

## UZASADNIENIE

Zamawiający - Miasto C. ogłosił przetarg w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, którego celem był wybór wykonawcy inwestycji pod nazwą : „ Zagospodarowanie części terenu przy ul. (...) i ul. ks. J. G. w C., w tym przystosowanie skarpy do zjazdów zimowych - etap I". W wyniku przeprowadzonego przetargu wybrana została oferta P. P. U. H. (...) sp. z o.o. w C..

Inny uczestnik przetargu – K. J. złożył do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez P. P. U. H. (...) sp. z o.o w C. wnosząc o nakazanie zamawiającemu ponownej oceny ofert, odrzucenie oferty (...) sp. z o.o. w C. i ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu następujące naruszenia :

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treścią odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ),
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę,
- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu,
- 4) naruszenie art. 26 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania oferenta do przedłożenia dokumentów stwierdzających możliwość spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego.

Postanowieniem z dnia 7.12.2016r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej (...)) odrzuciła odwołanie obciążając K. J. kosztami postępowania.

(...) ustaliła, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, wartość szacunkowa zamówienia wynosi 450.000,00 zł, co stanowi równowartość 107.787,00 euro, a ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 października 2016 r. pod numerem (...).

Zaskarżonym postanowieniem (...) odrzuciła odwołanie na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Przepis ten stanowi, że (...) z urzędu odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

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

Szacunkowa wartość zamówienia w rozpoznawanej sprawie jest niższa, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp., skoro została oszacowana na kwotę 450.000 zł netto, stanowiącą równowartość 107.787,00 euro. To daje podstawę do przyjęcia, że postępowanie miało charakter tzw. „postępowania podprogowego”. (...) uznała, że odwołanie nie dotyczy żadnego z typów czynności wymienionych w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Istotą tego odwołania jest bowiem zarzut zaniechania czynności odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ i zawierającej rażąco niską cenę, co nie mieści się w katalogu określonym art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu mają charakter wtórny. Zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej nie został oparty na okolicznościach dotyczących przyznanej tej ofercie oceny, ale wywiedziony został jako konsekwencja zaniechania czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy. (...) dokonała wykładni przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Pzp w jego znowelizowanym brzmieniu nadanym ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. póź. 1020), w szczególności dodanego ww. nowelizacją pkt 6, który stanowi, iż odwołanie w tzw. postępowaniach podprogowych dotyczyć może wyboru najkorzystniejszej oferty. W wyniku tego zabiegu (...) doszła do wniosku, że w związku z możliwością kwestionowania przez uczestnika przetargu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest możliwe kwestionowanie zaniechania odrzucenia wybranej oferty. Izba wskazała na jednolitość swojego orzecznictwa, które przyjmuje, że możliwość kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty dotyczy li tylko kwestionowania samej czynności wyboru najkorzystniejszej spośród ofert pozostających w postępowaniu na podstawie zastanych kryteriów wyboru określonych w SIWZ, nie dotyczy natomiast zaniechania odrzucenia oferty wybranej lub zaniechania wykluczenia składającego ją wykonawcy. Na poparcie tego stanowiska (...) przedstawiła bardzo obszerną argumentację prawną, której powielanie nie wydaje się konieczne i dla przejrzystości niniejszego uzasadnienia sąd poprzestanie na odesłaniu do lektury uzasadnienia (...).

Skargę od postanowienia (...) wniósł P. (...) powołując się na swoją kompetencję wynikającą z art. 198b ust 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Zaskarżonemu postanowieniu zarzucone zostały naruszenia:

1. art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert, czego konsekwencją było uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę, który winien był zostać wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta winna była zostać odrzucona, odwołanie nie przysługuje, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlegają wszystkie zachowania zamawiającego w ramach badania i oceny ofert prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami ustawy Pzp wyboru najkorzystniejszej oferty, w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego zamawiający zobowiązany był wykluczyć, a także zaniechanie odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona;

2. art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione od czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być uprzednio wykluczony z udziału w postępowaniu, a złożona przez niego oferta winna była zostać przez zamawiającego odrzucona, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania K. J., rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 w zw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy Pzp i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

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

Odwołujący się- K. J. ostatecznie na rozprawie apelacyjnej wniósł o uwzględnienie odwołania, stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje.**

