

Sygn. akt XXIII Zs 8/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 24 lutego 2022 r.

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

Przewodniczący: sędzia Bolesław Wadowski

Protokolant: sekr. sądowy Karolina Szymońska

po rozpoznaniu w dniu 24 lutego 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
z udziałem:

zamawiającego Ministerstwa Finansów w W.

z udziałem (...) sp. z o.o. w W.

ze skargi (...) sp. z o.o. w K.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3122/21

I. oddala skargę;

II. zasądza od (...) sp. z o.o. w K. na rzecz Ministerstwa Finansów w W. 12.500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych)
tytułem kosztów postępowania skargowego.

sędzia Bolesław Wadowski

UZASADNIENIE

Zamawiający - Ministerstwo Finansów w W. - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zaprojektowanie, dostosowanie, budowę i utrzymanie Punktów Kontroli oraz dostawę i utrzymanie Przenośnych Punktów Kontrolnych dla Systemu Kontroli w Systemie Poboru Opłaty elektronicznej Krajowej Administracji Skarbowej. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 20 listopada 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem nr (...). Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne.

W dniu 21 października 2021 r. wykonawca (...) sp. z o. o. w K. wniósł odwołanie. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie m.in.

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę (...) sp. z o.o. w W., dalej jako: (...), pomimo tego, że oferta (...) jest niezgodna z treścią SIWZ w zakresie, w jakim wykonawca ten w ramach kryterium oceny ofert „Czas realizacji Kamienia Milowego nr 4” zaoferował termin realizacji wynoszący 15,857 tygodni stanowiący zaokrąglenie 15 i 6/7 tygodnia, czyli 15 tygodni i 6 dni,

2. art. 91 ust. 1 i 2 Pzp przez przyznanie (...) maksymalnej liczby punktów w kryterium „Czas realizacji Kamienia Milowego nr 4” pomimo tego, że wykonawca ten w kryterium oceny ofert „Czas realizacji Kamienia Milowego nr 4”

zaoferował termin realizacji wynoszący 15,857 tygodni, podczas gdy zgodnie z Rozdziałem XVII ust. 3 pkt 6 SIWZ oraz Formularzem Oferty, czas realizacji Kamienia Milowego nr 4 winien być wyrażony liczbą całkowitą tygodni,

3. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 10 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej jako: unkc przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez (...) pomimo tego, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w zakresie, w jakim wykonawca ten zaniechał podania konkretnej, dokładnej i weryfikowalnej wartości w ramach kryterium „Czas realizacji Kamienia Milowego nr 4”, co powoduje, że podstawowe parametry usług oferowanych przez (...) oraz deklarowany termin realizacji Zamówienia nie są znane,

4. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo tego, że (...) zaoferował cenę, koszt oraz ich istotne części składowe, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie złożył stosownych wyjaśnień, w tym dowodów w stosunku do istotnych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny całkowitej oraz jej istotnych elementów składowych, zaś w zakresie, w którym te wyjaśnienia i dowody zostały przez (...) złożone, potwierdzają one, że oferta (...) zawiera cenę, koszt lub ich istotne elementy składowe, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia,

5. art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, dalej jako: kc, przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) pomimo tego, że oferta (...) jest nieważna na podstawie art. 58 § 1 kc, ponieważ jest sprzeczna z przepisami powszechnie obowiązującego prawa lub prowadzi do ich obejścia, w zakresie w jakim (...) powierza realizację części zamówienia swojemu podwykonawcy tj. (...) z siedzibą w M. (Białoruś,) dalej jako: (...), podczas gdy (...) nie będzie mógł w sposób legalny wykonać powierzonej mu części zamówienia, ponieważ jako podmiot mający siedzibę na Białorusi,

6. art. 89 ust. 1 pkt 7d Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty (...) pomimo tego, że jej przyjęcie naruszałoby bezpieczeństwo publiczne lub istotny interes bezpieczeństwa państwa,

7. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykluczenia (...) z postępowania, pomimo tego, że (...) nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale IX. pkt 3) ust. 3.2. SIWZ,

8. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 przez zaniechanie wezwania (...) do wyjaśnień w zakresie projektów referencyjnych wskazanych przez (...) w wykazie robót budowlanych,

9. art. 24 ust. 1 pkt 16 i art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 przez zaniechanie wykluczenia (...) z postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa, wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. (...) również wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z 19 listopada 2021 r. sygn. akt KIO 3122/21, po rozpoznaniu odwołania, w kolejnych punktach tego wyroku:

1.1. uwzględniła odwołanie w części i nakazała Ministerstwu Finansów w W.,

1.1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.1.2. powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz czynności badania i oceny ofert,

1.2 w pozostałym zakresie oddalił odwołanie;

2. kosztami postępowania obciążyła w częściach równych (...) sp. z o. o. w K. oraz Ministerstwo Finansów w W. i:

2.1. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr uiszczoną przez (...) sp. z o. o. w K. tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądziła od Ministerstwa Finansów w W. na rzecz (...) sp. z o. o. w K. kwotę 9.300 zł 00 gr stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej opierał się na następujących ustaleniach i ocenie prawnej:

W zakresie zarzutów ad. 1-3 KIO ustaliła i zważyła, że kryteria oceny ofert zostały ustalone przez zamawiającego w Rozdziale XXIII ust. 7 SIWZ. Kryterium ustalone w pkt 4 nosiło nazwę „CZAS REALIZACJI IRPK”. 4 lutego 2021 r. zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ w ten sposób, że zmienił nazwę tego kryterium na „Czas realizacji Kamienia Milowego Nr 4.” Zgodnie ze zmienionym brzmieniem Rozdziału XXIII ust. 7 pkt 4 SIWZ ocena w tym kryterium miała być dokonana na podstawie wypełnionego Formularza ofertowego (Wzór Załącznik A do SIWZ) i złożonej w nim deklaracji wykonawcy dotyczącej czasu realizacji Kamienia Milowego (dalej również jako „KM”) nr 4. Zamawiający ustalił, że zaproponowany w ofercie czas realizacji KM nr 4 będzie obowiązywał w ramach realizacji przedmiotu umowy w zakresie realizacji harmonogramu określonego w Załączniku nr 5 do OPZ. Każda z ofert może otrzymać maksymalnie 10 punktów.” Sposób wypełniania Formularza ofertowego w zakresie parametru „Czas realizacji kamienia milowego nr 4” został określony w Rozdziale XVII ust. 3 pkt 6 SIWZ („Sposób przygotowania oferty”), który po zmianie treści SIWZ dokonanej 4 lutego 2021 r., stanowił, że: „Oferta musi zawierać: (...) wyrażony w tygodniach czas realizacji kamienia milowego nr 4, o którym mowa w Rozdziale XXIII pkt 7.4. W jednej z rubryk Formularza ofertowego, stanowiącego Załącznik A do SIWZ, zamawiający ustalił „Kryterium oceny ofert „Czas realizacji KM nr 4”, zgodnie z Rozdz. XXIII pkt 7.4. SIWZ, podany w tygodniach.” Jak stanowi Rozdział XXII! ust. 7 pkt 4 SIWZ (po zmianie z 4 lutego 2021 r.), „Zaproponowany w ofercie czas realizacji KM nr 4 będzie obowiązywał w ramach realizacji przedmiotu umowy w zakresie realizacji harmonogramu określonego w Załączniku nr 5 do OPZ.”

Zamawiający wskazał, że każda z ofert może otrzymać maksymalnie 10 punktów, przy czym punkty w ramach omawianego kryterium zostaną przyznane w następujący sposób:

- za czas nieprzekraczający 20 tygodni - 0 pkt;
- za czas nieprzekraczający 18 tygodni - 4 pkt;
- za czas nieprzekraczający 16 tygodni - 8 pkt;
- za czas poniżej 16 tygodni -10 pkt.

Odwołujący złożył ofertę, w której wskazał jako Czas realizacji KM nr 4 - 15 tygodni i w tym kryterium otrzymał 10 pkt. (...) podał termin 15,857 tygodnia i również otrzymał 10 pkt. Izba zgodziła się z odwołującym, że postanowienia SIWZ nie pozwalały na ustalenie terminu Realizacji Kamienia Milowego Nr 4 w sposób zastosowany przez (...) tj. 15,857 tygodni.

Zdaniem Izby oferta (...) w zakresie Terminu realizacji Kamienia Milowego Nr 4 nie jest zgodna z SIWZ, jednak nie podzieliła skutku wywodzonego z tego faktu przez odwołującego. KiO stwierdziła, że nie każda niezgodność oferty z treścią SIWZ przynosi skutek w postaci odrzucenia tej oferty.

Ponadto Izba wyjaśniła, że jest tylko jeden sposób poprawienia oferty (...) polegający na wskazaniu jako terminu 16 tygodni. Dalej wskazując, że taki rezultat otrzymujemy zaokrąglając do liczby tygodni każdą z podanych wartości: 15,857, 15 tygodni i 6 dni oraz 15 tygodni, 5 dni, 23 godzin, 58 minut i 33,6 sekund. Izba nie dopatryła się podstaw do poprawienia błędu w ofercie przez wskazanie, że termin w ofercie (...) wynosił 15 tygodni, gdyż wartość podana w formularzu ofertowym jest nie jest bliska temu terminowi, lecz terminowi 16 tygodni. Dokonana poprawa nie zmienia istotnie treści oferty niezależnie od przyjętej interpretacji długości terminu zaproponowanego przez (...).

Konsekwencją stwierdzonego przez Izbę naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest konstatacja, że zamawiający błędnie ocenił ofertę przystępującego w kryterium Czas Realizacji Kamienia Milowego Nr 4. (...) otrzymał bowiem liczbę punktów odpowiadającą terminowi 15 tygodni, maksymalną liczbę punktów przewidzianą za określony w tygodniach czas poniżej 16 tygodni. Tymczasem okres realizacji prawidłowo ustalony w tygodniach wynosił 16 tygodni. Przystępujący powinien zatem otrzymać, nie maksymalną liczbę 10 ppkt przewidzianą dla czasu poniżej 16 tygodni, lecz 8 punktów przewidzianych dla czasu nie przekraczającego 16 tygodni.

