

Sygn. akt XXIII Zs 71/21

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 sierpnia 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:SSO Sylwia Paschke

Protokolant:Sekr. sądowy Oliwia Malczyk

po rozpoznaniu na rozprawie

w dniu 30 sierpnia 2021 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w T., Wojewódzkiego Szpitala (...) (...) we W.

odwołującego: (...) spółki akcyjnej w W.

z udziałem wykonawcy przystępującego po stronie zamawiającego:

(...) spółki akcyjnej w W.

ze skargi odwołującego

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 29 kwietnia 2021 r., sygn. akt KIO 904/21

I. oddała skargę;

II. zasądza od (...) spółki akcyjnej w W. na rzecz (...)

(...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w T. 12500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego;

III. oddała wniosek (...) spółki akcyjnej w W. o zasądzenie kosztów postępowania skargowego.

Sygn. akt **XXIII Zs 71/21**

UZASADNIENIE

Zamawiający- (...) Sp. z o.o. z siedzibą w T., Wojewódzki Szpital (...) we W. prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa budynków nr (...), budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu) w Wojewódzkim Szpitalu (...) (...) we W. - Etap I inwestycji”, znak sprawy/postępowania: (...)

W dniu 23 marca 2021 r. wykonawca (...) S.A. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu polegających na odrzuceniu jego oferty, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów:

-) art. 92 ust. 1 pkt 3) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej „Ustawa Stare PZP”) poprzez brak wskazania jednoznacznego i jasnego uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności odrzucenia oferty Wykonawcy (...) S.A., a także poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy (...) S.A. pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych;

-) art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Stare PZP w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy Stare PZP poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy (...) S.A. pomimo tego, że cena zaoferowana przez wskazanego Wykonawcę nie jest rażąco niska, a wskazany Wykonawca udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pozwalających wyjaśnić i wyjaśniających ewentualne wątpliwości Zamawiającego co do ceny;

-) art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Stare PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę (...) S.A. jest rażąco niska i poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy (...) S.A. pomimo tego, że cena zaoferowana przez wskazanego Wykonawcę nie jest rażąco niska;

-) art. 90 ust. 3 Ustawy Stare PZP poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że cena zaoferowana przez Wykonawcę (...) S.A. jest rażąco niska a Wykonawca (...) S.A. nie udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pozwalających wyjaśnić ewentualne wątpliwości Zamawiającego co do ceny.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty. Jednocześnie wniósł o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu od niniejszego odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1 oddaliła odwołanie, w pkt 2 obciążyła kosztami postępowania Wykonawcę (...) S.A., w pkt 2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwotę 20.000 zł uiszczoną przez Wykonawcę, tytułem wpisu od odwołania, w pkt 2.2. zasądziła od Wykonawcy na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SIWZ, oferty Odwołującego, pisma Zamawiającego z dnia 5 listopada 2020 r. wzywającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Odwołującego z dnia 16 listopada 2020 r. wyjaśniającej rażąco niską cenę wraz z jednym załącznikiem(dowodem), informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 12 marca 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 23 kwietnia 2021 r., pisma procesowego Przystępującego z dnia 26 kwietnia 2021 r., opinii z dokumentu prywatnego Biura Kosztorysowego z dnia 26 kwietnia 2021 r., jak również na podstawie złożonych wyjaśnień i dowodów Izba dokonała następujących ustaleń i rozważań: Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.89 ust.1 pkt 4, art.90 ust.3, art.92 ust.1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej starą ustawą Pzp.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że potwierdził się zarzut istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Izba ustaliła, że Zamawiający na zasadzie wskazanej w powołanych wyżej przepisach, postępowanie wyjaśniające w przedmiocie rażąco niskiej ceny przeprowadził, a Odwołujący wezwany do złożenia wyjaśnień zastosował się do niego, przedkładając wyjaśnienia wraz z tylko jednym dowodem w postaci oferty z dnia 31 sierpnia 2021 r. Izba stwierdziła również, że kwestia zasadności samego wezwania Odwołującego przez Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny została przesądzona przez Sąd Okręgowy w Toruniu w wyroku z dnia 10 marca 2021 r. w sprawie o sygn. akt VI Ga 7/21, w którym Sąd stwierdził, że „zamawiający miał prawo, a wręcz konieczność wezwania odwołującego (...) S.A. do udzielenia pisemnych wyjaśnień, co do złożonej oferty na podstawie art.90 ust. 1a pkt 1 Pzp w starym brzmieniu ”.

