

Sygn. akt **XXIII Zs 138/21**

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 18 lutego 2022 r.

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

Przewodniczący:	sędzia Monika Skalska
Protokolant:	sekr.sądowy Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 17 lutego 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego Zarządu Dróg Miasta K. w K.

przeciwnika skargi (...) spółki akcyjnej w K.

ze skargi (...) spółki akcyjnej w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 26 października 2021 r., sygn. akt KIO 2816/21

I. oddala skargę;

II. zasądza od (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz Zarządu Dróg Miasta K. w K. 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;

III. zasądza od (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz (...) spółki akcyjnej w K. 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt XXIII Zs 138/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Zarząd Dróg Miasta K. z siedzibą w K. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Utrzymanie, konserwacja i bieżące naprawy instalacji oraz urządzeń oświetlenia dróg, ulic, parków, placów, skwerów, mostów, estakad, tuneli, przejść podziemnych oraz iluminacji wybranych obiektów Gminy Miejskiej K.” (numer postępowania: (...)). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 8 marca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr (...).

W dniu 23 września 2021 r. wykonawca (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 2816/21) wobec:

a. zaniechania odrzucenia oferty (...) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie jako niezgodnej z warunkami zamówienia;

b. dokonania ponownego wezwania w dniu 27 lipca 2021 r. (...) do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny,

c. zaniechania wezwania (...) do uzupełnienia oświadczenia w postaci wykazu usług wraz z referencjami (ewentualnie innymi dokumentami przewidzianymi prawem) celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi (...) [„usługi polegające na konserwacji (...)”];

d. zaniechania wezwania (...) do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego;

e. a w konsekwencji dokonania wyboru oferty (...) jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty (...), mimo że (każda z poniższych okoliczności samodzielnie uzasadnia konieczność odrzucenia oferty wykonawcy):

oferta (...) zawiera rażąco niską cenę (koszt) w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż znacząco - w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego, stanowiącego istotną część składową ceny - odbiega od cen rynkowych oraz nie uwzględnia wszystkich kosztów świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia i wynagrodzeniem ryczałtowym, a jej zniżenie nie znajduje innego uzasadnienia niż chęć uzyskania zamówienia kosztem poniesienia straty ekonomicznej, względnie kosztem nieuprawnionego obniżenia jakości usługi w stosunku do warunków ujętych w ofercie,

- (...) wezwane do złożenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego nie wykazało, jak i nie udowodniło, że cena ta nie jest rażąco niska, w szczególności w związku z brakiem przedstawienia szeregu dowodów, w tym umów o pracę, wykazujących koszty osobowe,

- złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (kosztu) - w postaci wynagrodzenia ryczałtowego, w szczególności mając na uwadze fakt, że przez pominięcie poszczególnych kosztów nie można mówić o tym, że wyjaśnienia uzasadniają cenę ofertową (w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego), która to cena musi jednak uwzględniać całość prac wynikających z dokumentacji postępowania (przedstawienie zatem kalkulacji nie odnoszącej się do tego co ma być wykonane nie może być uznane za uzasadnienie ceny złożonej w ofercie, która musi odnosić się do zakresu prac wynikającego z (...)), ewentualnie należy uznać, że w ogóle nie doszło do złożenia wyjaśnień, gdyż za takie nie mogą być uznane wyjaśnienia, które nie odnoszą się do wszystkich elementów kosztowych, bądź też przedstawiają je w zaniżonej wysokości,

ewentualnie wniosek z dwóch tiretów poprzedzających należy wysnuć z uwagi na konieczność dodatkowego wzywania (...) do złożenia dalszych wyjaśnień (co też pokazuje, że wcześniejsze wyjaśnienia były niezadowolające), co też oznacza, że w istocie doszło do niedopuszczalnego i naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji przywrócenia terminu do złożenia wyjaśnień, które powinny być w pełni prawidłowe po pierwszym wezwaniu zamawiającego;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) mimo faktu, iż jest niezgodna z warunkami zamówienia przez wskazanie za małej liczby osób do wykonania zamówienia (obsadzenia pogotowi), czy też w związku z położeniem bazy dyspozytorskiej nie na terenie Gminy Miejskiej K.;

3. (ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów skutkujących koniecznością odrzucenia oferty (...)) art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi (...) [„usługi polegające

na konserwacji (...)”] w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) (...) przez zaniechanie wezwania (...) w trybie wskazanego przepisu (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) do uzupełnienia oświadczenia pod nazwą Wykaz usług z uwagi na fakt, iż wykonawca nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu - w szczególności mając na uwadze fakt, że w odniesieniu do usługi opisanej w złożonym przez (...) wykazie usług pod pozycją nr 2 nie można uznać jego doświadczenia z uwagi na brak należytego wykonania (wykonywania) takiej usługi;