Skarga P. (...)zasługiwała na uwzględnienie wobec trafności jej zarzutów i argumentów podniesionych na ich poparcie. (...) odrzucając odwołanie naruszyła bowiem przepis art. 189 ust. 2 Pzp, który stanowi podstawę odrzucenia skargi jedynie w ściśle określonych, enumeratywnie wymienionych tam przypadkach. Bezsporne jest to, że w rozpoznawanej sprawie ma zastosowanie przepis art. 180 ust.2 Pzp., gdyż wartość zamówienia została oszacowana na kwotę mniejszą, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. i postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego miało charakter tzw. „postępowania podprogowego”. Podstawę odrzucenia skargi mógł zatem hipotetycznie stanowić przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 Pzp . Brak jest jednak podstaw do zastosowania wykładni rozszerzającej przepisu art. 189 ust.2 Pzp.i odrzucania odwołań z innych powodów, niż w wymienione w tym przepisie. Czynności, od których można wnosić odwołania w postępowaniach „podprogowych”, wymienione zostały w art. 180 ust. 2 Pzp. Czynnością zaskarżoną odwołaniem K. J., o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. była czynność wyboru przez zamawiającego najkorzystniejszej oferty, co jednoznacznie wynika z treści odwołania i wbrew wywodom zawartym w motywach zaskarżonego postanowienia, odwołanie to nie zostało wniesione jedynie od zaniechania przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty innego wykonawcy, pomimo że wniosek o jej odrzucenie zawarty został w odwołaniu. W ocenie Sądu, czym innym jest określenie w odwołaniu zaskarżonej czynności, a czym innym przytoczenie zarzutów i podanie argumentów na poparcie żądania zawartego w odwołaniu. Podstawą odrzucenia odwołania nie może być sposób umotywowania zarzutów pod adresem czynności zamawiającego, co do której z formalnego punktu widzenia przysługuje odwołanie, gdyż jest to już merytoryczne rozpoznanie odwołania, które nie może zakończyć się jego odrzuceniem. (...) błędnie zatem uznała, że zachodzi podstawa odrzucenia odwołania z art. 189 ust.2 pkt 6 Pzp, czyli że odwołanie dotyczy innych czynności, niż określone w art. 180 ust. 2. Jeśli zatem (...) doszła do przekonania, że podniesione w odwołaniu zarzuty nie mogą usprawiedliwiać skargi, gdyż pozostają bez wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej przy zastosowaniu kryteriów zawartych w treści SIWZ, to powinna była ją oddalić jako nieuzasadnioną.

Niezależnie jednak od powyższego, na aprobatę zasługuje również stanowisko P. (...) zarzucające (...) błędną wykładnię art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Sposób rozumienia przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp, zaprezentowany przez (...), nie może być uznany za prawidłowy przy zastosowaniu powszechnie przyjętych reguł wykładni językowej i celowościowej przepisów prawa. (...) stoi na stanowisku, że przy zastosowaniu reguł wykładni językowej art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, „wybór najkorzystniejszej oferty” rozumieć należy czynność podjętą w wyniku oceny ofert przy zastosowaniu wyłącznie kryteriów oceny oferty jako najkorzystniejszej. W ocenie Sądu, czynność zamawiającego polegająca na „wyborze najkorzystniejszej oferty” jest po prostu czynnością wyboru oferty, a to, że musi ona być najkorzystniejsza, jest konsekwencją ustawowego założenia, że innej wybrać zamawiającemu nie wolno. Sens odwołania w tym przypadku polega na negowaniu przez odwołującego się oceny, że wybrana oferta jest najkorzystniejsza i rzeczą odwołującego się jest wykazanie, że to jego oferta powinna zostać wybrana. Nie sposób przy tym przyjąć, nawet wzięwszy pod uwagę definicję najkorzystniejszej oferty z art. 2 pkt 5 Pzp, że za najkorzystniejszą może zostać uznana oferta podlegająca odrzuceniu lub złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, np. w sytuacji, w której wykonanie zamówienia jest zagrożone z powodu braku jego kompetencji lub zabezpieczenia wymaganego w SIWZ. Ilekroć ustawodawca posługuje się w ustawie Pzp. słowem „oferta” w aspekcie jej wyboru, posługuje się przy tym przymiotnikiem „najkorzystniejsza”( Np. 15 ust. 5 pkt. 1, 20 ust.3, 46 ust.1, 60f, 73f , 91 ust.1, 92 ust.1 pkt 1), dlatego w art. 180 ust.1 pkt 6 Pzp również był w tym zakresie konsekwentny. Zbyt daleko idąca i w sposób nieuzasadniony zawężająca jest zatem wykładnia, według której, w wyniku odwołania od czynności wyboru oferty (...) może kontrolować jedynie prawidłowość zastosowania kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ.

