



WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 kwietnia 2017 r.

Sąd Okręgowy w Legnicy VI Wydział Gospodarczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Joanna Otto (sprawozdawca)

Sędziowie: SO Elżbieta Jasilkowska
SO Jarosław Halikowski

Protokolant: Sek. Katarzyna Wanot

po rozpoznaniu w dniu 24 kwietnia 2017 r. w Legnicy
na rozprawie
sprawy z odwołania

[REDACTED]
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

[REDACTED]
przy uczestnictwie

[REDACTED]
na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w
Warszawie

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 stycznia 2017 r., sygn.
akt KIO 2426/16

- I. zmienia zaskarżone postanowienie w punkcie I w ten sposób, że oddala odwołanie [REDACTED]
- II. nie obciąża uczestników postępowania kosztami postępowania skargowego.



Na oryginalne właściwe podpisy
za zgodność z oryginałem świadczy

Lup. Nowak
Kierownik Sekretariatu

UZASADNIENIE

Postanowieniem z dnia 4 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 2426/16) Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie wykonawcy – [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez [REDAKTOWANE] przy udziale wykonawcy – [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE], zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (pkt 1) oraz obciążoną kosztami postępowania wykonawcę – [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE], zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł uiszczoną przez wykonawcę [REDAKTOWANE] tytułem wpisu od odwołania (pkt 2).

W uzasadnieniu Krakowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający [REDAKTOWANE] prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „[REDAKTOWANE]”. Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. W dniu 23 grudnia 2016r. [REDAKTOWANE] wniosło odwołanie od niezgodnych z przepisami czynności zamawiającego polegających na wadliwym wyborze oferty najkorzystniejszej [REDAKTOWANE], w sytuacji gdy spółka ta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu a cena jej oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i jej złożenia oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia [REDAKTOWANE] z powodu podania nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania co do dysponowania wymaganą zdolnością techniczną,

2. art. 24 ust. 2 pkt 4 p.z.p. ze względu na zaniechanie wykluczenia ww. spółki z uwagi na niewykazanie zdolności technicznej w zakresie dysponowania wymaganym sprzętem
alternatywnie
3. art. 26 ust. 3 lub 4 p.z.p. na wypadek gdyby Izba uznała, iż w odniesieniu od braków oferty zachodzi obowiązek wezwania do wyjaśnień lub uzupełnień odpowiednich dokumentów potwierdzających spełnianie powyższych warunków,
4. art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty ww. wykonawcy, mimo iż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
5. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3, art. 91 ust. 1 p.z.p. w odniesieniu do oferty ww. wykonawcy przez błędną ocenę złożonych przez nią wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i w konsekwencji uznanie, że nie jest ona rażąco niska i dalej jej wybór,
6. art. 7 ust. 1 p.z.p. będącą konsekwencją ww. naruszeń, co skutkowało wadliwym wyborem wykonawcy wobec którego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania oraz odrzucenia oferty.

Stawiając powyższe zarzuty, spółka [REDAKTOWANE]

[REDAKTOWANE] wniosła o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności zaniechanych, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania wg złożonego na rozprawie spisu kosztów i rachunków.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. Zdaniem Izby, odwołanie dotyczyło czynności, wobec których ustawodawca wyłączył prawo zaskarżania decyzji zamawiającego.

W powołanym przepisie art. 180 ust. 2 p.z.p. wskazano bowiem wyraźnie, że w postępowaniu o wartości nie mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, 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. Izba wyjaśniła, że choć katalog sytuacji, w których w postępowaniach „podprogowych” przysługuje odwołanie uległ w wyniku nowelizacji rozszerzeniu m.in.

o czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, to zdaniem składu orzekającego Izby w przedmiotowej sprawie odwołanie dotyczyło czynności, wobec których ustawodawca nadal wyłączył prawo zaskarżania decyzji zamawiającego. Odwołanie dotyczyło bowiem zaniechania wykluczenia wykonawcy – [REDAKTOWANE] i odrzucenia jego oferty uznanej za najkorzystniejszą przez zamawiającego. Z powodu braku tego typu czynności w katalogu zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy, Izba stwierdziła, że wobec zastrzeżenia sformułowanego w art. 189 ust. 2 p.z.p., ustawa nie przyznała ochrony prawnej w postaci odwołania od takiego rozstrzygnięcia. Analiza znowelizowanego przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. i użycia w nim sformułowania „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” prowadziła zdaniem Izby do wniosku, że pod pojęciem tym nie kryje się zaniechanie odrzucenia oferty (również zaniechanie wykluczenia wykonawcy z postępowania), a jedynie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu art. 2 ust. 5 p.z.p.). Wykładania językowa omawianego przepisu wskazuje, że dotyczy on czynności zamawiającego polegających na zastosowaniu do oferty określonych w SIWZ kryteriów i ustaleniu wyniku tej oceny w sposób skutkujący wyborem oferty. Przemawia za tym także fakt, że w wyniku nowelizacji o wiele większego znaczenia nabrały pozacenowe kryteria oceny ofert. Izba wyjaśniła ponadto, że ustawodawca w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. zdecydował się wprowadzić nową przesłankę, zgodnie z którą w postępowaniach podprogowych odwołanie ma przysługiwać także wobec czynności opisu przedmiotu zamówienia i czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Jednocześnie jednak nie zostały zmienione ani wykreślone przesłanki z pkt 3 i 4, co potwierdza, że pod pojęciem „czynność wyboru oferty najkorzystniejszej” nie może kryć się czynność odrzucenia oferty. Art. 180 ust.2 p.z.p. ma charakter wyjątku od zasady, że w postępowaniach podprogowych odwołanie nie przysługuje, w związku z czym nie można go interpretować rozszerzająco. Izba podkreśliła też, że w postępowaniach powyżej progów, odwołanie służy wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzieleniu zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Tymczasem w art. 180 ust. 2 p.z.p. była i jest mowa wyłącznie o tym, że odwołanie w postępowaniach „podprogowych” służy od czynności, zaś ustawodawca nie wspomina o „zaniechaniach” zamawiającego.

W dalszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza powołała się na zmianę dotyczącą art. 92 ust.1 p.z.p. Przed nowelizacją zamawiający miał jednocześnie

informować o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach wykluczonych z postępowania. Z treści obecnie obowiązującego przepisu art. 92 ust.1 p.z.p. wynika natomiast, że zamawiający nie ma obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach, co oznacza, że częściej będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze najkorzystniejszą ofertę. Trudno więc przyjąć że pod pojęciem „wybór oferty najkorzystniejszej” mieści się również „zaniechanie czynności odrzucenia” i „zaniechanie czynności wykluczenia” w sytuacji gdy zamawiający nie dokona jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji zdaniem KIO sprzeczne z intencją ustawodawcy byłoby rozumienia pojęcia „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” szeroko, jako zwięźczenie wszystkich czynności z zakresu badania i oceny ofert, które doprowadziły do wyboru tej najkorzystniejszej. Przy takim założeniu poza zakresem zaskarżenia w postępowaniach podprogowych pozostawałoby tylko unieważnienie postępowania. W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że zarzuty odwołującego nie mieszczą się w katalogu art. 180 ust.2 p.z.p., dlatego odwołanie podlegało odrzuceniu.

Powyższe orzeczenie zaskarżył w całości Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając mu naruszenie:

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 ustawy p.z.p. powoduje niemożność przyjęcia, iż zaskarżeniu odwołaniem podlega wybór najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę podlegającemu wykluczeniu lub która winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega niezgodny z przepisami ustawy p.z.p. wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył lub na zaniechaniu odrzucenia oferty, które winna zostać przez zamawiającego odrzucona,
2. art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy 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 podlegać wykluczeniu, a złożona przez niego oferta winna zostać przez zamawiającego uprzednio odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 p.z.p.

Wskazując na powyższe, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych – 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 p.z.p. – wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy [REDAKTOWANE]

Jednocześnie, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, wniósł także o:

1. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy p.z.p.,
2. nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W odpowiedzi na skargę zamawiający – [REDAKTOWANE] – wniósł o jej oddalenie, ewentualnie zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i oddalenie odwołania [REDAKTOWANE] oraz zasądzenie od ww. odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego. [REDAKTOWANE] przychyliła się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie niedopuszczalności odwołania [REDAKTOWANE] W razie niepodzielenia przez Sąd tego stanowiska, zamawiający odniósł się merytorycznie do odwołania wskazując na jego bezzasadność.