4. (ewentualnie z najdalszej ostrożności procesowej) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie dalszego wzywania (...) do złożenia wyjaśnień w sprawie wynagrodzenia ryczałtowego, jakie powinny zaistnieć po stronie zamawiającego, a które zostały wyraźnie przedstawione w piśmie w zakresie wyliczeń pokazujących, że oferta (...) zawiera rażąco niską cenę w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty (...) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, ewentualnie z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania (...) do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oświadczenia w postaci wykazu usług wraz z referencjami (ewentualnie innymi dokumentami przewidzianymi prawem) celem wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi (...) [„usługi polegające na konserwacji (...)”]; ewentualnie, z najdalej posuniętej ostrożności procesowej, nakazanie zamawiającemu wezwania (...) do uzupełnienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do wynagrodzenia ryczałtowego w związku z wyliczeniami wskazanymi w odwołaniu.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odnośnie zarzutu nr 2 odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 20 października 2021 r.

Odpowiedzi na odwołanie zamawiający udzielił ustnie do protokołu rozprawy. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

W związku ze złożeniem przez wykonawcę (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. wniosku o odrzucenie odwołania, zamawiający poparł stanowisko przedstawione przez tego wykonawcę i również wniósł o odrzucenie odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W.. Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił ustnie do protokołu rozprawy. Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 2816/21.

Wyrokiem z 26 października 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt I. co do sprawy o sygn. akt KIO 2672/21: w pkt 1. oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisów: art. 74 ust. 2 w związku z art. 18 ust. 1 i ust. 3 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w pkt 2. w pozostałym zakresie postępowanie odwoławcze umorzyła, w pkt 3. kosztami postępowania obciążyła odwołującego, i: ppkt 3.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika; w ppkt 3.2. zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika; w pkt II. co do sprawy o sygn. akt KIO 2816/21: w pkt 1. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia przepisów: art. 224 ust. 6 i ust. 5 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w pkt 2. oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, w pkt 3. kosztami postępowania obciążyła odwołującego w części 1/2 oraz zamawiającego w części 1/2, i: ppkt 3.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania; w ppkt 3.2. zasądziła

od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 7 500 zł, w ppkt 3.3. zniosła wzajemnie pomiędzy odwołującym i zamawiającym koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

W ramach rozważań Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że nie uwzględniła wniosków zamawiającego i przystępującego o odrzucenie odwołania w sprawie KIO 2816/21 oraz wniosku przystępującego o częściowe odrzucenie odwołania w sprawie KIO 2762/21 (jak również w sprawie KIO 2816/21 w przypadku nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie w całości odwołania), zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugi (...) w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit. i) (...).

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że wyrokiem z dnia 24 czerwca 2021 r. (sygn. akt KIO 1404/21) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w K. i nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego raziąco niską cenę ryczałtową w ofercie wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w W. w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zażądanie od wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w W. wyjaśnień dotyczących złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych - treści wykazu usług i złożonych dowodów na ich poparcie w trybie przepisu art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zwrócenie się do wystawców ww. podmiotowych środków dowodowych o przedstawienie dodatkowych informacji dotyczących wystawionych przez nich podmiotowych środków dowodowych w trybie przepisu art. 128 ust. 5 ustawy Pzp oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 13 lipca 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny ryczałtowej, stanowiącej istotną część składową zaoferowanej ceny. Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 19 lipca 2021 r., w którym przedstawił wyjaśnienia dotyczące wyliczenia zaoferowanej ceny ryczałtowej. Do ww. pisma zostały załączone dowody (34 załączniki) dotyczące przedstawionych wyjaśnień ceny oraz dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Przystępujący dokonał zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa: szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, w tym kosztów sprzętu, kosztów pracy (załączniki do wyjaśnień), umów z kontrahentami i ofert dostawców (załączniki do wyjaśnień) oraz informacji na temat unikalnej wiedzy, know-how oraz doświadczenia, siły zakupowej grupy kapitałowej oraz synergii operacyjnej wynikającej z realizacji innych zamówień publicznych (str. 25-27 wyjaśnień). W ww. piśmie zostało przedstawione uzasadnienie dokonanego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Pismem z dnia 27 lipca 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dokumentu p.n. „25. Tabela 2. Szczegółowa kalkulacja kosztów wraz z komentarzami”. W treści wezwania zamawiający sprecyzował zakres wyjaśnień odnoszący się do kwot podanych pod pozycją 1, 2, 5, 24 kolumna 4, 27 - 30, 33 kolumna 4 oraz 23, 24, 25, 31 i 32. Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 2 sierpnia 2021 r.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących podmiotowych środków dowodowych i dowodów złożonych na ich poparcie - w odniesieniu do złożonego przez przystępującego wykazu usług. Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 13 sierpnia 2021 r.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. zamawiający zwrócił się do Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w K. Rejon w Z. z prośbą o potwierdzenie lub przekazanie dodatkowych informacji dotyczących wykonania zakresu usług w ramach zadania: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady (...) zarządzanej przez (...) Oddział w K., Rejon w Z. wraz ze wszystkimi elementami - część 2. Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady (...) na odcinku: od węzła P. (z węzłem) do węzła G. S. (z węzłem) o długości 44,258 km”, którego wykonawcą był przystępujący. Odpowiedzi na to zapytanie ww. podmiot udzielił pismem z dnia 12 sierpnia 2021 r.