Przeciwko argumentacji (...) przemawiają również wnioski, które można wyciągnąć po dokonaniu wykładni celowościowej przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 Pzp. Celem ustawodawcy, przyświecającym mu przy ostatniej zmianie art. 18 ust.2 Pzp, było rozszerzenie podstaw składania odwołań w postępowaniach „podprogowych”, o czym można

wnioskować nie tylko P. z treści przepisu ale i z treści uzasadnienia projektu zmiany ustawy Pzp. W toku prac legislacyjnych nad nowelizacją ustawy zwracano uwagę, że zasadniczym celem rozszerzenia katalogu przesłanek odwołania było zwiększenie ochrony prawnej wykonawców. Czynność wyboru oferty w zgodzie z przepisami jest najistotniejszą czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zatem powinna podlegać weryfikacji przez wykonawców w ramach dostępnych środków ochrony prawnej. Postępowania „podprogowe” stanowią przeważającą część postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i jednocześnie stanowią nieznaczną odsetek postępowań, w których są wnoszone odwołania. Taki stan rzeczy wymagał interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania bezprawnych czynności zamawiających w najczęściej wszczynanych postępowaniach przetargowych. Zwrócić należy uwagę, że podstawowym kryterium oceny ofert pozostaje nadal kryterium ceny i kosztu, zatem ograniczenie możliwości kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty jedynie przez pryzmat tych kryteriów oceny ofert powodowałoby, że w większości przypadków kontrola sprowadzałaby się do dokonywania prostych porównań matematycznych, przy których uchybienia zamawiających zdarzałyby się raczej rzadko z powodu pomyłek, a jeszcze rzadziej byłyby działaniami zamierzonymi. Wyłączenie możliwości zakwestionowania wyboru oferty ewidentnie podlegającej odrzuceniu lub oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu, stwarzałoby pole do nadużyć pozostających poza kontrolą w zdecydowanej większości obszaru działań zamawiających, podważając tym samym sens procedury odwoławczej. Wskazać należy, że w postępowaniach „podprogowych” zaniechania czynności zamawiającego nadal nie są zaskarżalne, co powoduje znaczne przyspieszenie procedur przetargowych z korzyścią dla zamawiających, co jednak nie oznacza, że zamawiający w tego typu postępowaniach mogą bez negatywnych konsekwencji, z naruszeniem przepisów, nie podejmować czynności, do których są zobligowani z mocy ustawy. Wykładnia zaprezentowana przez (...) pomija zasadniczy cel ustawy Pzp, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą, a ponadto odpowiadającą wymaganiom ustawowym, złożoną przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Dokonanie zawężającej wykładni pojęcia „najkorzystniejszej oferty” nie uwzględnia pełnej procedury, której musi przestrzegać zamawiający w procesie oceny ofert, a następnie wyboru jednej z nich, przy zastosowaniu przewidzianej w art. 7 ustawy Pzp zasady przejrzystości i legalności postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Przez wybór najkorzystniejszej oferty należy zatem rozumieć wszelkie zachowania zamawiającego w ramach etapu badania i oceny ofert, które doprowadziły zamawiającego do podjęcia decyzji o wyborze oferty. Dlatego też nie może zostać uznana za najkorzystniejszą oferta, która podlega odrzuceniu i nie można też wykluczyć dopuszczalności wniesienia odwołania przez wykonawcę również i z tej przyczyny.

Zasadność skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i istnienie podstaw do uchylenia zaskarżonego postanowienia obliowały Sąd do rozpoznania sprawy merytorycznie, pod kątem zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Rozpoznając odwołanie Sąd ustalił następujący stan faktyczny.

