

Sygn. akt XXIII Zs 116/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 grudnia 2021 r.

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

Przewodniczący:	sędzia Bernard Litwiniec
-----------------	--------------------------

po rozpoznaniu w dniu 29 listopada 2021 r. w Warszawie

na rozprawie

1. sprawy o sygn. akt XXIII Zs 116/21 ze skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

z udziałem przeciwnika skargi zamawiającego(...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przy udziale przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie

zamawiającego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G.

na postanowienie o kosztach postępowania odwoławczego zawarte w pkt 3 i 3.2

wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2021 r. sygn. akt KIO 2184/21

I. oddala skargę,

II. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. 450 (czterysta pięćdziesiąt) zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

2. sprawy o sygn. akt XXIII Zs 121/21 ze skargi przeciwnika odwołującego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

z udziałem zamawiającego (...) spółki z

ograniczoną odpowiedzialnością w K.

oraz przeciwnika skargi odwołującego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

w P.

na pkt. 1 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia

2021r.

sygn. akt KIO 2184/21

I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 1 i oddala odwołanie oraz w pkt 3 w ten sposób, że obciąża odwołującego (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w P. kosztami postępowania odwoławczego w całości a w pkt 3.2 zasądza od odwołującego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz zamawiającego (...) spółki z

ograniczoną odpowiedzialnością w K. 3 895,50 zł (trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt pięć zł 50 gr) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

II. zasądza od przeciwnika skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz skarżącego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w G. 30 617zł (trzydzieści tysięcy sześćset siedemnaście) zł tytułem kosztów postępowania skargowego.

III. zasądza od przeciwnika skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz zamawiającego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. 5 400 zł (pięć tysięcy czterysta) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Bernard Litwiniec

Sygn. akt XXIII Zs 116/21

XXIII Zs 121/21

UZASADNIENIE

(...) sp. z o.o. w K. (dalej też (...) sp. z o.o.) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na kontrolę biletów w pojazdach (...)sp. z o.o. w K. (znak postępowania: (...)). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 14 kwietnia 2021 r. pod numerem (...).

W dniu 20 lipca 2021 r. wykonawca (...) sp. z o.o. w P. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 224 ust. 6 w związku z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz w związku z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak odrzucenia oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. w G. (dalej też Wybrany wykonawca), pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt, złożone przez Wybranego wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a Wybrany wykonawca pomimo ciężącego na nim obowiązku nie przedstawił wyjaśnień ani dowodów, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny;
2. naruszenie art. 16 w związku z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na wielokrotnym wzywaniu wykonawcy (...) sp. z o.o. do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz uznaniu, że Wybrany Wykonawca podolał wykazaniu że cena nie jest rażąco niska;
3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) sp. z o.o. pomimo, iż zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;
4. naruszenie art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej "ZNKU") przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez Wybranego wykonawcę w przedmiocie rażąco niskiej ceny pomimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ZNKU określającego definicję legalną pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”;
5. naruszenie art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez (...) sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, a w jej miejsce za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego.

W oparciu o ww. zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty ogłoszonej 15 lipca 2021 r.;

2. odrzucenie oferty (...) sp. z o.o. z uwagi na to, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę oraz koszt, a Wybrany wykonawca nie wyjaśnił należycie wątpliwości w zakresie rażąco niskiej ceny;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania, oceny ofert, w tym oferty Odwołującego;
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wraz z kosztami dojazdu na rozprawę według norm przepisanych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 sierpnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

W wyroku z dnia 13 sierpnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza w pkt 1. uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. w G. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.; w pkt 2. oddaliła odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 4. petitum odwołania; w pkt 3. kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w części 1/2 oraz Odwołującego w części 1/2: w ppkt 3.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 14 991,57 zł stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika i noclegu; w ppkt 3.2. zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 605 zł.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Ponadto w ocenie Izby Odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę (...) sp. z o.o. w G., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 21 lipca 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, SWZ wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę (...) wraz z wyjaśnieniami ceny z dnia 23 czerwca oraz 8 lipca 2021 r., wezwania skierowane do (...) pismem z dnia 21 czerwca 2021 r., 8 i 13 lipca 2021 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15 lipca 2021 r. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach, w tym odpowiedzi na odwołanie, a także ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 11 sierpnia 2021 r. Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Przystępującego, tj. korespondencję elektroniczną z dnia 11 sierpnia 2021 r. oraz wydruk ze strony internetowej (...).

Na podstawie tak zgromadzonego materiału dowodowego Izba uwzględniła odwołanie w części.

Izba uznała zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8, art. 224 ust. 1, ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. (dalej Przystępujący) za zasadne.

Odnosząc się do zarzutów w pkt 1-3 jako opartych na wspólnych okolicznościach faktycznych Izba wskazała, że przedmiotem sporu było rozstrzygnięcie, czy wykonawca (...) sp. z o.o. wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących zaoferowanej ceny sprostował ciężarowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, a w konsekwencji czy Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił złożone przez wykonawcę wyjaśnienia poziomu ceny. Jednocześnie oceny wymagała czynność ponownego wezwania w dniu 8 lipca 2021 r. wykonawcy (...) sp. z o.o. do złożenia dodatkowych wyjaśnień ceny oferty.