Reasumując KIO wskazała, że błąd, którego dopuścił się zamawiający prowadząc postępowanie, podlega skorygowaniu przez poprawienie oferty przystępującego i ponowną jej ocenę z obniżeniem liczby przyznanych jej punktów, nie zaś przez jej odrzucenie. Zamawiający wybrał zatem ofertę przystępującego jako najkorzystniejszą z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp. Nie doszło jednak do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, gdyż błąd w ofercie (...) podlega poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

KIO odnosząc się do zarzutu ad. 4 stwierdziła, że ceny wszystkich złożonych w postępowaniu ofert w sposób istotny odbiegają od wartości zamówienia oszacowanej przez zamawiającego, natomiast różnica cen pomiędzy ofertami nie jest znacząca. Różnica między cenami ofert odwołującego i przystępującego wynosi 24,42%, natomiast między ofertą przystępującego a ofertą (...) wynosi 11.015.973,75 zł i procentowo nie jest znacząca.

Z pewną ostrożnością - podyktowaną specyfiką przedmiotu zamówienia oraz ograniczoną liczbą uczestników tego obszaru rynku - należy zatem stwierdzić, że aktualnym rynkowym poziomem cen świadczą ceny złożonych ofert, a nie wartość zamówienia oszacowana przez zamawiającego. Na tym tle należało ocenić wyjaśnienia udzielone przez (...). Oceniając te wyjaśnienia Izba zważyła, że wyjaśnienia udzielone przez (...) są kompletne, w tym znaczeniu, że odnoszą się treści wezwania zamawiającego i do wszystkich pozycji kosztowych. Wbrew twierdzeniom odwołującego wskazują również koszty personelu, w tym stawkę godzinową.

W dalszych rozważaniach Izba odnosząc się do ad. 5 – 6 wskazała, że twierdzenie odwołującego o braku możliwości udziału (...) w wykonaniu umowy w zakresie wynikającym z zobowiązania do udostępnienia zasobów przez ten podmiot odwołujący wywodzi z przepisów ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (RODO), Zaleceniach nr 1/2020 Europejskiej Rady Ochrony Danych (" (...)), ustawy z dnia 15 lipca 2015 roku o operacyjnej działalności poszukiwawczej ustawy z dnia 5 lipca 2018 r. o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa. Zamawiający i przystępujący twierdzili przeciwnie. Dysponując zatem wyłącznie oświadczeniami stron Izba postanowiła rozstrzygnąć sporne kwestie na korzyść zamawiającego. Ciężar dowodu okoliczności uzasadniającej odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 7d i 8 Pzp spoczywał na odwołującym, który ze swoich twierdzeń wywodził skutki prawne. Stawiając zarzuty dotyczące kwestii ochrony danych osobowych oraz związanych z bezpieczeństwem publicznym odwołujący powinien był przynajmniej uprawdopodobnić, że istotnie w ramach wykonania umowy będą przetwarzane dane osobowe i może mieć to znaczenie z punktu widzenia legalności udziału (...) w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Zarzuty o tej powadze wymagają w ocenie Izby poparcia ich stanowiskiem organów właściwych w sprawie ochrony danych osobowych lub bezpieczeństwa państwa. Tymczasem odwołujący zarówno w odwołaniu, jak i na etapie rozprawy składał wyłącznie oświadczenia. Braki w tym zakresie nie są możliwe do skorygowania przez dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, czego zażądał odwołujący na rozprawie. Opinia biegłego jest wprawdzie jednym ze środków dowodowych wymienionych w ustawie, jednak w okolicznościach sporu dopuszczenie tego dowodu dopiero na etapie rozprawy, w sytuacji zaniechania przez odwołującego jakiegokolwiek aktywności dowodowej prowadziłoby wyłącznie do przewlekłości postępowania, zwłaszcza wobec deklaratoryjnego charakteru oświadczenia o udziale podwykonawcy w wykonaniu umowy.

W zakresie zarzutów ad. 7 - 9. Izba zważyła, że z dokumentów i oświadczeń, które posiadał zamawiający w dacie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, nie wynika, na czym polegał udział (...) w obu konsorcjach w zakresie wykonywanych robót budowlanych. Brak jest więc jakichkolwiek uzasadnionych podstaw do uznania, że przystępujący nabył doświadczenie uzasadniające spełnianie wymagań zamawiającego dotyczącego wykonania takich

prac. Izba uznała, że przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, zatem również z tego powodu zamawiający wybrał złożoną przez niego ofertę jako najkorzystniejszą z naruszeniem przepisów ustawy.

Końcowo KIO wskazała, że nie nakazała wykluczenia przystępującego na podst. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W okolicznościach sporu nie wystąpiły przesłanki wyłączające obowiązek wezwania wskazane in fine art. 26 ust. 3 Pzp. Zdaniem Izby oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu, a postępowanie o udzielenie zamówienia nie podlega unieważnieniu. W związku z tym Izba kierując się żądaniem odwołującego w zw. z zarzutem 9 nakazała zamawiającemu wezwanie przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących umów wskazanych w celu wykazania posiadania doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych. Wyjaśnienia te powinny dotyczyć na czym polegał udział przystępującego w konsorcjach, które wykonały oba projekty referencyjne. Przystępujący powinien wykazać zamawiającemu, że jako członek konsorcjum nabył realnego doświadczenia, które da podstawę do twierdzenia, że jest w stanie należycie wykonać roboty budowlane. Ponieważ z dokumentów dotyczących umowy zrealizowanej na rzecz GDDKIA nie wynika, że przystępujący wykonywał roboty budowlane, należy oczekiwać od przystępującego jednoznacznego wykazania tej kwestii. Również należyte wykonanie robót budowlanych w ramach tej umowy nie powinno podlegać domniemaniu zamawiającego. Jak bowiem wskazano wcześniej wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu jest obowiązkiem wykonawcy.