[REDAKTOWANE] wniósł o oddalenie skargi. Przychyliło się do stanowiska zamawiającego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga okazała się zasadna.

Do rozstrzygnięcia niniejszej sprawy miały zastosowanie przepisy 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., albowiem jak wynika z informacji przekazanych przez zamawiającego, zamówienie [REDAKTOWANE] zostało opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej w dniu 9 listopada 2016 r. (numer ogłoszenia 340024 – 2016).

Zdaniem Sądu Okręgowego trafne okazały się oba zarzuty sformułowane w skardze. Istota rozstrzygnięcia sprowadzała się do oceny dokonanej przez Krajową Izbę Odwoławczą wykładni art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., której konsekwencją było odrzucenie odwołania [REDAKTOWANE]

██████████ Izba przyjęła bowiem, że pod pojęciem „czynność wyboru najkorzystniejszej oferty” należy rozumieć jedynie niedokonanie wyboru zgodnego z kryteriami oceny określonymi w SIWZ. Zdaniem Izby, niedopuszczalna była zaś możliwość kwestionowania w ramach tej podstawy odwołania wcześniejszych czynności bądź też zaniechań zamawiającego dotyczących badania oferty pod kątem jej zgodności z przepisami ustawy i SIWZ.

W ocenie Sądu Okręgowego, stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej jest błędne z przyczyn wskazanych przez skarżącego. Sąd Odwoławczy w pełni podziela przedstawioną w uzasadnieniu skargi wykładnię przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. oraz argumenty przytoczone na jej poparcie. Nie sposób bowiem zdaniem Sądu odmówić racji skarżącemu, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest procesem odznaczającym się sekwencyjnością zachowań zamawiającego w kolejnych jego etapach i zależy od trybu w jakim dane postępowanie jest prowadzone. Na proces udzielania zamówienia publicznego składa się szereg kolejno następujących po sobie czynności podejmowanych przez jego uczestników. Wybór najkorzystniejszej oferty dokonywany przez zamawiającego jest co do zasady poprzedzony etapem badania i oceny złożonych ofert. W ramach przetargu nieograniczonego badaniu najpierw podlega formalna strona oferty. Ustala się terminowość złożenia oferty, złożenie wadium. W dalszej kolejności analizie podlega podmiotowa warstwa oferty, kiedy ustala się, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu, a także czy spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Badanie obejmuje też przesłanki odrzucenia oferty. Dopiero po jego dokonaniu, oferty podlegają merytorycznej ocenie poprzez przyznanie określonej ilości punktów pod kątem kryteriów ustanowionych przez zamawiającego. Podsumowując, proces wyboru oferty ma złożony charakter, na co wskazuje w szczególności umieszczenie regulacji dotyczących poszczególnych etapów w jednym rozdziale ustawy p.z.p. zatytułowanym „wybór najkorzystniejszej oferty”. Oznacza to, że przyznanie punktacji przy zastosowaniu kryteriów oceny z SIWZ prowadzące do ustalenia najkorzystniejszej oferty jest jego elementem. Nawet jeśli istotnie można mu nadać decydujące znaczenie, to przyjęcie tylko takiego założenia prowadziłoby do niczym nieuzasadnionego pominięcia i wykluczenia kontroli pozostałych jego etapów. Oczywistym bowiem jest, że nie powinno dojść do wyboru oferty wykonawcy podlegającemu wykluczeniu, bądź którego oferta winna zostać odrzucona. Słusznie wskazano więc w skardze, że stanowisko Izby wyrażone w zaskarżonym postanowieniu koncentruje się na rozdzielaniu czynności badania ofert od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, abstrahując przy tym jednak od zasady legalizmu

prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ust. 3 p.z.p.). W art. 7 ust. 3 p.z.p. ustawodawca zobowiązał zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co w konsekwencji nakłada na zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający prawidłowe stosowanie przepisów ustawy. Zdaniem Sądu jest to argument rozstrzygający o dopuszczalności odwołania złożonego w rozpoznawanej sprawie. Należy zwrócić uwagę na fakt, że większość przepisów ustawy ma charakter norm *iuscogens*, w związku z czym zamawiający ma obowiązek ścisłego ich przestrzegania. Każde odejście od stosowania przepisów ustawy może mieć bowiem wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie m.in. art. 7 ust. 3 p.z.p. (tak: P. Granceki, komentarz do p.z.p., Legalis 2016). Podkreślenia wymaga zatem, że zgodny z przepisami ustawy wybór oferty może nastąpić tylko spośród ofert złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu i którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Naruszeniem tej zasady mógłby być wybór niewłaściwie zbadanej i ocienionej oferty.