Zdaniem Izby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy czynności Zamawiającego zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Opierając się na treści art. 16 ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 ustawy Pzp, art. 224 ust. 4 ustawy Pzp, art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, art. 224 ust. 6 ustawy Pzp. a także utrwalonym pod rządami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych orzecznictwie Izba wskazała, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę (...) w przedmiocie ceny oferty była nieprawidłowa. W ocenie Izby wyjaśnienia złożone przez wykonawcę nie zostały przedstawione w sposób wyczerpujący, nie czyniły zadość wymaganiom Zamawiającego wskazanym w treści wezwania z dnia 21 czerwca 2021 r., w szczególności w zakresie przedstawienia kalkulacji ceny oferty w zakresie podanych przez Zamawiającego kluczowych aspektów zamówienia (kosztów pracy z uwzględnieniem liczby osób dedykowanych do realizacji zamówienia oraz zakładanej liczby kontroli do wykonania w każdym miesiącu, kosztów administracji, kosztów telekomunikacyjnych, kosztów materiałów eksploatacyjnych, kosztów wysyłki korespondencji w tym wezwań do zapłaty oraz kosztów zabezpieczenia przed COVID – 19) oraz złożenia dowodów, a ich ocena została przeprowadzona przez Zamawiającego z uchybieniem należytej staranności. Podkreślić należy, iż złożone przez Przystępującego wyjaśnienia ceny oferty opierały się w dużej mierze na nic nie wnoszących do sprawy ogólnikach, deklaracjach wykonawcy często formułowanych w ramach procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny, iż w kalkulacji ceny ofertowej uwzględniono wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami SWZ. Innymi słowy, zdaniem Izby, Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach ceny oferty nie podał dostatecznych argumentów potwierdzających prawidłowość kalkulacji ceny. Izba podkreśliła, że w okolicznościach niniejszej sprawy wyjaśnienia złożone przez (...) sp. z o.o. były na tyle lakoniczne, że nie przedstawiono w nich nawet zakładanego przez Wykonawcę zysku z tytułu realizacji niniejszego zamówienia. Nie mniej istotną okolicznością w ocenie Izby było także to, że suma składników cenowych podanych w wyjaśnieniach poziomu ceny z dnia 23 czerwca 2021 r. nie odpowiadała wysokości świadczenia usługi w kwocie 8 790 zł netto/mc.

Izba wskazała ponadto, że Przystępujący nie odniósł się do twierdzeń Odwołującego i nie przedstawił żadnej argumentacji uzasadniającej znaczne obniżenie ceny oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia (259 480,80 zł) o 180 072, zł, tj. ok. 40% względem oferty złożonej przez (...) sp. z o.o. dwa tygodnie wcześniej w poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego o tożsamym przedmiocie zamówienia (439 552,80 zł), które zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp. (...) sp. z o.o. nie odniósł się także do stanowiska Odwołującego, który zwracał uwagę, iż w lutym 2020 r. Zamawiający zawarł z (...) sp. z o.o. aneks do umowy z dnia 27 kwietnia 2018 r., w ramach którego podwyższono wynagrodzenie (...) sp. z o.o. z kwoty 9 900 zł do kwoty 11 278,92 zł netto/mc, podczas gdy w obecnym postępowaniu na świadczenie usług kontroli biletów w pojazdach Zamawiającego, (...) zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę niższą o 2 488,92 zł, tj. 8 790 zł netto/mc. Powyższe tym bardziej budziło uzasadnione wątpliwości Izby wobec wzrostu kosztów pracy i towarów względem roku 2020.

Izba uznała za spóźnione podjęcie przez wykonawcę (...) sp. z o.o. próby wyjaśnienia zawartych w piśmie z dnia 23 czerwca 2021 r. haseł oraz przedstawienia dowodu wskazującego na wysokość otrzymanego dofinansowania ze środków unijnych przeznaczonych na system wspomaganie kontroli oraz windykacji. Za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba uznała dowód w postaci korespondencji elektronicznej pomiędzy (...) sp. z o.o. a (...) Sp. z o.o. z siedzibą w G. zawierający zestawienie mandatów wystawionych w G. przez (...) Sp. z o.o. w latach 2017 – 2021.

Konkludując powyższe Izba wskazała, że wyjaśnienia ceny oferty złożone przez (...) pismem z dnia 23 czerwca 2021 r. były niewystarczające, nie przedstawiały sposobu zbudowania ceny ofertowej, gdyż nie zawierały konkretnej wielkości kosztów, ewentualnie innych czynników, które wskazywałyby, że wykonawca jest w stanie rzetelnie wykonać przedmiotowe zamówienie, a przedłożone przez Przystępującego dowody nie przedstawiały w jaki sposób miały one wpływ na zaoferowaną cenę. Z powyższych względów złożone wyjaśnienia poziomu ceny nie zasługiwały w ocenie Izby na pozytywną ocenę.