Wobec tego należało uznać, że w powyższym zakresie zachodzi res iudicata i rozpoznanie odwołania może dotyczyć jedynie samych wyjaśnień Odwołującego odnoszących się do rażąco niskiej ceny, a nie treści samego wezwania Zamawiającego. Ponadto Izba stwierdziła, że ciężar dowodowy wynikający z art.90 ust.2 i art. 190 ust. 1a starej ustawy Pzp nakładający na Odwołującego obowiązek udowodnienia braku rażąco niskiej ceny aktualizuje się w sytuacji, gdy powstanie domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny, które to tworzy się dopiero po wszczęciu postępowania wyjaśniającego w tym przedmiocie w trybie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie takie wątpliwości zasygnalizował Zamawiający w piśmie z dnia 5 listopada 2020 r. wzywającym Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Izba ustaliła, że w treści wezwania Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) - dalej Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w związku z faktem, iż zaoferowana kwota była niższa o ponad 30% w stosunku do wartości zamówienia (wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego wynosiła 212.616.773,49 zł). Zamawiający zwrócił się w szczególności o wyjaśnienie w odniesieniu do poniższych pozycji wskazanych w formularzu cenowym (załącznik nr 8 do SIWZ):

- odcinek 1 pkt 4 sieci sanitarne (cena niższa o 31% od średniej ceny złożonych ofert),
- odcinek 2 w całości (cena niższa o 33% od średniej ceny złożonych ofert),
- odcinek 2 pkt. 2 przebudowa linii kablowych 0,4 kV (cena niższa o 85% od średniej ceny złożonych ofert),
- odcinek 6 pkt. 7.5 system obwodowy nawiewu powietrza na salach operacyjnych (cena niższa o 81% od średniej ceny złożonych ofert),
- odcinek 6 pkt 54. Instalacja centralnego ogrzewania, w tym (cena niższa o 38% od średniej ceny złożonych ofert).

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2015 r. (sygn. KIO 637/15) przepisy Pzp. wprost nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tym miejscu należy podkreślić, że wykazać, oznacza, coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Dla owego "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Co wystarczy dla owego "wykazania", to będzie zależało w szczególności od rodzajów kosztów, dokumentów załączonych do samej oferty, czy uwarunkowań rynkowych i innych zindywidualizowanych okoliczności. Z samego brzmienia przepisów art. 90 ust. 1 i ust. 3 Pzp wynika, że wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień popartych dowodami. Nie będą zatem spełniać przesłanki "wykazania" gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia". Udzielenie przez Wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone. W następstwie tego wezwania Odwołujący w piśmie z dnia 16 listopada 2020 r. wyjaśnił brak rażąco niskiej ceny i załączył jeden dowód, który miał na celu obalenie zarzutu rażąco niskiej ceny. Po przeanalizowaniu powyższych wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego Izba doszła do przekonania, że nie były one wystarczające do udowodnienia braku wystąpienia rażąco niskiej ceny. Izba stwierdziła, że znaczna część wyjaśnień Odwołującego stanowiła jedynie polemikę z Zamawiającym. Odwołujący w wyjaśnieniach stanął na stanowisku, że nie znajduje uzasadnienia postępowanie Zamawiającego polegające na wywodzeniu rzekomego występowania w sprawie rażąco niskiej ceny wynikającej z pojedynczych pozycji Formularza Cenowego. Z takim zapatrywaniem Odwołującego Izba nie mogła się zgodzić z uwagi na treść art. 90 ust.1 starej ustawy Pzp, gdzie ustawodawca posłużył się sformułowaniem: „jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Z brzmienia tego przepisu wynika w sposób jednoznaczny, z uwagi na wyrażenie „wydają się” zapisane w liczbie mnogiej, że chodzi zarówno o cenę, jak i koszt lub istotne ich części składowe, a nie tylko o cenę jako wartość całkowitą i ostateczną. W związku z tym, Izba stwierdziła, że z oświadczenia Zamawiającego wynikało, że zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wzbudziły jego wątpliwości, a Odwołujący przedstawił wyjaśnienia ogólne o charakterze wymijającym, nieskonkretyzowane i nie odnoszące się do treści wskazanego wezwania. Izba stwierdziła, że wyjaśnienia dotyczące ceny w ogóle nie odnosiły się do odcinka nr 2 - zagospodarowanie terenu, o co Zamawiający