Pismem z dnia 9 sierpnia 2021 r. zamawiający zwrócił się do Zarządu Dróg Miejskich w W. z prośbą o potwierdzenie lub przekazanie dodatkowych informacji dotyczących wykonania zakresu w ramach zadań: 1. „Konserwacja oświetlenia

ulicznego na terenie Dzielnicy P. - Rejon I - część 1 2. „Konservacja oświetlenia ulicznego na terenie Dzielnicy P. - (...)”, których wykonawcą był przystępujący. Odpowiedzi na to zapytanie ww. podmiot udzielił w dniu 26 sierpnia 2021 r.

Ww. zapytania z dnia 9 sierpnia 2021 r. miały miejsce w ramach nakazanego wyrokiem Izby dodatkowego badania w zakresie spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu wskazanego przez zamawiającego w cz. III pkt 3 lit. d tiret drugie, tj. warunku dotyczącego doświadczenia w zakresie zrealizowania usług polegających na konserwacji oświetlenia ulicznego wraz z instalacjami jego zasilania oraz urządzeniami sterowania obejmujących co najmniej 25 000 lamp świetlnych, w ramach maksymalnie 5 odrębnych zadań wykonywanych w sposób ciągły (bez przerwy) przez okres minimum 12 miesięcy każde. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku przystępujący przedstawił wykaz usług (wraz z dowodami na potwierdzenie ich należytego wykonania) zawierający 5 zadań, w tym wymienione powyżej.

W dniu 30 sierpnia 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. W dniu 9 września 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu ww. czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - wobec stwierdzonego zaniechania zrealizowania obowiązku wynikającego z art. 252 ust. 2 ustawy Pzp. W dniu 14 września 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu ponownego wyboru oferty złożonej przez przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Przechodząc do rozważań prawnych w ramach rozstrzygnięcia o sygn. akt KIO 2816/21, Izba w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, uznając go za uzasadniony. Stanowisko w zakresie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego przedstawione przez odwołującego w ramach uzasadnienia tego zarzutu w ocenie Izby uznała za spójne i logiczne. Dokonując oceny udzielonych przez przystępującego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Izba wskazała, że przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia dotyczące wyliczenia ceny w zakresie wynagrodzenia ryczałtowego były nierzetelne. Odpowiedź przystępującego na szczegółowe pytania postawione w treści drugiego wezwania zawierała znaczącą ilość tzw. oczywistych omyłek, które w większości przypadków Izba uznała za modyfikacje pierwotnie przedstawionych wyliczeń, co świadczyło o nierzetelności pierwotnie złożonych wyjaśnień. Zdaniem Izby, dokonane modyfikacje kalkulacji były znaczące, a wykonawca nie wyjaśnił na czym miałyby polegać oczywiste omyłki pisarskie popełnione w ww. zakresie. Zdaniem Izby taki oczywisty charakter omyłek nie wynika ze sposobu dokonania modyfikacji. Ponadto Izba zauważyła, że przystępujący nie udzielił odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w pkt 5. Uwadze Izby nie umknęło, że dokonane przez przystępującego modyfikacje kalkulacji nie dotyczyły wyłącznie podanych w niej kwot, ale również sposobu uwzględnienia kosztów realizacji danego zadania w ramach kalkulacji.

Mając na uwadze zakres dokonanych przez przystępującego modyfikacji przedstawionej uprzednio kalkulacji, wskazywanych tzw. oczywistych omyłek czy wreszcie zaniechanie udzielania odpowiedzi na pytanie postawione przez zamawiającego Izba uznała, że złożone przez przystępującego wyjaśnienia należy ocenić jako nierzetelne, co prowadziło do stwierdzenia zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Z tego powodu Izba uznała za zbędne i skutkujące nieuzasadnionym przedłużeniem postępowania o udzielenie zamówienia dokonywanie szczegółowej oceny przedstawionych przez przystępującego wyjaśnień ceny, poprzez dopuszczenie dowodu z opinii biegłego.