Rację w ocenie Izby miał Odwołujący wskazując, że w świetle lakonicznych wyjaśnień poziomu ceny, które nie zostały poparte rzeczowymi dowodami, ponowne wezwanie skierowane do wykonawcy (...) było nieuprawnione w świetle przepisów ustawy Pzp, a w szczególności godziło w naczelne zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, o których mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający w piśmie z dnia 8 lipca 2021 r. zauważył, że pierwsze wyjaśnienia złożone przez (...) były niewystarczające, ogólne, a złożone dowody nie obrazowały sposobu kalkulacji ceny.

Opierając się na art. 16 ustawy Pzp Izba nie mogła wziąć pod uwagę wyjaśnień ceny oferty złożonych przez (...) pismem z dnia 12 lipca 2021 r.

W ocenie Izby wykonawca (...) nie dołożył należytej staranności w wyjaśnieniu Zamawiającemu sposobu kalkulacji ceny ofert, przez co w konsekwencji nie wykazał, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Jednocześnie w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający bezpodstawnie wezwał wykonawcę (...) do złożenia ponownych wyjaśnień ceny oferty. Oferta wykonawcy (...) podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty (...) jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, jak również związany z ww. zarzutami – zarzut uchybienia art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie naczelných zasad prowadzenia postępowania.

Izba wskazała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 18 ust. 1 w zw. z art. 18 ust. 3 ustawy Pzp, art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie uznania za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach udzielonych przez (...) w przedmiocie rażąco niskiej ceny pomimo niespełnienia przesłanek z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określającego definicję legalną pojęcia „tajemnica przedsiębiorstwa”.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy wykonawca (...) nie przedstawił uzasadnienia objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień ceny ofert zawartych w piśmie z dnia 12 lipca 2021 r. wraz z ich przekazaniem Zamawiającemu. Rzeczony uzasadnienie zostało uzupełnione przez (...) dopiero w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 13 lipca 2021 r. Tym samym (...) nie zastrzegł w ocenie Izby skutecznie tajemnicą przedsiębiorstwa wyjaśnień poziomu ceny złożonych pismem z dnia 12 lipca 2021 r.

W przedmiotowej sprawie Izba nie nakazała Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnień ceny oferty złożonych przez (...) pismem z dnia 12 lipca 2021 r. z uwagi na okoliczność, iż oferta tego wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw.

z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, tym samym cel odwołania, tj. wyeliminowanie oferty (...) został osiągnięty. Skoro zatem Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty (...) jako zawierającej rażąco niską cenę, to w świetle art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp ujawnienie wyjaśnień ceny oferty było niedopuszczalne Tym samym przedmiotowy zarzut jakkolwiek w ocenie Izby zasadny, pozostawał bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia i podlegał oddaleniu.

Za niezasadną Izba uznała argumentację Zamawiającego, który wskazał, że Odwołujący nie odwołał się od zaniechania uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawcy (...) za bezskuteczne. Powyższemu zdaniem Izby przeczyła treść petitum odwołania – pkt 4 oraz uzasadnienia odwołania, w szczególności zawartego na str. 13. W ocenie Izby całościowa lektura odwołania prowadziła do wniosku, iż Odwołujący zakwestionował zaniechanie Zamawiającego polegające na uznaniu za bezskuteczne zastrzeżenia całości informacji zawartych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wykonawcy (...). Jednocześnie Izba wskazała, że jak wynika z art. 555 ustawy Pzp Izba związana była zarzutami odwołania, a poza sporem było to, że zarzut w ww. zakresie został podniesiony w odwołaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b), d) oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). W ocenie Izby odwołujący we wniesionym odwołaniu zawarł w istocie dwa zarzuty, z uwagi na tę okoliczność Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego w części 1/2 i Odwołującego w części 1/2.

Skargę (sygn. akt. XXIII Zs 116/21) na powyższe wywiódł Odwołujący (...) sp. z o.o. zaskarżając wyrok KIO w części, tj. co do punktu 3 orzeczenia. Rozstrzygnięciu zarzucono naruszenie:

przepisów postępowania mającego istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia tj.:

1. art. 575 pzp przez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, co doprowadziło do przyjęcia, że zamawiający i odwołujący odpowiadają za koszty postępowania odwoławczego po 1/2, podczas gdy przy rozdzieleniu kosztów postępowania odwoławczego, zgonie ze wskazanym przepisem, tj. stosownie do wyniku postępowania, to Zamawiający powinien ponieść koszty postępowania odwoławczego w całości,

przepisów prawa materialnego tj.:

2. §7 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) poprzez jego niezastosowanie i brak odstąpienia od rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z zasadą wskazaną w §7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ww. rozporządzenia, podczas gdy zachodził przypadek uzasadniający odstąpienie od rozliczenia kosztów postępowania ww. sposób, w szczególności z uwagi na fakt, że wszystkie zarzuty podniesione przez odwołującego zostały uwzględnione co do zasady, a nadto rodzaj i waga zarzutów uwzględnionych przez KIO miały wpływ na wynik całego postępowania i uwzględnienie wszystkich żądań Odwołującego,

3. §7 ust. 2 pkt 2 i ust. 3 w zw. z §5 pkt 1 i 2 lit. a i b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) przez ich niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że koszty postępowania odwoławczego winny zostać rozliczone po połowie, podczas gdy KIO uwzględniła 4 zarzuty Odwołującego (zarzut 1,2,3 i 5) a oddaliła jedynie 1 zarzut odwołania (zarzut nr 4), stąd stosując zasadę stosunkowego rozdzielnia kosztów odwołujący powinien ponieść koszty postępowania w 1/5, a Zamawiający w 4/5