Reasumując Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp znalazł potwierdzenie. Zamawiający błędnie uznał, że przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy powinien kwestię tę wyjaśnić.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600,00 zł stosownie do § 5 pkt 2 lit. b 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 rozstrzygnięcie wniósł (...) sp. z o.o. w K., zaskarżając wyrok KiO z dnia 19 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3122/21 w części tj.

- uwzględniającej odwołanie wykonawcy (...) z dnia 21 października 2021 r. (dalej jako: „Odwołanie”), w zakresie w jakim Izba nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem obowiązku poprawienia oferty (...) na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „sPZP”), w ten sposób, że jako termin wykonania Kamienia Milowego nr 4 w ofercie (...) zostanie wskazany termin 16 tygodni - tj. w zakresie pkt 1.1.2 tiret pierwszy sentencji Wyroku;
- oddalającej Odwołanie wykonawcy (...) - tj. w zakresie pkt 1.2 sentencji Wyroku.

Skarżący zarzucił naruszenie:

1. Naruszenie prawa procesowego, które miało istotny wpływ na treść Wyroku, tj.:

a. art. 542 ust. 1 nPZP oraz art. 552 ust. 1 nPZP w zw. z art. 559 ust. 2 nPZP poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w postępowaniu odwoławczym, dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny wiarygodności materiału dowodowego i jego mocy dowodowej oraz wydanie Wyroku z pominięciem istotnych faktów ustalonych w toku postępowania odwoławczego, jak również brak sporządzenia przepisanej prawem uzasadnienia zaskarżonego Wyroku, wyrażające się w pominięciu stanowiska wyrażonego przez (...) w toku postępowania odwoławczego, z którego wynikało, że intencją (...) było wskazanie w oferciejiiie_16. lecz 15.857 tygodni w ramach kryterium oceny ofert „Czas realizacji Kamienia Milowego nr 4”

- co skutkowało błędem w ustaleniach faktycznych polegającym na przyjęciu przez Izbę, że (...) w ramach kryterium oceny ofert „Czas realizacji Kamienia Miłowego nr 4” chciał zaoferować 16 tygodni, podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego powinna doprowadzić Izbę do przekonania, że (...) w ramach tego kryterium chciał wskazać w ofercie termin 15,857 tygodni, tj. 15 tygodni, 5 dni, 23 godzin, 58 minut i 33,6 sekund;

b. art. 542 ust. 1 nPZP oraz art. 552 ust. 1 nPZP w zw. z art. 559 ust. 2 nPZP poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w postępowaniu odwoławczym, dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny wiarygodności materiału dowodowego i jego mocy dowodowej oraz wydanie Wyroku z pominięciem istotnych faktów ustalonych w toku postępowania odwoławczego, jak również brak sporządzenia przepisanej prawem uzasadnienia zaskarżonego Wyroku, wyrażające się w:

i. błędnej ocenie wyjaśnień złożonych przez (...) w dniu 14 czerwca 2021 r. (dalej jako: „Wyjaśnienia RNC”) w odpowiedzi na wezwanie z dnia 25 maja 2021 r. wystosowane przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 sPZP (dalej jako: „Wezwanie do wyjaśnienia RNC”),

ii. pominięciu szeregu argumentów zaprezentowanych przez Skarżącego w Odwołaniu oraz na rozprawie przed KIO, w odniesieniu do Wyjaśnień RNC (...),

- co skutkowało błędnym ustaleniem stanu faktycznego, polegającym na uznaniu, że Wyjaśnienia RNC (...) były kompletne, odnosiły się do wezwania Zamawiającego oraz do wszystkich pozycji kosztowych w ofercie (...), podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego, w szczególności Wyjaśnień RNC złożonych przez (...) oraz uwzględnienie stanowiska i argumentów prezentowanych przez Skarżącego w Odwołaniu oraz na rozprawie przed KIO powinny doprowadzić Izbę do wniosku przeciwnego, tj., że:

(...) nie odpowiedział w sposób wyczerpujący na Wezwanie do wyjaśnienia RNC,

ii. (...) nie wyjaśnił wszystkich istotnych elementów oferty i kosztów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny,

iii. argumentacja (...) jest lakoniczna, gołosłowna, wewnętrznie sprzeczna oraz oparta na błędnych założeniach,

iv. (...) nie przedstawił wystarczających dowodów potwierdzających, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

c. art. 537 pkt 1 nPZP poprzez błędne uznanie, że Skarżący nie sprostował ciężarowi dowodowemu w zakresie wykazania, że oferta (...) zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy prawidłowe zastosowanie normy wyrażonej tym przepisem winno doprowadzić Izbę do wniosku, że na etapie postępowania odwoławczego ciężar dowodu, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywał nie na (...), lecz na (...), zaś (...) temu ciężarowi nie sprostował.