wystąpił w wezwaniu. Pozycja ta miała charakter istotny z uwagi, że Odwołujący wycenił ją na kwotę 14.289.566,95 zł. Izba uznała również, że wyjaśnienie Odwołującego poprzez wskazanie, że linie kablowe 0,4 kV ujęte są w kilku różnych miejscach i żądania od Zamawiającego przeanalizowania wyceny całości instalacji elektrycznych zewnętrznych bez wskazania jakichkolwiek wartości szczegółowych, jedynie z powołaniem się na różnice w poszczególnych pozycjach innych oferentów nie mogło znaleźć uznania Izby, jako, że Zamawiający bez znajomości tych kosztów nie mógł dokonać oceny realności zadeklarowanego kosztu. Dalej Izba stwierdziła, że formularz cenowy Załącznik 8 do SIWZ nie wymieniał wszystkich instalacji opisanych w ww. projekcie i przedmiarze robót. W związku z tym wykonawcy mogli różnie przyporządkować zakresy do poz. 5.3 Instalacje centralnego ogrzewania. W ocenie Izby Odwołujący nie wycenił w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ wszystkich pozycji, niezależnie od tego nie wyjaśnił w ogóle jakie roboty i materiały kryły się za zadeklarowanymi wartościami w pozycji dotyczącej przebudowy linii kablowej 0,4 kV, jaki był koszt, cena jednostkowa za te roboty. Wyjaśnienia Odwołującego nie zawierały jakiegokolwiek kalkulacji pozwalającej na ocenę kosztów objętych wątpliwościami Zamawiającego, nie zawierały jakichkolwiek kosztów osobowych, kosztów materiałów, kosztów pośrednich, marży, a także zysków na kontrakcie, które to elementy miały podstawowe znaczenie dla oceny możliwości wykonania zamówienia w sposób należyty. Powyższego poglądu Izby nie zmieniła opinia przedstawiona przez Odwołującego z dokumentu prywatnego Biura Kosztorysowego z dnia 26 kwietnia 2021 r., gdzie autor przyznał, że „wartości realizacji prac są niższe od średnich wartości kosztorysowych m.in. ze względu na zastosowanie indywidualnych rabatów od cen katalogowych”, podczas gdy Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie podał jakie otrzymał rabaty i od jakich podmiotów. Zdaniem Izby Odwołujący nie wykazał braku wystąpienia rażąco niskiej ceny załączając do wyjaśnień jedynie dowód w postaci oferty z dnia 31 sierpnia 2020 r., dotyczącej wykonania instalacji gazów medycznych, a to z tego względu, że Zamawiający w tym zakresie nie formułował swoich wątpliwości, co do możliwości wystąpienia rażąco niskiego kosztu. W takim przypadku Zamawiający był zobowiązany do zastosowania przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Według zapatrywania Izby Zamawiający nie mógł dokonać oceny zaoferowanej ceny i zawartych w niej kosztów w sposób wszechstronny, z należyłą starannością, zgodnie z treścią przepisu art. 90 ust.3 ustawy Pzp, co skutkowało również koniecznością przyjęcia, że w takich warunkach Odwołujący nie skorzystał z możliwości przeprowadzenia skutecznie postępowania dowodowego w trybie przepisu art.90 ust.2 ustawy Pzp z przyczyn leżących po jego stronie. W ocenie Izby Zamawiający nie miał pełnego obrazu dotyczącego zaoferowanej przez Odwołującego ceny a wobec tego dokonana przez niego ocena wyjaśnień bez innych niezbędnych w tej sprawie dowodów złożonych przez Odwołującego, potwierdziła, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę lub koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia, bowiem Odwołujący skutecznie nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. Izba uznała, że wobec złożenia przez Odwołującego ogólnych, wymijających wyjaśnień odnoszących się do zaoferowanej ceny, zamiast takich, które by nawiązywały do precyzyjnego wezwania Zamawiającego, nie mógł on skorzystać z dobrodziejstwa ponownego wezwania, które jedynie uszczegóławiałyby określony element wyjaśnień. Powyższy pogląd prawny Izby został oparty o jednolitą linię orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (vide: wyroki KIO 1894/19, KIO 1362/19, KIO 1295/19) wykluczającej możliwość uznania za dowiedziony przez wykonawcę brak rażąco niskiej ceny w sytuacji przedłożenia przez niego ogólnych, niewyczerpujących i lakonicznych wyjaśnień. W wyroku z dnia 25 czerwca 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie o sygn. akt KIO 1036/19 wyraziła pogląd, że skierowanie powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień możliwe jest tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach i może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, np. gdy w świetle złożonych wcześniej wyjaśnień pojawiły się u zamawiającego nowe wątpliwości. Izba uznała, że Zamawiający miał podstawę prawną do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 4 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że wykonawca składając swoje wyjaśnienia wraz z kalkulacjami oraz dowodami nie udowodnił, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba stwierdziła także, iż Zamawiający nie naruszył przepisu art.92 ust.1 pkt 3 starej ustawy Pzp, bowiem ten w swoim rozstrzygnięciu powołał podstawę prawną opartą o przepis art. 89 ust.1 pkt 4 w związku z art. 90 ust.3 starej ustawy Pzp, a uzasadnienie faktyczne według zapatrywania Izby było adekwatne do treści wyjaśnień Odwołującego, które miały charakter ogólny, a w związku z tym Zamawiający nie miał możliwości odniesienia się do wyjaśnień, które nie