W uwagi na powyższe zarzuty skarżący (...) sp. z o.o. wniósł o zmianę pkt 3 zaskarżonego wyroku i obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego (skarżącego) kwoty 7 495 zł. Ewentualnie wniósł o zmianę pkt 3 zaskarżonego wyroku i obciążenie Zamawiającego w kosztami postępowania odwoławczego w 4/5 oraz Odwołującego w 1/5 a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego (skarżącego) kwoty 4 497 zł. W każdym przypadku skarżący (...) sp. z o.o. wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Na rozprawie w dniu 29 listopada 2021 r. w odpowiedzi na wniesioną skargę Zamawiający wniósł o jej oddalenie oraz zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania. W przypadku uwzględnienia skargi Zamawiający wniósł o zmianę pkt 3.2 wyroku poprzez zasądzenie na rzecz (...) sp. z o.o. od (...) sp. z o.o. 895,50 zł. Przystępujący po stronie zamawiającego (...) sp. z o.o. wniósł o zasądzenie kosztów postępowania wywołanych skargą (...) sp.o.o.

Skargę (sygn. akt XXIII Zs 121/21) na rozstrzygnięcie KIO wywiódł także Przystępujący (...) sp. z o.o. zaskarżając wyrok KIO w części, tj., w zakresie pkt 1 orzeczenia. Rozstrzygnięciu zarzucono naruszenie:

przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia, tj.:

1. art. 542 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 224 ust. 1 oraz ust. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp przez naruszenie przez KIO zasad wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów przy jego ocenie, z pominięciem zasady logicznego wnioskowania i doświadczenia życiowego, prowadzące do wydania rozstrzygnięcia w oparciu o błędne pod względem logicznym ustalenia oraz dokonanie ustaleń faktycznych sprzecznych z treścią materiału dowodowego oraz sprzecznych z zasadami logiki wnioskowania, w szczególności poprzez:

- uznanie, że wyjaśnienia Skarżącego z dnia 23 czerwca 2021 r. były ogólnikowe, lakoniczne, nie dostarczały dostatecznych argumentów dotyczących rzetelności kalkulacji ceny oraz dowodów na tę okoliczność (i tym samym zaniechanie ustalenia, że wyjaśnienia te były wystarczające i nie miały charakteru ogólnego),
- ustalenie, że suma składników cenowych podanych w wyjaśnieniach Skarżącego z dnia 23 czerwca 2021 r. nie odpowiadała wysokości świadczenia usługi w kwocie 8.790,00 zł netto/mc,
- uznanie, że dokonana przez Zamawiającego ocena wyjaśnień Skarżącego z dnia 23 czerwca 2021 r. dotyczących poziomu ceny zaoferowanej w ofercie nie była prawidłowa (i tym samym zaniechanie ustalenia, że ocena była prawidłowa),
- pominięcie przy rozważaniu materiału i analizie prawidłowości działań i zaniechań Zamawiającego, w tym przy ocenie wyjaśnień Skarżącego, treści wezwania Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2021 r. i jego ogólnego charakteru (i tym samym zaniechanie ustalenia, że wezwanie to miało charakter ogólny),
- pominięcie przy rozważaniu materiału i analizie prawidłowości działań i zaniechań Zamawiającego wyjaśnień Skarżącego z dnia 12 lipca 2021 r. (i tym samym zaniechanie ustalenia, że Skarżący wykazał, że cena nie była rażąco niska),
- pominięcie dowodów i argumentacji przedstawionych przez Skarżącego w toku postępowania odwoławczego przy rozważaniu materiału i analizie (i tym samym zaniechanie ustalenia, że Skarżący wykazał, że cena nie była rażąco niska),
- przyjęcie, że Zamawiający uznał wyjaśnienia z dnia 23 czerwca 2021 r. za mające charakter ogólnikowy i niepełny (i tym samym zaniechanie ustalenia, że Zamawiający uznał te wyjaśnienia za prawidłowe),
- pominięcie przyczyn, dla których Zamawiający wezwał Skarżącego do wyjaśnienia ceny oferty i do ponownego jej wyjaśnienia (i tym samym zaniechanie ustalenia, że Zamawiający nie miał uzasadnionych wątpliwości co do ceny oferty, a wezwanie było czynione jedynie dla przyspieszenia postępowania),
- pominięcie stanowiska i argumentów Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 sierpnia 2021 r. oraz z rozprawy przed KIO, świadczących o prawidłowości jego działań względem Skarżącego, w tym zaniechanie ustalenia, że Zamawiający miał świadomość kosztów realizacji umowy,
- pominięcie i zaniechanie ustalenia, że nawet błędnie przyjmując wyższą wysokość kosztów świadczenia usługi prezentowaną przez Odwołującego w odwołaniu, koszty te byłyby znacznie niższe od wynagrodzenia, jakie Skarżący otrzymywałby na gruncie umowy z Zamawiającym,
- zaniechanie ustalenia, że wynagrodzenie w postępowaniu składało się z dwóch składników - stałego miesięcznego wynagrodzenia oraz 100 % wpływów z opłat,
- zaniechanie ustalenia wysokości wpływów z opłat i ich znaczenia w sprawie,

podczas gdy prawidłowa ocena materiału winna prowadzić KIO do sformułowania wniosków odmiennych, w szczególności do przyjęcia i poczynienia ustaleń, że Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny wyjaśnień Skarżącego z dnia 23 czerwca 2021 r. jako nielakonicznych i nieogólnikowych; że możliwe było ponowne wezwanie