Z przytoczonych powyżej względów Sąd nie zgodził się z też ze stanowiskiem Izby, że pojęcie „czynności wyboru najkorzystniejszej oferty” zawarte w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. powinno się odczytywać zgodnie z definicją legalną pojęcia „najkorzystniejsza oferta”, o której mowa w art. 2 pkt 5 p.z.p. W wyroku z dnia 9 marca 2017 r. (sygn. II Ca 145/17) Sąd Okręgowy w Krakowie trafnie wywiódł, że p.z.p. zawiera jedynie definicję pojęcia „najkorzystniejsza oferta” (art. 2 pkt 5 p.z.p.), zaś w omawianej sprawie rozważaniu i wykładni podlegał zwrot „wybór najkorzystniejszej oferty”. Znaczeniowo jest to więc zwrot szerszy, gdyż dotyczy także czynności „wyboru”, przy czym ustawodawca nie uszczegółowił w żaden sposób tego pojęcia. Gdyby zaś miał na względzie wyłącznie zakres wskazany przez KIO użyłby zwrotów zawartych w art. 91 ust.1 ustawy, czyli „wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert” . W takim przypadku uzasadnione byłoby odniesienie się wyłącznie do znaczenia wynikającego z art. 2 pkt 5 ustawy. Tymczasem jak już wcześniej zaznaczono terminem „wybór najkorzystniejszej oferty” zatytułowany jest cały rozdział ustawy p.z.p., a więc przyjąć należy , że ustawodawca dopuszczając odwołanie poddał ocenie szerszy proces wyboru z wszystkimi przesłankami koniecznymi dla jego zaistnienia. Oznacza to, że badaniu podlegają przesłanki, które zadecydowały o wskazaniu najkorzystniejszej oferty.

Na podstawie zakresu wprowadzonych zmian w art. 180 ust.2 p.z.p. można wnioskować zdaniem Sądu, że intencją ustawodawcy była ochrona interesów

wykonawców w postępowaniach z zakresu zamówień publicznych bez wartościowania przyczyn, u których leżała sprzeczna z prawem decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty. Postępowania podprogowe stanowią przeważającą część ogółu krajowych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie stanowią nieznaczny odsetek postępowań, w których są wnoszone odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Jak słusznie wskazał więc skarżący, taki stan rzeczy wymagał interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania niezgodnych z p.z.p. zachowań zamawiających w najczęściej prowadzonych w skali krajowej postępowaniach, co znalazło odzwierciedlenie w treści art. 180 ust. 2 pkt 5 i 6 p.z.p. w brzmieniu obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r.

Powyższe rozważania uzasadniały zdaniem Sądu przyjęcie, że w niniejszej sprawie odwołanie jest dopuszczalne. Taki wniosek Sądu jest uprawniony w świetle wyników wykładni celowościowej (funkcjonalnej), które nakazywały przy interpretacji przepisów uwzględniać również cel ustawy, jak i wyników wykładni językowej. W sprawie doszło do naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie tych przepisów i w konsekwencji nie znajdujące ustawowego umocowania odrzucenia skargi. Determinowało to konieczność uwzględnienia skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i otwierało możliwość merytorycznego rozpoznania odwołania wniesionego przez ██████████. Stosownie do treści art. 198f ust. 2 p.z.p. uwzględnienie skargi powoduje bowiem konieczność wydania wyroku co do istoty sprawy przy odpowiednim zastosowaniu art. 192-195 ustawy.

Sąd po zapoznaniu się z całokształtem materiału dowodowego uznał odwołanie za niezasadne.