istniały, a te które zostały przez Odwołującego złożone nie miały znaczenia dla podjętej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Z powyższych powodów na podstawie art. 553 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Skargę na powyższe wywiódł odwołujący (...) S.A. zaskarżając wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w całości. Rozstrzygnięciu zarzucono:

I. naruszenie przepisów postępowania mających istotny wpływ na wynik sprawy, tj. :

1. art. 542 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej zwana „ Ustawa Nowe Pzp”) i art. 552 ust.1 Ustawy Nowe Pzp poprzez:

a) wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego nie wynikających, polegających na nieuzasadnionym przyjęciu, że cena zaoferowana przez Skarżącego jest rażąco niska, a Skarżący nie udzielił Zamawiającemu wskazówek pozwalających wyjaśnić wątpliwości Zamawiającego co do ceny;

b) wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego nie wynikających, polegających na nieuzasadnionym przyjęciu, że cena zaoferowana przez Skarżącego jest rażąco niska;

c) wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego nie wynikających, polegających na nieuzasadnionym przyjęciu, że Skarżący nie udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pozwalających zweryfikować wątpliwości Zamawiającego co do ceny;

d) wyprowadzenie z materiału dowodowego wniosków z niego nie wynikających, polegających na nieuzasadnionym przyjęciu, że odrzucenie oferty Skarżącego jest uzasadnione;

e) poprzez dowolną i wybiórczą ocenę materiału dowodowego i okoliczności sprawy i przyjęcie, że złożone przez Skarżącego wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny nie pozwalają wyjaśnić wątpliwości Zamawiającego co do ceny ofert, w tym poprzez pominięcie wniosków wynikających z opinii biura kosztorysowego (...) (w szczególności co do rynkowości ceny przyjętej przez Skarżącego) jak również pominięcie wyjaśnień Skarżącego i okoliczności sprawy dotyczących w szczególności: - ujęcia w wycenie Zamawiającego dodatkowych 20 % wartości na roboty dodatkowe;

- niemożliwość wykazania szczególnych metod kalkulacji i oszczędności w sytuacji gdy ceny oferty wszystkich Wykonawców były na zbliżonym poziomie;

- metodologii wyjaśnień przyjętej przez Skarżącego;

- nieobjęcia przedmiotem zamówienia całości przedmiotu wyceny Zamawiającego;

- wymagania wyjaśnień co do poszczególnych cen jednostkowych od Skarżącego przy braku wymagania takich wyjaśnień od pozostałych Wykonawców;

- akceptacji przez Zamawiającego u innych Wykonawców wyjaśnień sporządzonych wg. Metodologii podobnej do metodologii Skarżącego.

II. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj.:

a) art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (dalej zwana „Ustawa Dawne Pzp”) w zw. z art. 90 ust. 3 Ustawy Dawne Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuzasadnionym przyjęciu, że cena zaoferowana przez Skarżącego jest rażąco niska, a Skarżący nie udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pozwalających zweryfikować wątpliwości Zamawiającego co do ceny;

b) art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Dawne Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuzasadnionym przyjęciu, że cena zaoferowana przez Skarżącego jest rażąco niska;

c) art. 89 ust. 1 pkt 4 Ustawy Dawne Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuzasadnionym przyjęciu, że odrzucenie oferty Skarżącego jest uzasadnione:

d) art. 90 ust. 3 Ustawy Dawne Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuzasadnionym przyjęciu, że cena zaoferowana przez Skarżącego jest rażąco niska, a Skarżący nie udzielił Zamawiającemu wyjaśnień pozwalających zweryfikować wątpliwości Zamawiającego co do ceny.