Skarżącego do złożenia wyjaśnień; że w okolicznościach tej sprawy wykazywały one brak rażąco niskiej ceny, co dodatkowo potwierdziły zarówno dowody i argumentacja Skarżącego w toku postępowania odwoławczego, ale również twierdzenia Zamawiającego, jak i samego Odwoływającego, a zatem, że w postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów Pzp;

2. art. 534 ust. 1 Pzp oraz art. 537 pkt 1 Pzp oraz art. 542 ust. 1 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie przez KIO, że Skarżący nie mógł przedstawiać argumentacji i dowodów na etapie postępowania odwoławczego, podczas gdy przepisy te wprowadzają niewątpliwie uprawnienie Skarżącego (a wręcz obowiązek) wykazania przed KIO, że cena oferty nie była rażąco niska, które to uprawnienie/obowiązek byłoby iluzoryczne i niewykonalne bez możliwości podnoszenia argumentacji i dowodów na etapie tego postępowania;

3. art. 534 ust. 1 Pzp oraz art. 537 pkt 1 Pzp poprzez jego niezastosowanie przez KIO i błędne pominięcie, że na Odwoływającym ciążył obowiązek wykazania twierdzeń, z których wywodził skutki prawne, i pominięcie, że nie wykazał on, aby cena oferty Skarżącego była ceną rażąco niską, w tym nie wykazał, jakie są rzekomo rzeczywiste koszty wykonania zamówienia na rzecz Zamawiającego, jak i że rzekomo przewyższają one cenę oferty Skarżącego;

naruszenie prawa materialnego, tj.:

1. art. 16 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp oraz art. 224 ust. 5 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie przez KIO, że Zamawiający nie był uprawniony w okolicznościach sprawy do ponownego wezwania Skarżącego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty, jak i że błędnie uznał, iż Skarżący nie podolał wykazaniu, że cena nie jest rażąco niska podczas gdy w okolicznościach sprawy, wobec ogólnej charakteru wezwania Zamawiającego z dnia 21 czerwca 2021 r., nieprecyzującego źródła wątpliwości dotyczących ceny oferty Skarżącego oraz konkretnych składników, które winny być wyjaśnione, był on uprawniony do wezwania Skarżącego do złożenia dodatkowego wyjaśnienia;

2. art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 224 ust. 1 oraz ust. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i błędne uznanie przez KIO, że Zamawiający winien był odrzucić ofertę Skarżącego z uwagi na fakt, iż Skarżący nie wykazał w wyjaśnieniach z dnia 23 czerwca 2021 r., że cena nie jest rażąco niska, a także poprzez uznanie, że wyjaśnienia te nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, podczas gdy wyjaśnienia te w sposób prawidłowy dostarczyły wymaganych przez Zamawiającego informacji i potwierdziły, że cena jest prawidłowo skonstruowana i nie nosiła znamion rażącego zaniżenia; a także że wobec ich nielakonicznego charakteru możliwe było złożenie dodatkowych wyjaśnień w dniu 12 lipca 2021 r., które potwierdziły także rzetelność kalkulacji ceny oferty przez Skarżącego;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp i art. 239 ust. 1 oraz art. 16 Pzp poprzez błędne uznanie przez KIO, że oferta Skarżącego podlegała odrzuceniu z uwagi na rażąco niską cenę oferty, wobec niewykazania przezeń, że cena nie jest rażąco niska, jak i poprzez uznanie, że wybór oferty Skarżącego w tych okolicznościach naruszał naczelną zasadę postępowania w sprawie zamówienia publicznego, podczas gdy Skarżący wykazał w złożonych wyjaśnieniach, jak i w toku postępowania odwoławczego, że cena została prawidłowo skonstruowana i nie nosi znamion rażącego zaniżenia, a tym samym, że była ofertą najkorzystniejszą i mogła być skutecznie wybrana, a w konsekwencji wybór oferty Skarżącego nie mógł być uznany za naruszenie przez Zamawiającego zasady zakładającej obowiązek przygotowywania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty i proporcjonalny.

Skarżący wniósł o uwzględnienie skargi oraz zmianę wyroku w zaskarżonej części i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie odwołania Odwoływającego - (...) sp. z o.o. z dnia 19 lipca 2021 r. również w zakresie zarzutów wskazanych w pkt 1, 2, 3 i 5 petitum tego odwołania a także o zasądzenie od Przeciwnika skargi - Odwoływającego - na rzecz Skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym wpisu od skargi, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, kosztów zastępstwa procesowego. Ponadto skarżący wniósł o przeprowadzenie dowodów z

dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, zwłaszcza tych wskazanych w uzasadnieniu, na okoliczności wynikające z uzasadnienia.