Sąd Okręgowy stosownie do treści art. 198f ust. 4 p.z.p. był zobowiązany do rozstrzygnięcia wyłącznie o zarzutach będących przedmiotem odwołania: tj. 1, 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p., 3) art. 24 ust. 3 lub 4 p.z.p., 4, 5) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 p.z.p., 6) art. 7 ust. 1 p.z.p.

W aktualnym stanie prawnym, tj. obowiązującym od dnia 28 lipca 2016 r. art. 24 ust. 2 i ust. 3 nie są już przepisami obowiązującymi. Omawiane postępowanie zostało wszczęte już po 28 lipca 2016 r., co rodziło konieczność stosowania ustawy w jej brzmieniu nadanym ustawą nowelizującą. Sąd zbadał również, że w odniesieniu do ww. przepisów ustawa nowelizująca nie wprowadziła późniejszego terminu utraty przez nie mocy. Oznacza to, że odwołujący nie mógł skutecznie powoływać się na

naruszenie tych przepisów. Zarzuty odwołania w tym zakresie pozostawały więc bez znaczenia dla rozstrzygnięcia .

Zdaniem Sądu nie został też naruszony art. 24 ust. 3 lub 4 p.z.p. Przepis ten stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zgodnie natomiast z zapisami SIWZ w postępowaniu przetargowym wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia byli zobowiązani do przedłożenia jedynie oświadczenia dotyczącego spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz oświadczenia w zakresie przesłanek wykluczenia z postępowania. Zamawiający nie żądał od wykonawców dodatkowych dokumentów. Bezspornie wartość zamówienia była niższa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., co stanowiło o braku potrzeby zastosowania formy Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia. Wystarczającym było opracowanie własne zamawiającego , stanowiące załącznik do SIWZ. W tym stanie rzeczy Sąd uznał, że oba pomioty składające oferty złożyły wymagane oświadczenie, było ono podpisane przez osoby uprawnione oraz potwierdzono w nich spełnienie wymaganych kryteriów kwalifikacji w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej do wykonania przedmiotu zamówienia. Nie można wywodzić z tego faktu dalszych konsekwencji, albowiem jak słusznie wskazano w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający nie wzywał do podania konkretnych marek i nazw pojazdów, ich numerów rejestracyjnych ani żadnych innych danych identyfikujących te pojazdy. W znaczeniu formalnym [REDAKTOR] wywiązała się więc z opisywanego obowiązku ustawowego. Oświadczeń nie można było potraktować jako niekompletnych.

Niezasadny był też zdaniem Sądu Okręgowego zarzut wyboru oferty z rażąco niską ceną. Zamawiający pismem z dnia 8 grudnia 2016 r. wezwał ww. podmiot do złożenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów potwierdzających, że cena podana w ofercie jest realna oraz podyktowana czynnikami obiektywnymi i określonymi w p.z.p. Złożone wyjaśnienia zostały przez [REDAKTOR]

uznane za wystarczające, jak również ocenione pod kątem realności zaproponowanej ceny, czego wyrazem był wybór właśnie tego podmiotu w celu realizacji zadania. Sąd podziela ocenę zamawiającego, że podana cena jest wynikiem indywidualnych możliwości przedsiębiorstwa, jego potencjału, doświadczenia, metod organizacyjnych i kontaktów handlowych. Należy przy tym zaznaczyć, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem służącym zbadaniu poprawności czynności i zaniechań zamawiającego w takim kształcie, w jakim dokonał ich zamawiający. Proces dowodowy jakkolwiek został przewidziany w ustawie, to jest on jednak ograniczony do zbadania objętej zarzutami aktywności zamawiającego lub jego bezczynności. Nie jest zatem w ocenie Sądu Okręgowego możliwe badanie okoliczności, które ujawniły się później, m.in. w trakcie wykonywania umowy zawartej z wykonawcą, którego oferta została już wybrana. Z tego powodu wnioski dowodowe odwołującego w tym przedmiocie zostały oddalone.