Co do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp Izba wskazała, że nie okazał się on zasadny. Zdaniem Izby, nie istniały podstawy do stwierdzenia, że przystępujący wskazał za małą liczbę osób do wykonania zamówienia (obsadzenia pogotowi) oraz położenia bazy dyspozytorskiej nie na terenie Gminy Miejskiej K.. Z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa, Izba odniosła się jedynie do wyjaśnień przystępującego dotyczących sposobu wyliczenia kosztów zakładanych do poniesienia w tym zakresie, jakie zostały przedstawione w dokumencie lista płac oraz do treści załączonych do wyjaśnień dowodów w postaci umów dotyczących zapewnienia bazy dyspozytorskiej - załączniki nr 22 i 23 do pisma przystępującego z dnia 19 lipca 2021 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 pzp w zw. z art. 16 pkt 1 pzp w zw. z cz. III pkt 3 lit, d) tiret drugi (...) w zw. z § 9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów oraz oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w zw. z cz. IV pkt 3 lit, i) (...), Izba wskazała, że był on niezasadny. Odwołujący zarzucał brak spełnienia przez przystępującego warunku dotyczącego doświadczenia, tj. wykazania wymogu należytego wykonania usługi. Jednocześnie, zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał, aby przystępujący faktycznie nienależycie wykonywał usługi na rzecz innych zamawiających. W ocenie Izby, sama okoliczność obciążenia przystępującego karami umownymi nie świadczyła o nienależycie wykonywanej usłudze. Dlatego też, Izba uznała, że przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego przez zamawiającego w cz. III pkt 3 lit. d) tiret drugie.

Za bezpodstawny Izba uznała również zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na nieprzedstawienie przez odwołującego jego uzasadnienia. Dodatkowo Izba zauważyła, że zarzut ten pozostawał w sprzeczności z zarzutem naruszenia art. 224 ust. 6 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie 11.1 i 2 sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 oraz ust. 3 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2816/21 Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania. Odstępując od rozdzielenia kosztów w sposób opisany w § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia Izba kierowała się wagą uwzględnionego zarzutu dla rozstrzygnięcia odwołania i dalszego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia oraz jego złożonym charakterem.

Skargę na powyższe orzeczenie wniósł przystępujący (...) S.A z siedzibą w W., zaskarżając rozstrzygnięcie wydane w sprawie o sygn. akt KIO 2816/21 w części uwzględniającej odwołanie i nakazującej zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty skarżącego, a w konsekwencji również w części dotyczącej rozstrzygnięcia o kosztach postępowania odwoławczego. Wyrokowi zarzucono:

(1) naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie, tj. art. 542 ust. 1 ustawy pzp:

poprzez dokonanie błędnej oceny materiału dowodowego, z naruszeniem wyrażonej w tym przepisie zasady swobodnej oceny dowodów, tj. przez błędną ocenę wyjaśnień złożonych przez skarżącego w dniu 19 lipca 2021 r. oraz uzupełnienia wyjaśnień przesłanego w dniu 2 sierpnia 2021 r. i w konsekwencji uznanie, że wyjaśnienia były „nierzetelne” i nie potwierdzały prawidłowości zaoferowanej przez skarżącego ceny z tego tylko powodu, że w uzupełnieniu skarżący sprostował „znaczną” liczbę omyłek pisarskich, zmodyfikował swoje pierwotne wyliczenia zawarte w wyjaśnieniach i nie zawarł odpowiedzi na jedno z zadanych pytań (dotyczące wskazania szczegółowej metodologii wyliczenia pozycji 37 - 30 załączonej do wyjaśnień tabeli nr 2 - szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej,

bez dokonania szczegółowej oceny wagi ww. omyłek i ich „modyfikacji” czy odpowiedzi na pytanie zamawiającego oraz ich wpływu na realizację przez wyjaśnienia ich zasadniczego celu, tj. wykazania, że zaoferowana cena ma charakter rynkowy,

w sytuacji gdy z zasad logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego wynika, że to nie liczba omyłek czy „modyfikacji” wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny świadczy o rzetelności tych wyjaśnień, lecz właśnie waga tych omyłek oraz ich konsekwencje są kluczowe dla ustalenia, czy skarżący wykazał prawidłowość ceny ofertowej,

a z treści wyjaśnień oraz uzupełnienia wynika jednoznacznie, że wskazane omyłki i modyfikacje nie były na tyle istotne, aby podważyć prawidłowość kalkulacji ceny, zarówno z uwagi na ich niewielką wartość w stosunku do wartości ceny ofertowej, jak i z uwagi na fakt, że wskazywały one w głównej mierze na przeszacowanie kosztów realizacji zamówienia

(uwzględnienie ich w kalkulacji w szerszym zakresie, aniżeli zakres rzeczywiście ponoszony), co wręcz potwierdza prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej jako dokonaną powyżej owych kosztów realizacji zamówienia;

(2) naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.

i. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 5 i 6 ustawy pzp poprzez błędną wykładnię ich wykładnię wyrażającą się przyjęciem, że nakazują one odrzucenie oferty w przypadku, gdy złożone wyjaśnienia zawierają określoną liczbę omyłek pisarskich oraz gdy ich uzupełnienie modyfikuje takie wyjaśnienia,

podczas gdy o odrzuceniu oferty w istocie decydować może tylko to, czy wyjaśnienia zostały złożone w terminie oraz czy potwierdzają one prawidłowość kalkulacji ceny ofertowej i uzasadniają, że cena ofertowa nie została zaniżona,

ii. art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 ustawy pzp poprzez nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty skarżącego w sytuacji, gdy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył on w terminie szczegółowe wyjaśnienia dotyczące sposobu wyliczenia ceny, w których pojawiły się wprawdzie omyłki oraz przypadki przeszacowania kosztów realizacji zamówienia, jednak w żadnym przypadku nie podważały one wiarygodności wyjaśnień czy prawidłowości ceny ofertowej.