d. art. 542 ust. 1 nPZP oraz art. 552 ust. 1 nPZP w zw. z art. 559 ust. 2 nPZP w zw. z art. 538 ust. 1 nPZP poprzez zaniechanie wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego zebranego w postępowaniu odwoławczym, dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny wiarygodności materiału dowodowego i jego mocy dowodowej oraz wydanie Wyroku z pominięciem istotnych faktów ustalonych w toku postępowania odwoławczego, jak również brak sporządzenia przepisanej prawem uzasadnienia zaskarżonego Wyroku, wyrażające się w całkowitym zignorowaniu części argumentacji i dowodów przedstawionych przez (...) w ramach Zarzutu nr 5 Odwołania (wskazanych w dalszej części niniejszej Skargi) - co skutkowało błędnym ustaleniem stanu faktycznego, polegającym na uznaniu, że w ramach wykonania Zamówienia nie dojdzie do przetwarzania danych osobowych oraz dodatkowo, że nie ma to znaczenia z punktu widzenia legalności udziału podwykonawcy tj. (...) z siedzibą w M. (Białoruś) (dalej jako: (...)) w wykonaniu Zamówienia, jak również na błędnym uznaniu przez Izbę, że (...) jako podmiot z siedzibą na Białorusi nie jest objęty sankcjami wprowadzonymi na mocy rozporządzenia Rady (UE) 2021/1030 z dnia 24 czerwca 2021 r., zmieniającego rozporządzenie (WE) nr 765/2006 dotyczącego środków ograniczających wobec Białorusi (dalej jako: „Rozporządzenie zmieniające ws. sankcji”), podczas gdy prawidłowa ocena materiału dowodowego, w szczególności całości argumentów i dowodów zaprezentowanych przez Skarżącego w Odwołaniu oraz na rozprawie przed KIO, jak również dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, o który wnioskował Skarżący, powinny doprowadzić Izbę do wniosku

przeciwne, tj., że: (...) nie będzie mógł w sposób legalny wykonać powierzonej mu części Zamówienia, ponieważ jako podmiot mający siedzibę na Białorusi:

nie uzyska w sposób legalny dostępu do danych osobowych, które są niezbędne do jego wykonania, a ponadto jest objęty sankcjami wprowadzonymi na mocy Rozporządzenia zmieniającego ws. sankcji.

2. Naruszenie prawa materialnego, które miało istotny wpływ na treść Wyroku, tj.:

a. art. 89 ust. 1 pkt 2 sPZP w zw. art. 87 ust. 2 pkt 3 sPZP poprzez ich niezastosowanie (art. 89 ust. 1 pkt 2 sPZP) oraz nieprawidłowe zastosowanie (art. 87 ust. 2 pkt 3 sPZP) skutkujące zaniechaniem odrzucenia oferty (...) pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz bezzasadne nakazanie Zamawiającemu poprawienia oferty (...) na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 sPZP, pomimo tego, że nie zostały spełnione ustawowe przesłanki do zastosowania tego przepisu, wyrażające się w tym, że:

i. niezgodność oferty z SIWZ, polegająca na wskazaniu przez (...) w ofercie terminu 15,857 tygodni w ramach kryterium oceny ofert „Czas realizacji Kamienia Milowego nr 4”, nie było omyłką, skoro (...) podał tę wartość intencjonalnie, co potwierdził w toku postępowania odwoławczego;

ii. istniało wiele potencjalnych sposobów na ewentualne poprawienie parametru 15,857 tygodni, a Izba nie miała podstaw sądzić, że jest tylko jeden taki sposób, polegający na zaokrągleniu ww. wartości do 16 tygodni;

iii. zmiana wskazanego w ofercie, w ramach kryterium oceny ofert „Czas realizacji Kamienia Milowego nr 4”, terminu 15,857 tygodni stanowi istotną zmianę treści oferty,

podczas gdy prawidłowe zastosowanie ww. przepisów powinno skutkować brakiem możliwości poprawienia oferty (...) oraz jej odrzuceniem, jako niezgodnej z treścią SIWZ.

b. art. 89 ust. 1 pkt 3 sPZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 w zw. z art. 10 ust. 1 w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁵ (dalej jako: „UZNK”), poprzez ich niewłaściwą wykładnię w prawidłowo ustalonym stanie faktycznym, polegającą na przyjęciu, że pomimo tego, że (...) dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji to czyn ten może być „sanowany” przez poprawę oferty (...), podczas adv prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do uznania, że (...) dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, czego konsekwencją winno być odrzucenie oferty (...).

c. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 sPZP poprzez ich niezastosowanie, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty (...), pomimo teao. że (...) zaoferował cenę, koszt oraz ich istotne części składowe, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu Zamówienia oraz nie złożył stosownych wyjaśnień, w tym dowodów w stosunku do istotnych elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny całkowitej oraz jej istotnych elementów składowych, zaś w zakresie, w którym te wyjaśnienia i dowody zostały przez (...) złożone, potwierdzają one, że oferta (...) zawiera cenę, koszt lub ich istotne elementy składowe, które są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu Zamówienia podczas gdy, prawidłowe zbadanie i ocena przez Zamawiającego wyjaśnień i dowodów złożonych przez (...) w odniesieniu do zaoferowanej ceny i kosztów winno prowadzić do wniosku, że (...) nie sprostął wykazaniu, że cena całkowita oraz jej istotne elementy składowe mają charakter rynkowy oraz uwzględniają wszystkie koszty niezbędne do wykonania Zamówienia, a tym samym, że cena całkowita oraz jej istotne elementy składowe nie są rażąco niskie oraz nie mają charakteru dumpingowego, co winno skutkować odrzuceniem oferty (...).