W dotychczasowym orzecznictwie wielokrotnie podkreślano, że o rażąco niskiej cenie można mówić wtedy, gdy jest oczywiste, iż odbiega ona od cen rynkowych podobnych zamówień. Pojęcie rażąco niskiej ceny nie zostało zdefiniowane w prawie zamówień publicznych ani w dyrektywach unijnych. Za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną nierealną, znacznie odbiegającą od cen rynkowych innych takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazującą na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy czy roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to także cena niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, nie pozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku (wyrok KIO z dnia 29 września 2010 r., KIO/UZP 2004/10). Oznacza to, że samo ustalenie, iż cena jest niższa od innych ofert złożonych w postępowaniu nie jest wystarczające do uznania jej za rażąco niską. W rozpoznawanej sprawie brak jest podstaw do jednoznacznego stwierdzenia, że oferta spółki [REDAKTION] odbiegała od cen rynkowych podobnych usług. Nie mogą o tym świadczyć dołączone przez odwołującego umowy dotyczące realizacji odbioru odpadów na terenie [REDAKTION] i gmin okolicznych z poprzednich lat. Wszystkie te kontrakty zostały zawarte ze spółką [REDAKTION]. Odnoszą się więc do szacunków odwołującego i jego kosztów. Informacje te same w sobie nie mogą być więc miarodajne dla oznaczenia ceny rynkowej. Dodatkowo część z nich operuje

rocznym bądź dwuletnim wynagrodzeniem ryczałtowym bez podania szczegółowej kalkulacji za tonę odpadów na którą powołuje się odwołujący. Jediną inną ceną przedstawioną do porównania była cena spółki [REDAKTOWANE] zaoferowana w przetargu na odbiór odpadów komunalnych w [REDAKTOWANE] w 2016 r. Wynosiła ona [REDAKTOWANE] netto za tonę. Sądowi z urzędu wiadomo, że wyliczając tę kwotę spółka założyła 50 % zysk. Sądowi z urzędu znane były bowiem okoliczności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez [REDAKTOWANE] pod oznaczeniem BO.271-67/206, którego przedmiotem było świadczenie usług związanych z odbieraniem odpadów komunalnych pochodzących z terenu wszystkich nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi zlokalizowanych w sektorze I i II odbierania odpadów komunalnych na terenie [REDAKTOWANE]. Sąd Okręgowy w Legnicy w tym samym składzie rozpoznawał w ramach postępowania o sygn. VI Ga 572/16 skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, o czym strony zostały powiadomione na rozprawie w dniu 24.04.2017r. W toku postępowania prowadzonego przed tutejszym Sądem o sygn. VI Ga 572/16 spółka [REDAKTOWANE] przedstawiła zarówno wyliczenia poszczególnych istotnych grup kosztów, jak i zakładany znaczący zysk na poziomie 50 % zaoferowanej ceny. Tymczasem spółka [REDAKTOWANE] przewidziała zysk na poziomie około 5 %. Stąd oferty te należy uznać za podobne. Wskazać też trzeba, że jakkolwiek spółka [REDAKTOWANE] w przetargu na odbiór odpadów w [REDAKTOWANE] zaoferowała wyższą cenę, to Sądowi także z urzędu wiadomo, że spółka ta później ponownie skalkulowała swoje koszty i w 2017 r. zaproponowała świadczenie przedmiotowych usług według stawki spółki [REDAKTOWANE]. W tym stanie rzeczy stwierdzić należy, że nie było dowolne uznanie w rozpoznawanej sprawie przez zamawiającego oferty cenowej przystępującego za realną i nie stanowiącą czynu nieuczciwej konkurencji. Sąd podziela argumenty zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na skargę, a przemawiające za słusznością przyjętego stanowiska. Należy też zauważyć, że zamawiający samodzielnie szacował wartość zamówienia w sposób ostrożny na poziomie o 20 % wyższym niż średnia kosztów tej usługi z dwóch ostatnich lat. Tymczasem niesporne było, że przedmiot zamówienia w przetargach w 2014r. i 2015r. był niemal tożsamy ze spornym, na co wskazała odwołująca się spółka. Objęcie obecnie zamówieniem dodatkowo nieruchomości niezamieszkałych nie powodowało znacznego zwiększenia kosztów usługi. Wynika to chociażby z danych dotyczących ilości odpadów z obu typów nieruchomości. Z informacji podanych przez [REDAKTOWANE] odpady z nieruchomości niezabudowanych stanowiły niewielki procent (ok.13%) odpadów z nieruchomości zabudowanych. Jest

to dodatkowy argument przemawiający za uznaniem, że zamawiający mając świadomość takiego stanu rzeczy słusznie ocenił ofertę cenową przystępującego jako realną.