Miasto C. ( jako zamawiający ) ogłosiło przetarg w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Przedmiotem przetargu było wyłonienie wykonawcy robót budowlanych na inwestycji pod nazwą: „ zagospodarowanie części terenu przy ul. (...) i ul. ks. J. G. w C., w tym przystosowanie skarpy do zjazdów zimowych - etap I”. Wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 450.000 zł, co stanowi równowartość 107.787 euro, a ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 10 października 2016 r. pod numerem (...). W przetargu jako wykonawcy wzięli udział między innymi P.P.U.H. (...) sp. z o.o. w C., której oferta została wybrana jako najkorzystniejsza oraz K. J.. Oferta P.P.U.H. (...) sp. z o.o w C. zawierała wynagrodzenie wykonawcy w kwocie 336.656,93 zł., a po poprawieniu przez zamawiającego omyłki wykonawcy – 346896,41 zł. Oferta K. J. opiewała na kwotę 438000 zł. Obie oferty wskazywały na okres gwarancji i rękojmi wynoszący 60 miesięcy. Na wezwanie zamawiającego z dnia 25.10.2016r. (...) sp. z o.o złożyła w piśmie z dnia 28.10.2016r. wyjaśnienia co do wysokości zaoferowanej oferty cenowej wskazując na: korzystanie z najwyższych poziomów rabatów na materiały, w tym jako przedstawiciel wytwórcy kostki brukowej, własną bazę sprzętową i niekorzystanie z podwykonawców, bliskość bazy sprzętowej od miejsca realizacji inwestycji, korzystanie z programów pomocowych z PUP, upust w składce PFRON, korzystanie z pomocy publicznej z (...), możliwość pozyskania nadmiaru gruntu wykorzystanego

na budowę nasypu z innych inwestycji. W kosztorysie ofertowym (...) sp. z o.o nie uwzględniła jednej studzienki ściekowej Fi 500 mm. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 3.11.2016r. wyjaśnione zostało, że brakująca studzienka jest elementem składowym oferty i została wyceniona w innych pozycjach kosztorysu. W kosztorysie (...) sp. z o.o wskazana została cena kostki kamiennej 120 zł netto za tonę przy nieprawidłowo wyliczonej ilości tej kostki na 28,848 tony. Według zamawiającego wykonanie inwestycji wymagało zabudowania 57,69 ton kostki. Z tego też powodu zamawiający poprawił omyłkę polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, a wykonawca wyraził na to zgodę. Zamawiający nie uznał ceny zaproponowanej przez (...) sp. z o.o za rażąco niską uznając wyjaśnienia wykonawcy za przekonujące.

Zarzuty podniesione w odwołaniu K. J. nie zasługiwały na uwzględnienie.

1) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Składający odwołanie upatruje wadliwości oferty wybranego wykonawcy w braku wskazania w kosztorysie ofertowym jednej studzienki ściekowej, a zatem kwestionuje zgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Sąd nie podzielił tego stanowiska. Przypadek opisany w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy pomiędzy treścią oferty i treścią SIWZ występuje istotny dysonans uzasadniający twierdzenie, że w wykonawca zaoferował świadczenie inne niż opisane w SIWZ, co stwarza zagrożenie, że wykonawca będzie wykonywał zamówienie niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Ponadto wadliwość oferty musi być tej natury, że nie da się jej usunąć w drodze wyjaśnień udzielonych w trybie art. 87 ust.1 Pzp lub poprawek poczynionych w trybie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp. Nie jest natomiast wystarczające dla przyjęcia ww. niezgodności pominięcie w kosztorysie ofertowym jednej tylko, mało istotnej pozycji, gdyż nie może być ono utożsamiane z wolą zaniechania przez wykonawcę wykonania całego przedmiotu zamówienia. Zgodzić się należy ze stanowiskiem zamawiającego, że konsekwencją pominięcia przez wykonawcę danej pozycji kosztorysu jest konieczność jej wykonania w zgodzie z zakresem SIWZ. Wartość studzienki nieuwjętej w kosztorysie ofertowym wykonawcy stanowiła zaledwie około 0,3 % szacunkowej wartości robót, zatem nie była to wartość istotna. Wykonawca na wezwanie zamawiającego wyjaśnił w sposób jednoznaczny, że zaoferowana cena obejmuje również brakującą studzienkę ściekową, zatem nie zaistniało zagrożenie, że wykonawca wykona roboty w sposób niezgodny z opisem robót zawartym w SIWZ.

2) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę.