d. art. 89 ust. 1 pkt 8 sPZP w zw. z art. 58 §1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny⁶ (dalej jako: „KC”) w zw. z art. 28, 44 i 46 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego I Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (dalej jako: „RODO”) w zw. z art. 1 c ust. 1 oraz art. 1 d ust.1 lit. a) i b) Rozporządzenia zmieniającego ws. sankcji poprzez ich niezastosowanie, co skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty (...), pomimo tego, że oferta (...) jest nieważna na podstawie art. 58 §1 KC, ponieważ jest sprzeczna

z ww. przepisami powszechnie obowiązującego prawa lub prowadzi do ich obejścia, w zakresie w jakim (...) powierza realizację części Zamówienia swojemu podwykonawcy tj. (...), podczas gdy (...) nie będzie mógł w sposób legalny wykonać powierzone mu części Zamówienia, ponieważ jako podmiot mający siedzibę na Białorusi:

- i. nie uzyska w sposób legalny dostępu do danych osobowych, które są niezbędne do jego wykonania, a ponadto
- ii. jest objęty sankcjami wprowadzonymi na mocy Rozporządzenia zmieniającego ws. sankcji.

Z uwagi na powyższe skarżący wniósł o:

1. Uwzględnienie niniejszej Skargi poprzez zmianę zaskarżonego Wyroku i orzeczenie co do istoty sprawy, tj.:
 - a. w zakresie pkt 1.1.2 tiret pierwszy sentencji Wyroku - poprzez uwzględnienie Odwołania oraz orzeczenie zgodnie z żądaniem Skarżącego sformułowanym w Odwołaniu, tj. odrzucenie oferty (...) jako niezgodnej z treścią SIWZ,
 - b. w zakresie pkt 1.2 sentencji Wyroku - poprzez uwzględnienie Odwołania
- (...).
2. Dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w dalszej części niniejszej Skargi na okoliczności szczegółowo opisane w uzasadnieniu poniżej.

3. Zasądzenie od Przeciwników Skargi na rzecz Skarżącego zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W odpowiedzi na skargę (...) sp. z o.o. w W. wniósł o oddalenie skargi.

Odpowiedź na skargę wniósł również Zamawiający – Ministerstwo Finansów wnosząc o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie na rzecz zamawiającego/przeciwnika skargi od skarżącego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

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

Przed przystąpieniem do konkretnej oceny skargi konieczne jest wskazanie na zmiany i zakres obowiązywania w tej sprawie przepisów „Prawa zamówień publicznych”. Stosownie do art. 89 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (dalej jako: 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. 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, wobec tego, że postępowanie o udzielenie zamówienia zostały wszczęte po 1 stycznia 2021 r., to w zakresie prawa materialnego, jak i materialnego stosuje się przepisy ustawy nPZP.

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

W ocenie Sądu Okręgowego, skarga (...) sp. z o.o. w K. nie zasługiwała na uwzględnienie. W zasadzie zarzuty stawiane w skardze na orzeczenie KIO sprowadzają się do czterech zagadnień: po pierwsze, zarzuty dotyczące wskazanego przez (...) terminu realizacji oferty „Czas realizacji Kamienia Milowego nr. 4” (pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a skargi), po drugie, zarzuty dotyczące wyjaśnień złożonych przez (...), które dotyczyły rażąco niskiej ceny (pkt 1 lit. b, pkt 1 lit. c, pkt 2 lit. c skargi), po trzecie, zarzut dotyczący dopuszczenia się (...) czynu nieuczciwej konkurencji (pkt 2 lit. b skargi), oraz po czwarte, zarzuty legalności udziału podwykonawcy w postępowaniu, tj. (...) z siedzibą w M. (pkt 1 lit. d, pkt 2 lit. d skargi).

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby prowadzące do uwzględnienia odwołania w części. Zauważyć też należy, iż

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

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 ustawy nPzp). W niniejszej sprawie Izba, dokonała swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny, z którym skarżący w złożonej skardze co do zasady w ogóle nie polemizuje, ale wyłącznie w odmienny sposób dokonuje oceny zgromadzonego materiału dowodowego. Dodać zaś należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebrany materiałem dowodowym. W szczególności Izba dokonała prawidłowej interpretacji terminu realizacji oferty wskazanej przez (...), odniosła się szeroko do złożonych wyjaśnień wykonawcy dotyczących rażąco niskiej ceny, jak również odniosła się do zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji oraz legalności udziału podwykonawcy w postępowaniu.