Należy też zwrócić uwagę, że odwołujący kwestionując wyjaśnienia [REDAKTOWANE], złożone zamawiającemu opiera się jedynie na własnych kosztach związanych z obsługą podobnych kontraktów. Tymczasem na poziom kosztów ponoszonych przez przedsiębiorców mają wpływ różne okoliczności związane z indywidualną sytuacją podmiotu, rozmiarem jego działalności, kontaktami handlowymi, możliwością uzyskania korzystnych warunków zakupu towarów i usług. Słusznie wywodził zamawiający, że wskazana przez [REDAKTOWANE] ilość kilometrów koniecznych do przejechania w celu odbioru odpadów nie budziła wątpliwości. Odwołujący kwestionując dane w tym przedmiocie powołuje się na własne doświadczenia związane z odbiorem odpadów na terenie [REDAKTOWANE] w poprzednich latach. Tymczasem zamawiający na etapie oceny wyjaśnień spółki [REDAKTOWANE] uznał, że należy wziąć pod uwagę możliwość optymalizacji logistyki odbioru odpadów i procesu zarządzania zgodnie ze standardami ISO jakimi dysponowała ta spółka. Dodatkowo miał też na względzie zmianę sposobu rozliczenia usługi w stosunku do lat poprzednich. Wówczas koszt odbioru odpadów nie miał charakteru stawki ryczałtowej, tylko wynikał z przemnożenia ilości ton odebranych i stawki jednostkowej za tonę. W takim przypadku optymalizacja tras odbioru i kilometrażu przejazdów mogły nie mieć dla odwołującego takiego znaczenia jak w sytuacji zastosowania wynagrodzenia ryczałtowego przyjętego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. W ocenie Sądu nie był zasadny też zarzut zaniżenia wymiaru czasu pracy pracowników zaangażowanych do realizacji usługi nie był. Nie negując, że na części trasy pojazdy poruszają się przy posesjach z niską prędkością, problem ten dotyczy tylko części trasy. Ponadto, zbieranie odpadów odbywa się zasadniczo dłużej niż sam dojazd do miejscowości przeprowadzenia zbiórki. Wzywając do złożenia wyjaśnień w piśmie z dnia 8 grudnia 2016 r., [REDAKTOWANE] nie zwracała się o podanie z jakich konkretnie pojazdów będzie korzystała spółka [REDAKTOWANE] przy obsłudze zamówienia. W odwołaniu [REDAKTOWANE] stawiając zarzut zaniżonego zużycia paliwa nawiązał do założeń SWIZ, stwierdzając, że [REDAKTOWANE] nie odniosła swoich wyjaśnień udzielonych zamawiającemu do minimalnych wymagań sprzętowych. Okoliczność ta sama w sobie nie stanowi jednak w przekonaniu Sądu o braku spełnienia wymagań SWIZ. Nie podważono więc też powoływanych (i będących w założeniu

odwołującego jedynie hipotetycznymi) norm zużycia paliwa i przełożenia powyższej okoliczności na czas pracy pracowników . W odniesieniu do tych zarzutów Sąd zauważa też, iż stanowisko odwołującego bazowało tylko na sposobie świadczenia przez niego tego rodzaju usług w latach wcześniejszych.

Za chybiony Sąd uznał także zarzut zaniżenia kosztów zakupu paliwa. Skoro powszechnie wiadomym jest, że [REDAKTOWANE] jest jednym z największych podmiotów świadczących na terenie województwa usługi odbioru odpadów, nie może dziwić fakt indywidualnych uzgodnień poczynionych z dostawcami paliwa. Potwierdzeniem wiarygodności podanych w wyjaśnieniach informacji była faktura zakupu paliwa za wskazaną cenę. Oczywistym pozostaje, że oznaczone w tej fakturze rabaty są przede wszystkim wynikiem dużej ilości zamówień tego podmiotu i częstotliwości zakupów. Niewystarczający jest argument, że opisane ceny paliwa dotyczą już stanu przeszłego. Brak było aktualnie racjonalnych podstaw do przypuszczenia, że kontrahenci [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] mieliby zrezygnować ze współpracy ze spółką.

