przewidzianej w treści art. 90 ust. 1 p.z.p. Tym samym Izba niesłusznie uznała naruszenie przez zamawiającego przepisów p.z.p. poprzez zaniechanie zastosowania art. 90 ust. 1 p.z.p. i nie wezwanie przez zamawiającego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 p.z.p. 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. Rację ma skarżący, że z literalnego brzmienia przywołanych przepisów 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. Słuszne jest stanowisko skarżącego, że 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. 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 p.z.p. w szczególności w świetle przepisu art. 7 ustawy p.z.p. 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 z inicjatywy wykonawców, uznać należy za nieprawidłowe.

Wskazać należy, że przepisy p.z.p., ani przepisy unijne, czy też orzecznictwo zarówno krajowe, jak i ETS nie wykształciło definicji pojęcia "rażąco niska cena". Niemniej jednak kwestia rażąco niskiej ceny podlegająca rozstrzygnięciu w oparciu o kryteria wskazane w art. 90 ust. 1 p.z.p. znalazła uregulowanie ustawowe w powołanym przepisie. Właściwie to zamawiający na etapie wstępnego badania ofert ocenia, czy w jego przekonaniu cena przedstawiona w ofercie nie nosi takiego charakteru. W czasie tego wstępnego badania, w którym pod uwagę należy brać co do zasady całkowitą cenę za przedmiot zamówienia, a nie poszczególne pozycje, czy składniki ceny zamawiający, który nabierze podejrzeń, czy przypuszczeń co do zbyt niskiej proponowanej przez wykonawcę ceny wszczyna procedurę wyjaśnienia. Tak więc już od samego początku badania proponowanych w ofertach cen widocznym jest, że pojęcie rażąco niskiej ceny jest pojęciem subiektywnym, zależnym od indywidualnej oceny zamawiającego. Przypisać charakter ceny rażąco niskiej można cenie, która jest niewiarygodna i nierealna w stosunku do obowiązujących cen rynkowych. Kolejnym kryterium oceny może być ustalenie średniej ceny pozostałych ofert najbardziej zbliżonych do siebie pod względem cenowym (wyrok Sądu Okręgowy w Poznaniu z dnia 4 czerwca 2008 r., sygn. akt X Ga 127/08, Lex 621205; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08, Lex 621199). W świetle powyższych rozważań dotyczących rażąco niskiej ceny i w odniesieniu do okoliczności sprawy nie sposób uznać, aby w toku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istniały okoliczności, które wskazywałyby, że cena najtańszej oferty zaoferowana przez wykonawcę 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. 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%. Różnica ta jest zatem niewielka, a w każdym razie w żadnym przypadku nie uzasadnia uznania ceny oferty za cenę rażąco niską. Podkreślić należy, że kwota 62.000.000 zł, na którą powołuje się odwołujący to kwota, jaką przeznaczył zamawiający na sfinansowanie całego zamówienia. Kwalifikacja ceny oferty, jako rażąco niskiej nie następuje jednak w odniesieniu do kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, lecz w odniesieniu do kwoty wartości zamówienia. Istotne jest, że bezpośrednio przed otwarciem ofert, a więc chwilę przed otwarciem pierwszej z nich, Zamawiający

podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Kwoty tej nie należy utożsamiać z ustaloną wartością zamówienia - różnią się one chociażby kwotą podatku VAT, nieuwzględnianą przy ustalaniu wartości zamówienia, a zawierającą się w kwocie zamierzonych wydatków. Kwota ta wynika z możliwości finansowych zamawiającego, określonych w jego planie finansowym lub innym spełniającym podobne funkcje dokumencie i uwzględnia chociażby możliwość zlecenia także prac dodatkowych, nie objętych pierwotną ofertą. Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 4 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2737/11), że zamawiający w celu ustalenia czy zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską powinien odnieść zaoferowaną cenę do ustalonej przez siebie wartości szacunkowej zamówienia, a następnie do cen innych ofert oraz w wyroku z dnia 9 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2590/11), że art. 90 ust. 1 p.z.p. nakazuje porównanie zaoferowanej ceny do przedmiotu zamówienia, a zatem przede wszystkim do szacunkowej wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, powiększonej o podatek VAT. To zatem kwota wartości szacunkowej zamówienia, a nie kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, jest determinantą oceny oferty pod kątem zaoferowania ceny rażąco niskiej. Kwota wartości szacunkowej, o której mowa w art. 33 ust. 1 pkt 1 p.z.p. oraz kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia, o której mowa w art. 86 ust. 3 p.z.p. to różne kwoty, a zamawiający ma prawo przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę wyższą niż kwota wartości szacunkowej zamówienia.