(3) sprzeczność istotnych ustaleń Izby z treścią zebranego w sprawie materiału wskutek naruszenia przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy, a mianowicie art. 542 ust. 1 ustawy pzp, poprzez przekroczenie wyrażonej w tym przepisie zasady swobodnej oceny dowodów, wybiórczą ocenę materiału dowodowego, tj. złożonych przez skarżącego wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz ich uzupełnienia (bez uwzględnienia ich pełnej treści) i w konsekwencji odmówienie tym dokumentom wiarygodności z powodu stwierdzenia w ich treści omyłek i „modyfikacji” oraz rzekomego braku odpowiedzi na pytanie zamawiającego nr 5, bez dokonania oceny ww. okoliczności w świetle wpływu na całość złożonych wyjaśnień,

podczas gdy całościowa ocena ww. okoliczności i zestawienie wszystkich ww. omyłek i „modyfikacji” z całością złożonych wyjaśnień prowadzi do wniosku, że miały one charakter nieistotny, dotyczyły drobnych z punktu widzenia kalkulacji ceny ofertowej kwot i w świetle całości złożonych wyjaśnień nie miały wpływu na prawidłowość wyliczenia ceny ofertowej.

Wskazując na powyższe zarzuty, skarżący wniósł o zmianę wyroku oraz o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów opłaty od skargi, zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych, a także orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, tj. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego wykonawcę (...) S.A. w K. i zamawiającego, każdego w części 1/2.

W odpowiedzi przeciwnik skargi (...) S.A. w K. wniósł o oddalenie skargi jako bezzasadnej oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz (...) S.A. w K. kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odpowiedź na skargę złożył również Zamawiający, wnosząc o jej oddalenie, a także zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Na rozprawie prowadzonej przed Sądem Okręgowym w dniu 17 lutego 2022 r. pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że wyrok KIO został wykonany, a umowa nie została jeszcze zawarta. Pełnomocnik przeciwnika skargi oświadczył, że w międzyczasie został wydany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. KIO 3628/21. Sprawa toczyła się z odwołania (...) S.A. od czynności Zamawiającego.

W toku powołanej powyżej rozprawy, pełnomocnik skarżącego wygłosił stanowisko w sprawie, w którym wskazał, że omyłka pisarska w pozycji 29 kolumna 4 była omyłką przeliczeniową, która nie była wyjaśniana, ponieważ była to mała wartość. - był to błąd w podstawieniu. Wskazywał, że to była stricte omyłka która wynikała z błędnej pozycji w excelu, która źle się przeliczyła. Została prawdopodobnie przeliczona nieprawidłowo któraś z danych wyjściowych, chyba

cena paliwa. To był zasadniczo główny powód, dla którego cena została zaniżona, co zostało wyjaśnione. Zaznaczył, że ta omyłka w 100% wystarczy na pokrycie zamówienia. Kalkulacja przedstawiona przez skarżącego najpierw była tworzona wewnętrznie w oparciu o wewnętrzne wzory, następnie pracownik przeniósł tę kalkulację dostosowując ją do wymogów zamówienia.

Pełnomocnik Zamawiającego oraz pełnomocnik przeciwnika skargi w toku sprawy podtrzymali dotychczasowe stanowiska wyrażone w odpowiedziach na skargę.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

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

Przed przystąpieniem do konkretnej oceny skargi konieczne jest wskazanie na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: wprowPZP), z dniem 1 stycznia 2021 r. utraciła moc ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: dPZP), która zastąpiona została ustawą z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019, dalej jako: nPZP). Zgodnie z art 90 ust. 1 wprowPZP, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPZP, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprowPZP do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w uchylanej ustawie dPZP, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy nPZP. W niniejszej sprawie, wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostały wszczęte po 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego, jak i materialnego stosuje się przepisy ustawy nPZP.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

W ocenie Sądu Okręgowego, skarga wykonawcy (...) S.A. w W. nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby prowadzące do uwzględnienia odwołania w części. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Żaden z zarzutów podniesionych w skardze nie okazał się zasadny.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 ustawy nPzp). W niniejszej sprawie Izba, dokonała

swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny, z którym skarżący w złożonej skardze co do zasady w ogóle nie polemizuje, ale wyłącznie w odmienny sposób dokonuje oceny zgromadzonego materiału dowodowego. Dodać zaś należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym. W szczególności, że w niniejszej sprawie nie sposób zgodzić się ze skarżącym, że Krajowa Izba Odwoławcza błędnie uznała, że wykonawca (...) nie wykazał braku występowania rażąco niskiej ceny przedstawionej oferty. Zauważyć należy, iż KIO prawidłowo położyła nacisk na zawartą w art. 224 ust. 5 ustawy nPzp zasadę stanowiącą o ciężarze dowodu w zakresie wykazania braku rażąco niskiej ceny i prawidłowo wywiodła, iż to na skarżącym ciążył obowiązek w toku postępowania o zamówienie publiczne wykazania zasadności podnoszonych przez niego twierdzeń, że oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny lub kosztu. Izba słusznie zatem wskazała w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, że skarżący nie sprostował obowiązkowi wyrażonemu w art. 224 ust. 5 nPzp, wobec czego jego ofertę należało odrzucić.