Mając na uwadze powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku KIO i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uwzględnienie odwołania skarżącego i nakazanie przeciwnikowi skargi unieważnienia czynności odrzucenia oferty Skarżącego, ewentualnie w przypadku zawarcia umowy zmianę wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy. Skarżący wniósł także o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego oraz zasądzenie na rzecz Skarżącego solidarnie od Przeciwnika i Uczestnika przystępującego po stronie Przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego. Nadto, odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie wszystkich dowodów wskazanych w skardze, przeprowadzenie sprawy na rozprawie oraz udzielenie zabezpieczenia poprzez zakazanie Przeciwnikowi skargi zawarcia umowy.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości oraz o odrzucenie wniosku o udzielenie zabezpieczenia. Odpowiedź na skargę złożył również uczestnik postępowania przystępujący po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie skargi jako bezzasadnej oraz obciążenie Skarżącego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na wstępie analizy niniejszej sprawy należy wskazać 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: wprawPzp), 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 wprawPzp, do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie dPzp, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Przepis art. 92 ust. 1 ustawy wprawPzp stanowi natomiast, że do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r., oraz do właściwości sądów w sprawach skarg wniesionych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy wprawPzp 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 stan faktyczny związany z udzieleniem zamówienia publicznego zrealizował się w pełni przed 1 stycznia 2021 r., a zatem postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy dPzp, odwołanie zostało złożone natomiast w dniu 23 marca 2021 r., wyrok Krajowa Izba Odwoławcza wydała w dniu 29 kwietnia 2021 r., zaś skarga na ww. wyrok została złożona w dniu 24 maja 2021 r. Wobec tego z uwagi na treść powołanego art. 92 ust. 2 wprawPzp do postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do Sądu stosuje się przepisy ustawy nPzp.

Ponieważ Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 387 § 2[1] k.p.c. (który na podstawie art. 198a ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r./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) ograniczy się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Jednocześnie na podstawie art. 381 k.p.c. w zw. z 579 ust. 2 nPZP Sąd Okręgowy pominął zgłoszone w skardze wnioski dowodowe. W ocenie Sądu Okręgowego wnioskowane przez skarżącego dowody nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, a nadto w ocenie Sądu brak było jakichkolwiek przeszkód do zgłoszenia tych wniosków już w odwołaniu i w istocie zmierzają one do obejścia przepisu art. 583 nPZP.

Przechodząc natomiast wprost do oceny skargi, w ocenie Sądu Okręgowego skarga jako bezzasadna nie zasługiwała na uwzględnienie.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy w całości podziela bowiem ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. 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 natomiast KIO w sposób staranny przeprowadziła postępowanie dowodowe w niniejszej sprawie oraz w sposób wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób kompleksowy i bezstronny, nie narusza granic oceny swobodnej, jest zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawiera 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 ocenie Sądu Okręgowego Skarżący w uzasadnieniu skargi w istocie w przeważającej części powiela treści zawarte w uzasadnieniu odwołania wniesionego do KIO. W skardze brak jest konkretnych twierdzeń, które dyskwalifikowałyby prawidłowość motywów przedstawionych przez Izbę. Na brak zasadności skargi istotne znaczenie ma fakt, iż Skarżący nie podolał ciężarowi dowodowemu w przedmiocie wykazania braku rażąco niskiej ceny. Przepisy p.z.p. wprost nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Słusznie zostało podkreślone w wyroku KIO, że „wykazać” oznacza znacznie więcej a niżeli „wyjaśnić”. Nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy też uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Z brzmienia art. 90 ust 1 i ust 3 Pzp wynika, że wykonawca jest zobowiązany do złożenia wyjaśnień popartych dowodami. Nie będą zatem spełniać przesłanki zawartej w przywołanym przepisie głośowne, niczym nie poparte twierdzenia, sprowadzające się jedynie do polemiki. W wyroku KIO z dnia 2 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 311/17, został zaprezentowany pogląd, iż wskazywanie w wyjaśnieniach na relacje poszczególnych cen ofertowych, czy to do wartości oszacowania przedmiotu zamówienia, czy też średniej ceny arytmetycznej wszystkich złożonych ofert jest informacją zupełnie nieprzydatną dla wyjaśnienia czy cena oferty nie jest rażąco niska, gdyż Zamawiający kierując wezwaniem do wykonawcy te wszystkie informacje już posiada. Wykonawca w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny winien dostarczyć Zamawiającemu nowych, szerszych niż wynikające z jego oferty informacji, mających upewnić Zamawiającego, że zaoferowana przez wykonawcę cena została skalkulowana na rentownym dla niego poziomie i zawiera wszystkie wymagane koszty.