Sąd nie stwierdził opisanego wyżej naruszenia prawa, gdyż wbrew zarzutom odwołania wymieniona przesłanka odrzucenia oferty nie wystąpiła. Nawet duża rozbieżność cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje sama w sobie podstaw do twierdzenia, że cena najniższa, podana przez jednego z wykonawców, jest rażąco niska. Punktem odniesienia przy takiej ocenie powinna być raczej wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia i można przyjąć, że cena rażąco niska, to taka, która jest oderwana od realiów z punktu widzenia opłacalności prowadzenia działalności gospodarczej i oczywiście nieekwiwalentna do wartości zamówienia przy uwzględnieniu cen rynkowych podobnych świadczeń. Zamawiający zgodnie z procedurą zażądał od wykonawcy wyjaśnień i został przez niego przekonany, a argumenty wykonawcy przekonały również Sąd. Wykonawca wyjaśnił, na czym polegają jego działania powodujące obniżenie kosztów własnych. Oferta złożona przez P.P.U.H. (...) sp. z o.o była niższa od szacunkowej wartości robót o 103.104 zł (ok. 23% ) i niższa od ceny zaproponowanej przez K. J. o 91103 zł ( ok. 21%). Różnice te nie są rażące i nie ma wystarczających dowodów na stwierdzenie, że za cenę zaproponowaną przez (...) sp. z o. o nie da się wykonać zamówionych robót z zyskiem, zgodnie zasadami racjonalnego gospodarowania. Materiał dowodowy nie daje podstaw do twierdzenia, że cena kostki kamiennej oferowanej przez (...) sp. z. o o jest niższa od kosztów jej wytworzenia. Wykonawca przedstawił ofertę zakupu 30 ton kostki, a zamawiający przedstawił inną ofertę, niewiele droższą, co oznacza, że istnieje realna możliwość zakupu kostki taniej, niż twierdzi odwołujący się. Koszt całej kostki kamiennej niezbędnej do wykonania umowy stanowił zaledwie 1% wartości zamówienia ( 4800 zł ) i nawet gdyby (...) sp. z. o.o zaoferowała cenę kostki równą założonej przez zamawiającego, jej oferta i tak okazałaby się najkorzystniejsza.

3) Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Nie ma przekonujących argumentów i dowodów, by zarzucić wykonawcy stosowanie praktyk nieuczciwej konkurencji, a zamawiającemu zaniechanie przeciwdziałania takim praktykom. Przytoczony przepis stanowi podstawę odrzucenia oferty, gdy samo jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przykładem takiego działania wskazywanym w piśmiennictwie mogłoby być np. złożenie oferty w wyniku zmyślnego przetargowego lub podejmowania czynności bezprawnie utrudniających dostęp innym podmiotów do zamówienia. Taki wykonawca powinien zostać wykluczony. Samo złożenie oferty z niską ceną, która nie została uznana za rażąco niską, nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku. Argumenty z odwołania odnoszące się do niskiej ceny kostki brukowej ocenione już zostały powyżej. To, że inni wykonawcy nie są w stanie zakupić kostki brukowej taniej, niż wybrany wykonawca nie oznacza jeszcze, że konkurencja nosi cechy nieuczciwości.

4) naruszenie art. 26 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania oferenta do przedłożenia dokumentów stwierdzających możliwość spełnienia wymagań określonych przez zamawiającego.

Wbrew zarzutom odwołania, zamawiający wzywał (...) sp. z o.o. do wykazania możliwości zakupu kostki brukowej w cenie 120 zł za tonę. Wykonawca w sposób przekonujący wykazał, że jest w stanie wykonać zamówienie. Różnica w cenie pomiędzy ceną kostki brukowej wskazanej przez wykonawcę i cenami wskazanymi przez odwołującego się nie jest wartością istotną. Wykonawca po poprawieniu jego oferty musiał się liczyć z koniecznością zakupu większej ilości kostki i możliwość taką potwierdził. Nawet gdyby się okazało, że pozostałe 30 ton kostki będzie musiał zakupić za cenę nieco wyższą, to z uwagi na małą różnicę w cenie, możliwość wykonania umowy faktycznie nie była zagrożona. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że na dzień wyrokowania, według oświadczenia stron, umowa o roboty budowlane została już zrealizowana, zatem fakty świadczą same za siebie.

Z tych przyczyn odwołanie nie mogło odnieść zamierzonego skutku i podlegało ono oddaleniu przez (...). Dlatego też Sąd, będąc zobowiązany do merytorycznego rozstrzygnięcia, na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zmienił zaskarżone postanowienie orzekając o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania skargowego Sąd orzekł przy zastosowaniu art. 106 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 P.z.p. oraz art. 102 k.p.c. Zgodnie z treścią art. 106 k.p.c. udział prokuratora w sprawie, a zatem również udział P. (...) nie uzasadnia zasądzenia zwrotu kosztów na rzecz Skarbu Państwa ani od Skarbu Państwa. Ponieważ żadna ze stron, poza Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, nie może zostać uznana za wygrywającą postępowanie skargowe, Sąd nie orzekł o obowiązku zwrotu kosztów postępowania pomiędzy zamawiającym i składającym odwołanie.

SSO J. C. SSO G. M. SSO G. J.