W odpowiedzi (...) sp. z o.o. w P. wniosło o oddalenie skargi z dnia 13 września 2021 r. na wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2021 r., sygn. 2184/21 złożonej przez (...) sp. z o.o. jako bezzasadnej oraz zasądzenie od Skarżącego (...) sp. z o.o. na rzecz Odwołującego (...) sp. z o.o. kosztów postępowania skargowego oraz opłaty od pełnomocnictwa, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający przyłączył się do stanowiska skarżącego i wniósł o zasądzenie kosztów.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odnosząc się do skargi (sygn. akt. XXIII Zs 121/21), (...) sp. z o. o., który w postępowaniu odwoławczym przystępował po stronie zamawiającego, należy uznać ją za zasadną.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest udzielenie zamówienia wykonawcy, który wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia, określonymi przez zamawiającego. Ustawodawca nie zdefiniował terminu „rażąco niskiej ceny”, jednakże na podstawie dotychczasowego orzecznictwa należy wskazać, że termin ten dotyczy ceny oderwanej całkowicie od realiów rynkowych (zob. wyrok SO w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r. XIX Ga 128/08, wyrok KIO z 28 marca 2013 r., KIO 592/13, wyrok KIO z dnia 4 sierpnia 2011 r. KIO 1562/11, wyrok KIO z 17 czerwca 2019 r. , KIO 992/19). Zgodnie z art. 224 ust. 1. Pzp jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. W wyroku z 24 listopada 2017 r. KIO 2373/17 KIO wyjaśnia, że „Ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku(...)”

Treść art. 224 ust. 2 pzp wskazuje ponadto, że w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zaznaczenia wymaga, że wszystkie wskazane wyżej mierniki nie mają charakteru automatycznego i bezwzględnego, tzn. spełnienie się którejkolwiek ze wskazanych okoliczności np. różnica 30 % ceny oferty badanej w stosunku do którejkolwiek ze wskazanych wyżej mierników, nie powoduje konieczności każdorazowego wezwania wykonawcy do wyjaśnień podejrzenia rażąco niskiej ceny. W każdym przypadku to zamawiający dokonuje oceny, czy określona okoliczność, w stanie faktycznym konkretnej sprawy, skutkuje powstaniem owego podejrzenia.

Celem powyższej procedury jest definitywne rozstrzygnięcie czy dana oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 pzp, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, czy podlega odrzuceniu jako oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podkreślenia wymaga, że o tym, czy cena lub koszt oferty są rzeczywiście rażąco niskie, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały,

w szczególności wyjaśnienia wykonawcy i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Błędne jest zatem przyjmowanie, że cena poniżej pewnego poziomu jest ceną rażąco niską. Sąd rozpoznający niniejszą skargę aprobuje przy tym stanowisko Sądu Okręgowego w Katowicach wyrażone w wyroku z dnia 21 czerwca 2010 r. (XIX Ga 175/10) w którym stwierdzono, że „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny „rażąco niskiej” , a nie ceny „niskiej”. Te dwa pojęcia nie są tożsame.”

Zgodnie z art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Wykonawca powinien przedłożyć takie dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Nie zmienia to jednak faktu, że zamawiający w wezwaniu wykonawcy powinien w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień a także określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Zamawiający może także żądać doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazywanych przez wykonawcę wyjaśnień (zob. Wyrok KIO z 6 sierpnia 2015 r. KIO 1490/15, KIO 1577/15, KIO 1584/15 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. V Ga 122/10).

Art. 224 ust. 3 pzp zawiera czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, należy jednak pamiętać, że jest to katalog otwarty.

Przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającego w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Daje to możliwość przedstawienia każdego dowodu, należy jednak mieć na uwadze, że dowód ten musi być adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodu w swoich wyjaśnieniach (zob. wyrok KIO z 19 kwietnia 2019 r., KIO 619/19). W sprawie niniejszej zasadnicze znaczenie ma jednak ustalenie, czy ofertowa cena skarżącego ma cechy ceny rażąco niskiej w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Sądu Okręgowego, przy uwzględnieniu wyżej powołanego orzecznictwa sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej, cena ofertowa Skarżącego nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu powołanej ustawy.

Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT stanowiła wartość 333 600 zł. Odwołujący swoją ofertę skalkulował na poziomie 309 258 zł a Skarżący na poziomie 259 480,80 zł. Treść art. 224 ust. 2 pzp wskazuje, że w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień. W realiach niniejszej sprawy w pierwszym wypadku tj. przy uwzględnieniu wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania i ceny całkowitej oferty złożonej przez skarżącego – ta ostatnia jest niższa o ok. 22% od wartości zamówienia, w drugim wypadku średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert to 284 369,4 a cena ofertowa Skarżącego jest niższa od niej o niecałe 9%. Już tylko te dane nie dają podstaw do uznania, że cena ofertowa skarżącego jest rażąco niska, gdyż zasadniczo nie odbiega ona w sposób istotnie znaczący od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen ofert złożonych w postępowaniu, co przesądza o zasadności skargi. Wprawdzie z przepisów ustawy nie wynika wprost, że w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu to cena oferty nie ma cech rażąco niskiej, jednak ten wskaźnik należało wziąć pod uwagę przy ocenie zasadności skargi.