Oczywistym jest, i jest to już kwestia przesądzona wielokrotnie, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 90 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające zweryfikować się czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie co stoi w korelacji z dyspozycją art. 90 ust 3 ustawy, z której wynika, że zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień, lub jeżeli dokonana ocena złożonych przez wykonawcę wyjaśnień oraz dostarczonych

dowodów potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Złożenie dowodów odnoszących się do przyjętych założeń kalkulacyjnych stanowi konieczny element w procedurze wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny.

Ustawodawca w treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp bezpośrednio wskazał na konieczność złożenia wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów. Biorąc pod uwagę, że wezwanie kierowane jest do profesjonalnego uczestnika obrotu gospodarczego, wobec którego stosowany jest miernik podwyższonej staranności (art. 355 § 2 k.c.) winno się badać sprawę na potwierdzenie realności poszczególnych cen, do których zobowiązany ma dołączyć dowody.

Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązany jest wskazać co spowodowało obniżenie ceny, jak również podać jakie czynniki faktycznie wpłynęły na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają bowiem potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana. Tymczasem odwołujący udzielił ogólnikowych wyjaśnień, nie przedstawiając przy tym żadnych dowodów na potwierdzenie podniesionych w wyjaśnieniu argumentów. Niedostateczne wyjaśnienia stanowią podstawę odrzucenia oferty, gdyż same wyjaśnienia, a tym bardziej zawierające niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia można uznać za niezłożone, ponieważ to na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień (wyr. KIO z dnia 4 czerwca 2013 r., o sygn. akt 1187/13). Wskazówką dla wykonawcy składającego wyjaśnienia winien być przepis art. 90 ust. 3 dPzp, obecnie art. 224 ust. 6 nPzp, w którym jest mowa nie tylko o złożonych wyjaśnieniach, ale również o dowodach na ich potwierdzenie. Oczywistym jest zatem, że przedstawione wyjaśnienia winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami czego w niniejszej sprawie zdaniem Sądu Okręgowego trudno jest się dopatrywać, zresztą skarżący te okoliczności przyznaje wprost.

Dla wyliczenia wartości zamówienia niezbędne jest uwzględnienie wszystkich okoliczności mających wpływ na wysokość ceny, nawet, jeżeli wartości te nie są znaczne. Zamawiający oczekiwał od Odwołującego przedstawienia kalkulacji, która pozwoliłaby na dokonanie prawidłowej oceny zaoferowanej ceny i poszczególnych jej pozycji. Należało, więc uwzględnić całą strukturę ceny wraz z jej elementami szczegółowymi, czego w ocenie Sądu Okręgowego nie wykazał Skarżący, który swoje badanie ceny ograniczył wyłącznie do cen jednostkowych, pomijając ocenę ceny całkowitej. Skarżący ograniczał się wyłącznie do porównań statystycznych z innymi ofertami, na których to opierał swoje przekonanie, że cena prezentowanej przez niego oferty nie jest rażąco niska. Skarżący twierdził, iż jego oferta nie może zostać odrzucona z uwagi na rażąco niską cenę, ponieważ inni wykonawcy zaoferowali ceny na zbliżonych poziomach. Taka argumentacja nie mogła zasługiwać na akceptację Sądu Okręgowego z uwagi na fakt, iż inni wykonawcy swoją cenę wyjaśnili, obalając domniemanie rażąco niskiej ceny ich oferty, powołując właściwe, indywidualne okoliczności związane z dokonaniem przez nich szacowaniem ceny ofertowej. Oczywistym jest, że ww. twierdzenia nie mogą stanowić wyjaśnień w myśl przepisów ustawowych jak przyjętego orzecznictwa.