W myśl art. 224 ust. 1 nPzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Zgodnie z art. 224 ust. 5 nPzp, to wykonawca ma obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Również w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (art. 537 nPzp; tak: Nowicki Józef Edmund, KołECKI Mikołaj, „Prawo zamówień publicznych. Komentarz”, wyd. IV). To wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, pomimo wypełnienia określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Jak zwrócił bowiem uwagę Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w sprawie o sygnaturze akt I Ca 117/12: „(...) istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. Z chwilą wezwania przez Zamawiającego (skarżącego) wykonawcy (...) w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. w dniu 1.12.2011 r. powyższe domniemanie zostało obalone. Na wykonawcę (...) został przerzucony ciężar dowodu wykazania, że skalkulował cenę w sposób rynkowy”. Orzeczenie to co prawda wydane zostało na gruncie przepisów poprzednio obowiązujących, niemniej jednak pogląd w nim wyrażony zachowuje aktualność. W przypadku niewykazania przez wykonawcę powyższych kwestii uzasadnione jest zaś przyjęcie, że oferta przez niego przedstawiona zawiera rażąco niską cenę lub koszty.

Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach. Wskazać również należy, że każdy dowód złożony w odpowiedzi na wezwanie podlega ocenie przez samego zamawiającego, który może uznać złożone dokumenty za niewystarczające lub niepotwierdzające okoliczności przez wykonawcę podnoszonych. Nie oznacza to jednak zupełnej dowolności w przygotowaniu wyjaśnień po stronie wykonawcy. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty (wyrok KIO z 20 kwietnia 2017 r., KIO 681/17). Stąd wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień, zaś w niniejszej sprawie nie było to możliwe z uwagi na brak inicjatywy dowodowej wykonawcy w tym zakresie. Bez wątplenia dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Mając na uwadze powyższe, należało uznać, że Izba słusznie zatem wskazała w uzasadnieniu

zaskarżonego wyroku, że wykonawca – obecnie skarżący - nie sprostął obowiązkowi wyrażonemu w art. 224 ust. 5 nPzp i nie wykazał realności ceny., ponieważ przedstawione przez wykonawcę wyjaśnienia były nierzetelne.

W niniejszej sprawie, Zamawiający wyrokiem KIO z 24 czerwca 2021 r. został zobowiązany do wezwania wykonawcy (...) do złożenia wyjaśnień w trybie przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, co zostało wykonane przez Zamawiającego 13 lipca 2021 r. To działanie Zamawiającego skutkowało zaś powstaniem domniemania istnienia rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy. Przy czym, to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień ciążył obowiązek obalenia tego domniemania. Wykonawca wykonał ciężący na nim obowiązek i złożył wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Pomimo to zamawiający wezwał ponownie przystępującego, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dokumentu p.n. „25. Tabela 2. Szczegółowa kalkulacja kosztów wraz z komentarzami”. W treści wezwania zamawiający sprecyzował zakres wyjaśnień odnoszący się do kwot podanych pod pozycją 1, 2, 5, 24 kolumna 4, 27 - 30, 33 kolumna 4 oraz 23, 24, 25, 31 i 32. W odpowiedzi na powyższe wykonawca złożył dodatkowe wyjaśnienia. Wyjaśnienia te, w ocenie Sądu Okręgowego, nie mogły jednakże stanowić o obaleniu domniemania rażąco niskiej ceny. Przedmiotowe wyjaśnienia były bowiem niespójne, nielogiczne, a w konsekwencji nierzetelne.

Jak wynikało z akt sprawy, odpowiedź przystępującego na szczegółowe pytania postawione w treści drugiego wezwania zawiera znaczącą ilość tzw. oczywistych omyłek, które w większości przypadków należy uznać za modyfikacje pierwotnie przedstawionych wyliczeń. Przedstawione przez skarżącego drugie wyjaśnienie w wielu pozycjach odbiegały znacząco od pozycji zawartych w pierwszych wyjaśnieniach. Charakter tych różnic nie pozwalał zaś na uznanie, że dokonane w drugich wyjaśnieniach poprawki obejmowały wyłącznie poprawki oczywistych omyłek. Wobec czego, nie sposób podzielić argumentacji skarżącego, że różnice pomiędzy pierwszym a drugim wyjaśnieniem stanowiły wyłącznie oczywiste omyłki pisarskie bądź rachunkowe.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że zasadą wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych jest brak możliwości dokonywania zmian w treści złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty po upływie terminu wyznaczonego do składania ofert. Od tej zasady ustawa przewiduje wyjątek w postaci art. 223 ust. 2 nPzp. Stosownie do treści powołanego przepisu zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, a także zleca wykonawcy poprawienie innych omyłek polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W tym zakresie wykonawca nie może zaś samodzielnie dokonywać poprawek treści oferty, ani też wprowadzać do niej nowej treści. Per analogiam powyższe można także zastosować do wyjaśnień ceny zawartej w ofercie. Wyjaśnienia mają bowiem służyć rozwianiu wątpliwości zamawiającego, które powziął odnośnie do treści oferty, a nie wprowadzeniu do niej nowych treści. Odstępstwo od tych sztywnych reguł pozwoliłoby wykonawcom manipulować wynikami postępowania o zamówienie publiczne, po tym jak przy otwarciu ofert powzięli wiedzę na temat treści ofert złożonych przez konkurentów.

Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Pojęcie to było wielokrotnie definiowane w orzecznictwie sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej. Oczywistą omyłką pisarską, zdaniem Sądu Okręgowego w Gdańsku wyrażonym w wyroku z dnia 27 czerwca 2008 r., sygn. akt XII Ga 206/08, jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu, czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym. Przy czym, oczywistą omyłką pisarską jest nie tylko taka omyłka, która wynika z treści formularza ofertowego, czy też treści wyjaśnień, ale również taka, którą można zidentyfikować na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty. Istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Oczywistą omyłką pisarską może być również podanie przez wykonawcę ceny w ofercie rozbieżnie liczbą i słownie.

Powoływana ustawa nie zawiera w swym brzmieniu również definicji oczywistej omyłki rachunkowej. W ocenie Sądu, za taką omyłkę należy zaś uważać omyłkę wynikającą z błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Jednakże stwierdzenie takiej omyłki może mieć miejsce jedynie w sytuacji, w której przebieg działania matematycznego

może być prześledzony i na podstawie reguł rządzących tym działaniem możliwe jest stwierdzenie błędu w jego wykonaniu. W każdym przypadku, poprawienie omyłki nie może powodować istotnych zmian w treści umowy, musi być weryfikowalne, jak również istniejąca niezgodność nie może wynikać z celowego działania wykonawcy.

W niniejszej sprawie, w ocenie Sądu Okręgowego, pomijając samo uprawnienie wykonawcy do poprawiania oczywistych omyłek w treści oferty, bądź wyjaśnień zaoferowanej ceny, należało uznać, że poprawki dokonane przez skarżącego w drugich wyjaśnieniach nie wypełniały przesłanek pozwalających uznać je za uzasadnione. Izba słusznie zatem uznała, że drugie wyjaśnienia zaoferowanej ceny zawierały w istocie modyfikację, wprowadzającą nową treść oferty. W szczególności modyfikacje zostały zawarte w poz. 27 kolumnie 5 (ilość roczna). Skarżący w kolejnych wyjaśnieniach co do tej pozycji podał inną ilość rocznie podanej kwoty ceny jednostkowej, co skutkowało znaczącą zmianą kwoty całkowitej tej pozycji. Podobna zmiana miała miejsce w przypadku poz. 28 w kolumnie 5. Wykonawca (...) w tym miejscu wyjaśnień zamieścił odmienną wartość, która w sposób istotny wpłynęła na wysokość oferowanej rocznie kwoty wykonania jednej z podstawowych czynności wymaganych w ramach oferty. Modyfikacja wyjaśnień zaoferowanej ceny miała również miejsce w poz. 29 kol. 8, w której wykonawca podał inną cenę jednostkową. Powyższe skutkowało zmianą całości kwoty podanej pozycji. Pomimo tego, wykonawca nie przedstawił żadnych logicznych wyjaśnień pozwalających uznać powyższe zmiany za uzasadnione. Nie zostały przedstawione wyliczenia, metody rachunkowe, na podstawie których wykonawca wprowadził nowe kwoty w wyjaśnieniach. Niemożliwe było zatem zweryfikowanie, czy dokonana zmiana stanowiła w istocie poprawienie oczywistej omyłki.

Odbiegając od powyższego, na marginesie należało dodatkowo zauważyć, że choć w odniesieniu do zmian zawartych w poz. 27 kol. 5, poz. 28 kol. 5, poz. 29 ko. 8, wykonawca zasłania się omyłkami na tle rachunkowym, tj. błędnym podstawieniem liczb w excelu, to w przypadku zmiany w poz. 30 takie wyjaśnienia nie mogą mieć miejsca. Jak można bowiem wywieść z wyjaśnień przedstawionych przez wykonawcę (...), w powołanej pozycji nie zostały zmienione liczby, lecz została dokonana całkowita zmiana sposobu uwzględnienia kosztów realizacji tego zadania w ramach kalkulacji. Jednocześnie skarżący nie złożył przekonywujących wyjaśnień, dlaczego taka zmiana miała miejsce. Sąd nie miał więc możliwości zweryfikowania powstałej zmiany.