Zgodnie z powołanym wyżej stanowiskiem KIO przedstawionym w wyroku z 24 listopada 2017 r. KIO 2373/17 KIO rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej, a nadto przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę w oferowanej cenie byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku.

Sąd Okręgowy uznał, że materiał dowodowy zebrany w sprawie także nie daje podstaw do uznania, że cena ofertowa skarżącego spełnia którykolwiek z powołanych wyżej kryteriów, o czym szerzej będzie mowa poniżej.

Okolicznością bezsporną jest, że zamawiający pismem z dnia 21 czerwca 2021 r. wezwał (...) sp. z o.o. w trybie art. 224 ust. 1 pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w złożonej ofercie. Zamawiający poinformował (...) sp. z o.o., że „cena złożonej przez (niego) oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia”.

W odpowiedzi z dnia 23 czerwca 2021 r. wykonawca przedstawił wysokość kosztów wskazanych przez Zamawiającego a ponadto wyjaśnił, że „koszty te zostaną pokryte z wyegzekwowanych wpłat z opłat dodatkowych i opłat manipulacyjnych”. Do złożonych wyjaśnień (...) sp. z o.o. dołączył ponadto potwierdzenia otrzymania środków z (...) S.A. a także faktury wystawione na rzecz (...) sp. z o.o. z których można wywnioskować procentowy udział wyegzekwowanych wpłat z opłat dodatkowych i opłat manipulacyjnych. Wezwaniem z dnia 8 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał (...) sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny złożonej w ofercie informując, że „dokonał oceny złożonych wyjaśnień i wnosi o wyjaśnienia dotyczące ich treści, jak i załączonych załączników”. W ocenie Sądu ponowne wezwanie Zamawiającego należy traktować jako doprecyzowanie wcześniej wskazanych wyjaśnień, co czyni zasadnym zarzut naruszenia art. 16 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp oraz art. 224 ust. 5 Pzp. Zaznaczenia wymaga, że wezwanie wykonawcy do doprecyzowania wyliczeń ceny ofertowej nie musi świadczyć o tym, że pierwsze wyjaśnienia były zbyt ogólnikowe czy niekonkretne. W okolicznościach niniejszej sprawy nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Izby, że wyjaśnienia ceny oferty złożone przez (...) sp. z o.o. z dnia 23 czerwca 2021 r. były niewystarczające, co przełożyło się na bezpodstawne - w ocenie Izby, wezwanie (...) sp. z o.o. do złożenia „ponownych: wyjaśnień ceny oferty, gdyż oferta wykonawcy (...) sp. z o.o. podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy pzp. Trzeba podzielić stanowisko Skarżącego, że wezwania zamawiającego do złożenia wyjaśnień, o jakich była wyżej mowa, w szczególności sformułowania ażeby wykonawca „dokonał oceny złożonych wyjaśnień” czy złożył „wyjaśnienia dotyczące ich treści, jak i załączonych załączników” mają zbyt ogólnikowy charakter i nie można w tej sytuacji uznać, że złożone przez skarżącego wyjaśnienia nie miały wystarczająco sprecyzowanych danych dotyczących wyliczeń ceny. Trzeba wreszcie mieć na uwadze, że – jak wyżej wskazano, Zamawiający w wezwaniu Wykonawcy miał obowiązek w sposób możliwie precyzyjny określić żądany zakres wyjaśnień, a także określić konkretne wątpliwości odnoszące się do podejrzenia rażąco niskiej ceny. Skarga zasadnie wskazuje, że tego wymogu wezwanie Zamawiającego nie spełniało z uwagi na dość ogólnikowe sformułowania w zakresie żądania zakresu wyjaśnień. W szczególności w sposób jednoznaczny Skarżący nie został wezwany do przedstawienia precyzyjnego sposobu kalkulacji kosztów. Należało też mieć na uwadze, że nie ma ustalonego wzorca wyjaśnień ceny oferty.

Powyższe wskazuje na zasadność podniesionych w skardze zarzutów dotyczących naruszenia art. art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 224 ust. 1 oraz ust. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp odnoszącego do błędnego uznania przez KIO, że (...) sp. z o.o. nie wykazała we właściwym trybie, że cena ofertowa nie jest rażąco niska, co z kolei przełożyło się na zasadność zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp i art. 239 ust. 1 oraz art. 16 Pzp