Skarżący podniósł zarzut pominięcia wniosków wpływających z przedstawionej przez niego w toku rozprawy opinii biura kosztorysowego (...), która miała potwierdzić, że zaoferowana przez Skarżącego cena nie jest rażąco niską. W ocenie Sądu Okręgowego zarzut ten nie mógł zasługiwać na uwzględnienie z uwagi na fakt, jak słusznie wskazuje również uczestnik postępowania (...) S.A. w W., iż wymieniony dokument powinien być przedłożony na etapie postępowania wyjaśniającego a nie na etapie postępowania odwoławczego. Przesłane po upływie terminu wskazanego w wezwaniu wyjaśnienia, nie mogą mieć żadnego znaczenia dowodowego. Podstawą oceny zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane Zamawiającemu na termin wskazany w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej, a Izba bada prawidłowość tej czynności Zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie o sygn. akt IV Ca 1299/09 stwierdzić należy, że składanie przez skarżącego dopiero na rozprawie, dodatkowych wyjaśnień i przedstawianie przed KIO nowych argumentów w celu wykazania prawidłowości zaoferowanej ceny, nie może być wzięte pod uwagę ani przez KIO ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy.

Informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane Zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia, a nie w toku postępowania odwoławczego przed KIO.

Reasumując, należy wskazać, że zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w pełni odpowiadał przepisom prawa procesowego i materialnego. Podniesione w skardze zarzuty nie zdołały natomiast obalić trafnego rozstrzygnięcia Izby w jakimkolwiek zakresie.

Powyższe zaś stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w oparciu o art. 588 ust. 1 nPzp.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 ust.1 nPZP. Postępowanie to zostało w całości przegrane przez skarżącego to zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz przeciwnika skargi. Na koszty poniesione przez przeciwnika skargi w toku postępowania skargowego składały się koszty zastępstwa prawnego ustalone na podstawie § 2 pkt 9 w zw. z § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015, poz. 1804 ze zm.). Odnośnie do stawki wynagrodzenia pełnomocnika, to uzupełniająco należy wskazać, że Sąd Okręgowy w składzie orzekającym w tej niniejszej uznaje, że nie ma żadnych prawnych podstaw do stosowania stawek obowiązujących w postępowaniu odwoławczym przed KIO w sytuacji gdy tylko ww. rozporządzenie określa stawki przed organami wymiaru sprawiedliwości. Należy też podkreślić, że w kognicji tutejszego Sądu nie ma kategorii spraw podobnych do skargi na orzeczenie KIO. Z tych względów jedynym wyznacznikiem stawki wynagrodzenia musi być wartość przedmiotu zamówienia – zaskarżenia.

Jednocześnie w ocenie Sądu Okręgowego brak było podstaw do zasądzenia kosztów postępowania skargowego również na rzecz podmiotu przystępującego do sprawy po stronie zamawiającego tj. (...) S.A. Przystępujący nie jest stroną postępowania skargowego lecz uczestnikiem postępowania funkcjonującym zawsze po którejś ze stron (w tym wypadku po stronie przeciwnika skargi – zamawiającego). Z tej przyczyny Sąd Okręgowy w pkt III wyroku oddalił wniosek (...) S.A. w W. o zasądzenie kosztów postępowania skargowego. Podkreślić należy, że w niniejszym postępowaniu przeciwnikiem skargi, czyli stroną postępowania skargowego był wyłącznie Zamawiający, natomiast wyżej powołany wykonawca był wyłącznie przystępującymi po stronie przeciwnika skargi. Oznaczało to, że pozycja procesowa tej spółki była analogiczna do pozycji interwenienta ubocznego w zwykłym postępowaniu cywilnym. Nie było natomiast w tym zakresie konieczne zgłoszenie interwencji ubocznej przez przystępującego. Sąd Okręgowy stoi bowiem na stanowisku, że przystępujący, jeśli wyrazi taką wolę, jest uczestnikiem postępowania skargowego bez konieczności zgłaszania interwencji ubocznej. Przystępujący nie jest nigdy stroną postępowania skargowego. Stroną takiego postępowania jest jedynie odwołujący, zamawiający i skarżący. Wobec czego, uczestnikowi nie przysługuje żądanie od przegranego zwrotu kosztów postępowania skargowego. Taki wniosek podlegał więc oddaleniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji wyroku.

Sędzia Sylwia Paschke