W efekcie, zdaniem Sądu Okręgowego, charakter dokonanych zmian, wysokość podanych kwot w obu wyjaśnieniach co do większości pozycji jednoznacznie pozwalał na stwierdzenie, że wykonawca dokonał modyfikacji treści pierwszych wyjaśnień. Skoro zaś pierwsze wyjaśnienia zostały zmienione przez wykonawcę, nie mogły być one przygotowane w sposób rzetelny. W konsekwencji, nie mogły również obalić domniemania zaistnienia rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy (...) S.A., co uzasadniało odrzucenie oferty skarżącego.

Bez znaczenia dla przedmiotowych wniosków była natomiast okoliczność, czy wprowadzone zmiany w wyjaśnieniach dotyczących ceny poszczególnych pozycji miały wpływ na prawidłowość wyliczenia ceny ofertowej. Istotne było bowiem w świetle art. 224 ust. 5 nPzp, aby wykonawca przedstawił wyjaśnienia, które w sposób wystarczający uzasadniały zaoferowaną cenę. W myśl art. 224 ust. 6 nPzp, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wobec czego, złożenie wyjaśnień o jakiegokolwiek treści nie może stanowić wypełnienia obowiązku z art. 224 ust. 5 nPzp. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Takie podejrzenie nie może być zaś oddalone w przypadku, gdy wykonawca w uzupełniającym wyjaśnieniu podaje inne kwoty niż w pierwotnym. To bowiem świadczy o nieprawidłowości przygotowania pierwszego wyjaśnienia, a tym samym niewypełnienia obowiązku z art. 224 ust. 5 nPzp, bez względu na „wagę” wprowadzonych

zmian. Powyższe uzasadniało ponadto stanowisko, że wykonawca w ten sposób próbował dostosować złożoną ofertę do wymagań zamawiającego, co stanowiło niedozwoloną próbę manipulacji wynikiem postępowania o zamówienie publiczne.

Jeszcze raz podkreślić należy, że ustawodawca wprowadził w art. 224 ust. 6 nPzp wymóg, który każe wykonawcom wezwanym wyjaśnić cenę tak, aby wykazywane elementy składały się na cenę ofertową. Gdy w takich wyjaśnieniach pojawiają się błędy, co do których istnieje konieczność modyfikacji wyjaśnień, a nie ich uszczegółowienia, to konieczne staje się odrzucenie oferty takiego wykonawcy. W takiej sytuacji bowiem wyjaśnienia wykonawcy nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Innymi słowy wykonawcy wzywani mają w wyznaczonym terminie przedstawić realne wyliczenia, a zatem takie, które pokazują, jak dokładnie wyliczyli poszczególne pozycje. W niniejszej sprawie z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia. Po złożeniu wyjaśnień skarżący został wezwany przez zamawiającego do szczegółowego wyliczenia kwot przedstawionych w tabeli. W następstwie wezwania skarżący nie przedstawił tych wyliczeń, lecz wskazał nowe wartości podając sposób ich uzyskania. To zaś powoduje, że pierwotne wyjaśnienia ocenić należy jako nierzetelne. Izba prawidłowo zatem uznała, że skarżący nie obalił domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny. Niezasadne okazały się zarzuty prawa materialnego podnoszone w apelacji.

Skarżący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych powinien mieć wiedzę co do tego, jaki skutek odnosi niezłożenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. To w interesie skarżącego było, aby złożone przez niego wyjaśnienia były wyczerpujące i niebudzące dalszych wątpliwości, bądź przedstawione zostały odpowiednie dowody na potwierdzenie swojej racji. Skarżący jednakże temu obowiązкови nie sprostał. Ponownie podkreślić należy, że skarżący przedstawił odpowiedź, niespełniającą wymagań z art. 224 ust. 5 nPzp, wskazującą na próbę modyfikacji treści oferty w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie skarżący nie zakwestionował w ramach środków ochrony prawnej wezwania, które otrzymał od Zamawiającego, nie formułował również wcześniej względem niego jakichkolwiek wątpliwości i nie wnioskował o jego doprecyzowanie. Wobec powyższego, skarżący był związany tym wezwaniem. W tej sytuacji, istniały podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez zamawiającego, z uwagi na niewykazanie przez oferenta, że przedłożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Odmienne zarzuty skargi w tym zakresie nie zasługiwały na uwzględnienie.

Podsumowując, należało uznać, że zarzuty skarżącego są wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należyście ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie. Skarga podlegała zatem oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 nPZP oddalił skargę.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 589 nPZP, stosownie do wyniku postępowania. Skarżący przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi oraz Zamawiającego w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 9 w zw. z §10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. 2015 r., poz. 1800 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 50% stawki minimalnej, biorąc pod uwagę wartość przedmiotu zaskarżenia (czyli wartość przedmiotu zamówienia). Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż niniejsze postępowania należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mając ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego.

sędzia Monika Skalska