Na brak cech rażąco niskiej ceny wskazuje również jej relacja do kwot cen innych ofert, w tym samego odwołującego. Pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu zaproponowali ceny zbliżone do kwoty wartości szacunkowej zamówienia, i tak: Konsorcjum firm: (1)

(2)

- 48 462 000,00 zł (brutto);

oraz (2)

- 49 443 488,61 zł (brutto);

- 48 830 385,00 zł (brutto); odwołujący - 47 838 372,25 zł (brutto). Różnica pomiędzy ceną oferty odwołującego, a ceną oferty przystępującego nie jest znaczna. 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 p.z.p.

W świetle powyższych rozważań stwierdzić należy, że doszło do naruszenia art. 192 ust. 2 p.z.p. poprzez uwzględnienie odwołania i uznanie, że zamawiający naruszył przepisy p.z.p., w szczególności art. 90 ust. 1 p.z.p.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko skarżącego, że Izba naruszyła również przepisy art. 172 ust. 1 w zw. art. 180 ust. 1 oraz art. 192 ust. 2 p.z.p. 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 p.z.p. Jak słusznie wskazał skarżący z treści art. 172 ust. 1 p.z.p. wynika, że 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. Natomiast zgodnie z art. 180 ust. 1 p.z.p. 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 p.z.p. 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 p.z.p. Sąd Okręgowy podziela twierdzenia Prezesa, że Izba uwzględniając odwołanie, pomimo braku stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy p.z.p. przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, przekroczyła przyznane jej przez ustawę p.z.p. kompetencje.

Na koniec wskazać należy, że również zasadny okazał się zarzut naruszenia przepisu art. 190 ust. 7 p.z.p. W ocenie Sądu Okręgowego, KIO bezpodstawnie przyjęła za prawdziwe oświadczenie przystępującego o fakcie popełnienia przez niego omyłki w obliczeniu ceny oferty o kwotę około 7 mln zł. Wskazać, należy, że zaniechanie dokonania wpisu wielkości ceny jednostkowej stanowiącej element cenotwórczy nie może być uznane za oczywistą omyłkę pisarską podlegającą poprawieniu przez zamawiającego w trybie art. 87 p.z.p. Podkreślić trzeba, że przewidziana w art. 87 ust. 2 p.z.p. możliwość poprawienia oczywistej



omyłki w tekście oferty dotyczy wyłącznie takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a "oczywistość" omyłki rozumianej jako określona niedokładność nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań, czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenie lub inna niedokładność przypadkowa, która nasuwa się sama przez się każdemu. Przez oczywistą omyłkę powszechnie rozumie się błąd zwykły wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Ma więc charakter proceduralno-techniczny, a nie merytoryczny. Istotnym przy tym pozostaje, że oczywista omyłka w tekście oferty nie może w żadnym razie doprowadzić do zmiany jej treści - pod pozorem sprostowania oczywistej omyłki nie można bowiem doprowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia (wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r., XII Ga 206/08, Lex 621201). W świetle przedstawionych wyżej twierdzeń, trudno uznać, że Wykonawca popełnił omyłkę pisarską, wskazując w swej ofercie cenę niższą o 7 mln.

Mając na uwadze powyższe Sąd Okręgowy, na podstawie art. 198 f ust. 2 zd. 2 p.z.p. orzekł jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 102 k.p.c.

del. SSR Alicja Zarzecka

SSO Tomasz Chojnacki

SSO Ryszard Trzebny



Sąd Okręgowy w Gdańsku  
Kancelaria Sądowa

27 CTY 2014  
2014.07.27

Sędziowie  
Tomasz Chojnacki  
Ryszard Trzebny