Na wysokość zaproponowanej przez [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] ceny znaczenie miały zdaniem Sądu też inne czynniki, jak fakt, że spółka ta posiada własne zaplecze magazynowo – transportowe. Także pojazdy specjalistyczne stanowią jej własność, są zamortyzowane i nieobarczone dodatkowymi kosztami, co znacząco wpływa na realność ceny. Poza tym za przekonujący Sąd potraktował argument, iż realizowanie wielu innych kontraktów pozwala temu podmiotowi również obniżyć koszty „wspólne”, którym jest utrzymanie bazy magazynowo – transportowej. Wyłoniony w przetargu wykonawca oświadczył ponadto, że z wykorzystaniem bazy w [REDAKTOWANE] realizowane są inne strategiczne umowy z klientami przemysłowymi . Wykonanie usług objętych przedmiotowym przetargiem nie wpłynie więc znacząco na koszty utrzymania bazy, które są już rozliczane w innych kontraktach .

Podnoszone przez odwołującą spółkę zarzuty dotyczące kosztów przeprowadzenia zajęć edukacyjnych nie były przekonujące. Przede wszystkim w odniesieniu do tych kosztów, [REDAKTOWANE] [REDAKTOWANE] skalkulowało w ofercie przeprowadzenie zajęć edukacyjnych w zakresie gospodarki odpadami dla grup wiekowych 1,2 i 3 zakładając zorganizowanie dwóch zajęć. Założona na jedną godzinę stawka [REDAKTOWANE] zł nie odbiega od innych kosztów pracowniczych zawartych w ofercie i powinna zostać zaakceptowana. Z SWIZ nie

wynikało też, że przy wykonywaniu tego elementu zadania wykonawca ma używać materiałów dydaktycznych.

Odnosząc się zaś do kosztów wyposażenia gniazd w nowe pojemniki i ich rozmieszczenia ewentualnie wymiany Sąd stwierdza, że przekonujące jest stanowisko [REDAKTURA] wyrażone w odpowiedzi na wezwanie [REDAKTURA]. Spółka ta powoływała się na fakt amortyzowania pojemników będących w jej posiadaniu i tym samym braku konieczności osobnej kalkulacji tego elementu cenotwórczego. Powołując się zagospodarowanie „wolnych” pojemników przez każdy pomiot świadczący usługi z zakresu zbiórki odpadów, odwołujący pomija że wykonawca wskazał na pojemniki pozostałe po realizacji konkretnego kontraktu i to nieodległego czasowo.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 p.z.p. zmienił zaskarżone postanowienie i oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł zgodnie z wnioskiem zawartym w skardze Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, odstępując od obciążenia uczestników postępowania kosztami postępowania skargowego, zgodnie z dyspozycją art. 102 k.p.c. i art. 98 ust. 2 p.z.p. Stosownie do treści art. 189b ust. 4 zd. 3 p.z.p., do czynności podejmowanych przez ten organ stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o prokuratorze, m.in. art. 7 oraz art. 55–60 k.p.c. Prokurator w postępowaniu cywilnym korzysta z ustawowego zwolnienia w przedmiocie kosztów sądowych zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 6 u.k.s.s.c. Oznaczało to, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie ma obowiązku uiszczania w niniejszym postępowaniu opłat, a wydatki tymczasowo ponosi za niego Skarb Państwa. Obowiązek zwrotu kosztów sądowych nie powstaje również po jego stronie w sytuacji rozstrzygnięcia o takich kosztach w orzeczeniu kończącym postępowanie w danej instancji (art. 113 ust. 1 u.k.s.s.c.). Natomiast w odniesieniu do pozostałych kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, należy przyjąć, że znajduje zastosowanie art. 106 k.p.c. stanowiący, że udział prokuratora w sprawie nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Wniesienie skargi przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wynikało z dążenia do wyjaśnienia wątpliwości interpretacyjnych ustawy p.z.p. Skarżący nie działał w interesie lub na rzecz uczestników postępowania. W sprawie zachodził więc szczególny przypadek, o którym mowa w art. 102-k.p.c.



Na oryginale właściwe podpisy
za zgodność z oryginałem świadczy

[Signature]
Kierownik Sekretariatu