Na aprobatę zasługują także zarzuty skarżącego dotyczące naruszenia art. 542 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp oraz art. 224 ust. 1 oraz ust. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w całym zakresie a także art. 534 pzp oraz art. 537 pzp. Nie sposób podzielić oceny prawnej przedstawionej przez Izbę co do wykładni art. 224 pzp. Należało uwzględnić fakt, że dopiero pismem z 8 lipca 2021 r. Zamawiający wezwał do doprecyzowania sposobu kalkulacji ceny. Nie bez znaczenia jest wskazywana w skardze okoliczność, że Zamawiający współpracował już wcześniej ze Skarżącym, a zatem znał realia oraz dotychczasowe osiągnięcia Skarżącego w pozyskaniu wpływów z wpłat z opłat dodatkowych i opłat manipulacyjnych. Słusznie zarzuca skarga, że KIO nie wzięło w dostatecznym stopniu pod uwagę wpływów z dodatkowych opłat i opłat manipulacyjnych. Wprawdzie z góry trudno przewidzieć jakiej dokładnie wysokości będą wpływy z tego tytułu, to jednak, przy uwzględnieniu specyfiki uzyskiwania dochodów przez skarżącego i dwuskładnikowego charakteru wynagrodzenia Wykonawcy, należało je w dostatecznym stopniu uwzględnić, gdyż jest to bardzo istotny składnik wpływający i wyjaśniający zaferowaną cenę. Skarżący wskazał, że złożył do wyjaśnień

faktury VAT, z których wynika, że średniomiesięczny wpływ z tytułu opłat dodatkowych i manipulacyjnych wyniósł ok. 10 000 zł.

Należało wreszcie wziąć pod uwagę dofinansowanie zewnętrzne z (...) SA., czego KIO także nie uwzględniła w wystarczającym stopniu. Spodziewane z tego tytułu środki, zgodnie ze wskazaniami Skarżącego, miały zostać przeznaczone na utrzymanie miejsc pracy. Sąd rozpoznający niniejszą sprawę uznał, że przedmiotowe środki wpływają w istotny sposób na zaoferowaną przez wykonawcę (...) sp. z o.o. cenę. W ocenie Sądu każdy racjonalny przedsiębiorca dołoży wszelkich starań w celu pozyskania subwencji na rozwój bądź utrzymanie swojego przedsiębiorstwa. Przekonywująco Skarżący wskazał, że z uwagi na to, iż prowadzi działalność w skali całego kraju to (...) nie wymagał przy wypłacie środków określenia na jaki oddziała Skarżącego i w jakiej części będzie rozdzielone otrzymane wsparcie finansowe, a zatem zarzuty KIO co do braku sprecyzowania przez (...) sp. z o.o. wysokości tych wpływów nie są przekonywujące. Jeżeli chodzi o koszty pracy to Skarżący w wyjaśnieniach wskazał Zamawiającemu założenia do ich szacowania.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy w przedmiocie skargi od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 2184/21, sprawy o sygn. akt XXIII Zs 121/21 orzekł jak w pkt I. wyroku na podstawie art. 588 ust. 2 PZP i zmienił zaskarżony wyrok w ten sposób, że w punkcie 1. oddalił odwołanie (...) sp. z o.o. w P. oraz w punkcie 3. obciążył odwołującego (...) sp. z o.o. w P. kosztami postępowania odwoławczego w całości a w pkt 3.2 zasądził od odwołującego (...) sp. z o.o. w P. na rzecz zamawiającego Miejskiego Zakładu (...) sp. z o.o. w K. kwotę 3 895,50 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego. Na kwotę tę składało się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3 600 zł i 291,57 zł kosztów noclegu.

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 Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Przeciwnik skargi przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami postępowania skargowego w całości. Odnośnie wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), Sąd Okręgowy uwzględnił treść § 2 pkt 7 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 r., poz. 1804 ze zm.) w brzmieniu obowiązującym w chwili wniesienia skargi, z uwzględnieniem 75% stawki minimalnej. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że niniejsze postępowanie należy do spraw cywilnych, do których zastosowanie mają ogólne przepisy dotyczące stawek zastępstwa procesowego. Stroną postępowania, która powinna być obciążona kosztami postępowania skargowego był przeciwnik skargi. Na koszty Skarżącego złożyły się opłata od wniesionej skargi 22 500 zł, koszty zastępstwa procesowego skarżącego 8 100 zł oraz opłata od pełnomocnictwa procesowego 17 zł. Koszt Zamawiającego stanowiło wynagrodzenie pełnomocnika procesowego w kwocie 5 400 zł.

W sytuacji zmiany wyroku KIO na skutek skargi spółki (...) w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 123/21 jest oczywiste, że skarga złożona przez (...) sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 116/21 nie zasługiwała na uwzględnienie. Koszty odwołania zostały ponownie rozliczone przez Sąd Okręgowy, przy uwzględnieniu odmiennej oceny zasadności odwołania (...) sp. z o.o. od tej, jaka została dokonana przez KIO. W takiej sytuacji kosztami postępowania powinien być obciążony w całości Odwołujący.

Powyższe stanowiło o bezzasadności skargi, co było podstawą jej oddalenia w oparciu o art. 385 k.p.c. w zw. z 397 § 3 k.p.c. i w zw. z art. 588 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono na podstawie art. 589 Pzp. Postępowanie to zostało w całości przegrane przez (...) sp. z o.o. i dlatego zasadnym było zasądzenie kosztów od tego podmiotu na rzecz przeciwnika skargi tj. (...) sp. z o.o. w K..

Na koszty poniesione przez przeciwnika skargi w toku postępowania skargowego składało się wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 450 zł ustalone na podstawie § 2 pkt 4 w zw. z § 10 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra

Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. 2015, poz. 1804 ze zm.).

Sędzia Bernard Litwiniec