Odnosząc się do pierwszej grupy zarzutów odnoszących się do interpretacji wskazanego przez (...) terminu realizacji oferty, zdaniem Sądu Okręgowego były one niezasadne. Sąd również nie podzielił argumentacji wyrażonej w odpowiedzi na skargę spółki (...), że skoro w SIWZ nie było wskazania, że termin powinien konkretnie wskazywać pełne tygodnie, to oznacza pełną dowolność w określaniu terminów. Zdaniem Sądu Odwoławczego jest to niebezpieczna praktyka, bowiem strony postępowań mogłyby określać terminy nie zaokrąglając ich do pełnego dnia. Takie działania mogłyby spowodować nie tylko szeroką dyskusję doktryny i orzecznictwa ale również liczne rozbieżności, w zakresie określenia co dokładnie oznacza ułamek miesiąca/tygodnia/dnia, skoro przepisy kodeksu cywilnego wskazują wprost co oznacza tydzień czy miesiąc. W ocenie Sądu II instancji określenie terminu z dokładnością aż do trzech miejsc po przecinku tj. 15,857 tygodnia, jest nieprawidłowe. Natomiast zarzuty skarżącego odnoszące się do powyższej kwestii nie mogły prowadzić do tak daleko idącego skutku jakim jest odrzucenie oferty

(...). Sąd podziela argumentację Izby która wyjaśniła, że oferta spółki (...) w zakresie terminu realizacji „Kamienia Milowego nr 4” nie jest zgodna z SIWZ jednakże takie uchybienie nie może wywołać skutku jaki wywodzi odwołujący. Podkreślić za Izbą należy, że nie każda niezgodność oferty z treścią SIWZ przynosi skutek w postaci odrzucenia tej oferty.

Zasadnie zatem KIO zobowiązała zamawiającego do poprawienia oferty (...) na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP w ten sposób, że jako termin na wykonanie „Kamienia Milowego nr 4” zostanie wskazane 16 tygodni. Izba słusznie stwierdziła, że w niniejszej sprawie doszło do nieprawidłowej oceny oferty przez zamawiającego, a nie do czynu nieuczciwej konkurencji wynikającego ze złożenia oferty. W tym miejscu wyjaśnić należy, że skarżący zarzut ten buduje w przeważającej części na poglądach wyrażonych w orzecznictwie. Zasadnie Izba dostrzegła, że zostały one wydane w sprawach, w których czyn nieuczciwej konkurencji zaistniał z powodu podania w ofercie nierealnego, antykonkurencyjnego terminu. W okolicznościach sporu natomiast zaistniała sytuacja, w której przystępujący mieszcząc się w granicach przewidzianych przez zamawiającego dla Terminu na Realizację Kamienia Milowego nr 4 i działając w błędnym przekonaniu, co do treści SIWZ opisującej kryteria oceny ofert, przygotował swoją ofertę w sposób, który może być uznany za dążenie do zapewnienia sobie korzystniejszych warunków na etapie wykonania umowy w porównaniu z wykonawcami, którzy w celu uzyskania takiej samej liczby punktów podali czas 15 tygodni. Należy jednak uwzględnić, że odwołujący wskazał termin 15 tygodni, (...) 16 tygodni, a przeliczenie na jednostki czasu wartości podanej przez przystępującego lokuje jego ofertę pomiędzy tymi terminami. Nie można zatem powiedzieć, że przez złożenie tej oferty (...) uniemożliwił konkurentom dostęp do zamówienia.

Przechodząc do rozważań dotyczących zarzutów z pkt 1 lit. b, pkt 1 lit. c, pkt 2 lit. c skargi, to w ocenie Sądu Okręgowego nie były one zasadne.

Odnosząc się do kwestii podnoszonych w pkt 1 lit. b oraz pkt 2 lit. c skargi to powtórzyć należy argumentację za Izbą, która to wyłożyła, że zamawiający jest uprawniony do tego, aby odrzucić ofertę tylko z powodu otrzymania niedostatecznych wyjaśnień, jednak

o niedostatecznych, zbyt ogólnych wyjaśnieniach można mówić w sytuacji, gdy zamawiający dokonuje wezwania w sposób konkretny, a wykonawca odpowiada bardzo ogólnie, w szczególności nie odwołując się do realiów postępowania i treści swojej oferty. W niniejszej sprawie nie miało to miejsca. Wyjaśnienia udzielone przez (...) są kompletne, w tym znaczeniu, że odnoszą się do treści wezwania zamawiającego i do wszystkich pozycji kosztowych. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Izby, wykonawca (...) opisał dokładnie, jak należy interpretować każdy zapis kosztowy przedstawiony w tabelach. Udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia dotyczą badanego postępowania, jego przedmiotu oraz pytań zadanych przez zamawiającego.

Sąd wyjaśnia, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena. Złożenie oferty z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia może być konsekwencją świadomego działania wykonawcy albo braku staranności wykonawcy w obliczeniu ceny oferty zgodnie z przyjętym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny (vide: Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. J.E. Nowicki – Lex; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r., XXIII Ga 209/18).

Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty (wyrok KIO z 20 kwietnia 2017 r., KIO 681/17). Z tych względów wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na

kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć bowiem możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy wskazać należy, że ciężar dowodu, że oferta zawiera rażąco niską cenę spoczywa na tym, kto takie twierdzenia podnosi, a więc w niniejszej sprawie – na skarżącym. Wyjaśnienia złożone przez (...) w dostatecznym stopniu uzasadniały poprawność obliczenia ceny ofertowej. Jak wyjaśnił wykonawca, złożona przez niego oferta odzwierciedlała rynkowy poziom cen przedmiotu zamówienia i jako taka nie może być uznana za rażąco niską. Wszelkie koszty, które mają być przez (...) poniesione zostały uwzględnione w wyjaśnieniach. Wykonawca obszernie odniósł się do wszystkich wątpliwości zamawiającego, a ponadto wykazał, dlaczego ma możliwość optymalnego skalkulowania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Natomiast w ocenie Sądu Okręgowego skarżący nie podołał ciężarowi dowodowemu w przedmiocie wykazania braku rażąco niskiej ceny w szczególności nie przedstawił stosownych wyliczeń mogących podważyć wyliczenia wykonawcy (...), a jedynie pozostał przy gołosłownej polemice powielonej zarówno w odwołaniu jak i skardze.

Przechodząc do kolejnego zarzutu dotyczącego dopuszczenia się (...) czynu nieuczciwej konkurencji, należy stwierdzić, iż również był on niezasadny.

W ocenie Sądu Okręgowego przyjęcie przez skarżącego argumentacji Krajowej Izby Odwoławczej z wyroku o sygn. akt KIO 369/16 jako adekwatnej do sytuacji w niniejszym postępowaniu jest całkowicie bezpodstawne i prowadzi do mylnych wniosków. Przede wszystkim należy wskazać, że stan faktyczny wskazanego orzeczenia dotyczył zaoferowania 99 letniego okresu gwarancji celem uzyskania dodatkowych punktów w ramach kryterium oceny ofert. Krajowa Izba Odwoławcza uznała takie działanie za czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż przejawiało się w jej ocenie jako nierealne oraz sztuczne wydłużenie okresu gwarancji. Na gruncie niniejszej sprawy nie sposób uznać, że zaoferowany przez (...) termin realizacji Kamienia Milowego nr 4 jest sztuczny bądź nierealny. Mieści się on w zakresie 16 tygodni oraz jest bardzo zbliżony do terminu zaoferowanego przez skarżącego, tym samym nie może być postrzegany jako nierealny lub sztuczny. Należy również podkreślić, iż wskazany termin realizacji w żaden sposób nie wpływa negatywnie na punktację ofert pozostałych wykonawców. (...) otrzymał tożsamą liczbę punktów w ramach kryterium czasu realizacji Kamienia Milowego nr 4. Jednocześnie nie było możliwym, aby którykolwiek z wykonawców uzyskał w tym zakresie liczbę punktów większą niż 10, jako że zamawiający wprowadził limit punktacji w zakresie tego kryterium. Zdaniem Sądu Odwoławczego, zgodnie z ww. wyjaśnieniami, zaproponowany przez (...) termin realizacji Kamienia Milowego nr 4 jest realny i możliwy do zweryfikowania.

Przechodząc do ostatniego zarzutu dotyczącego legalności udziału podwykonawcy w postępowaniu, to Sąd II instancji w powyższej kwestii w całości podziela szeroką argumentację KIO. Należy wskazać, że w uzasadnieniu wyroku KIO szczegółowo opisała, dlaczego nie podziela argumentacji skarżącego w ramach zarzutu nr 5 Odwołania. Ciężar dowodu okoliczności uzasadniającej odrzucenie oferty (...) na podstawie art 89 ust. 1 pkt 1, 7d i 8 PZP spoczywał na skarżącym, który ze swoich twierdzeń wywodził skutki prawne. Stawiając zarzuty dotyczące kwestii ochrony danych osobowych oraz związane z bezpieczeństwem publicznym, skarżący powinien był przynajmniej uprawdopodobnić, że istotnie w ramach wykonania umowy będą przetwarzane dane osobowe i może mieć to znaczenie z punktu widzenia legalności udziału (...) w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca. Zarzuty o tej wadze wymagają poparcia ich stanowiskiem organów właściwych w sprawie ochrony danych osobowych lub bezpieczeństwa państwa. Tymczasem, skarżący składał wyłącznie oświadczenia. Izba stwierdziła, że braki w tym zakresie nie są możliwe do skorygowania przez dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, czego zażądał skarżący na rozprawie. Słusznie Izba zaznaczyła, że w niniejszej sprawie dopuszczenie tego dowodu dopiero na etapie rozprawy, w sytuacji zaniechania przez odwołującego jakiegokolwiek aktywności dowodowej prowadziłoby wyłącznie do przewlekłości postępowania, zwłaszcza wobec deklaratoryjnego charakteru oświadczenia o udziale podwykonawcy w wykonaniu umowy. Zamawiający wskazuje, że podwykonawca ma przede wszystkim skonfigurować urządzenia i oprogramowania komponentów infrastruktury technicznej punktów kontrolnych oraz wesprzeć wykonawcę w monitorowaniu aktualności oprogramowania. Warto podkreślić, że podwykonawca ma być zaangażowany jedynie w asystę techniczną rozumianą jako konsultacje i wsparcie merytoryczne w zakresie funkcjonowania, testowania

i konfiguracji urządzeń i oprogramowania. A więc i w tym przypadku mamy do czynienia z transferem wiedzy i doświadczenia, a nie ze świadczeniem usługi wsparcia technicznego.

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

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

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

sędzia Bolesław Wadowski