

Sygn. akt: XXIII Zs 147/22

XXIII Zs 148/22

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 stycznia 2023 r.

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

Przewodniczący: Sędzia Andrzej Kubica

Protokolant: sekr. sądowy Weronika Banach

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2022 r. w Warszawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem:

zamawiającego: Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W.

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przystępujących po stronie zamawiającego w postępowaniach odwoławczych sygn. akt KIO 2292/22 i KIO 2320/22:

(...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz T. J.; Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 2292/22 wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S.

wykonawcy przystępującego po stronie odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2292/22: Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 2320/22: Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P.

w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 147/22 na skutek skargi odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 2292/22

w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 148/22 na skutek skargi odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 2320/22

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W. z dnia 23 września 2022 r. w sprawach o sygn. akt: KIO 2292/22 i KIO 2320/22

orzeka:

I. w przedmiocie skargi od wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2292/22 (sygn. akt XXIII Zs 147/22)

1. oddala skargę,

2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w S. na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

II. w przedmiocie skargi od wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 2320/22 (sygn. akt XXIII Zs 148/22)

1. oddala skargę,

2. zasądza od Przedsiębiorstwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w P. na rzecz Skarbu Państwa – Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w W. 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

Sędzia Andrzej Kubica

Sygn. akt XXIII Zs 147/22, XXIII Zs 148/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w W. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. Całoroczne (bieżące i zimowe) utrzymanie dróg krajowych zarządzanych przez GDDKiA Oddział w W., w podziale na 3 Części: Część nr 1 – Rejon w O., Część nr 2 - Rejon w P., Część nr 3 - Rejon w P.. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 października 2021 r. pod numerem (...).

Odwołanie w prowadzonym postępowaniu w zakresie Części nr 2 złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. oraz (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w S. (dalej jako (...)) lub Konsorcjum (...) – **sprawa o sygn. akt KIO 2292/22.**

Odwołanie złożono od niezgodnych z przepisami PZP czynności Zamawiającego polegających na:

- wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o. o. w K. (dalej jako: (...)) i zaniechaniu odrzucenia oferty (...), z uwagi na to, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 ze zm., dalej jako: „u.z.n.k.”), jak również zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny,

- zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: (...) sp. z o. o. w W. i Przedsiębiorstwo (...) (dalej jako: Konsorcjum (...)) z uwagi na to, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., jak również zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz błędy w obliczeniu ceny.

Odwołujący (...) zarzucał Zamawiającemu następujące naruszenia:

1. art. 239 ust. 1 i ust. 2 Pzp przez wybór oferty (...), pomimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu i jako taka nie mogła być uznana za najkorzystniejszą;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez:

a. zaniechaniu odrzucenia oferty (...), pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z pkt 17-3 i 17-4 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I, Rozdział I Specyfikacji Warunków Zamówienia) w zw. z pkt. 5-3. i 5-5-5. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) Zarządzanie Kontraktem w zw. z par. 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy (Tom II, Rozdział 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia),

b. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z pkt 17-3 i 17-4 Instrukcji dla Wykonawców (Tom I, Rozdział I Specyfikacji Warunków Zamówienia)

w zw. z pkt. 5-3. i 5-5-5. Szczegółowej Specyfikacji Technicznej (...) Zarządzanie Kontraktem w zw. z par. 11 ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy (Tom II, Rozdział 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia),

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez:

a. zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku, poprzez zaoferowanie świadczenia usługi poniżej kosztów jej świadczenia,

b. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo iż została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu u.z.n.k., polegającego na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku poprzez zaoferowanie świadczenia usługi poniżej kosztów jej świadczenia;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo iż zawierała ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez (...) wyjaśnienia nie uzasadniły podanej w ofercie ceny,

z uwagi na nieprzedstawienie przez (...) sposobu kalkulacji ceny jednostkowej za 1 miesiąc Zarządzania Kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych przy jednoczesnym spełnieniu wymogu zatrudnienia personelu na umowę o pracę w kontekście obowiązujących przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, przepisów ustawy o minimalnym wynagrodzeniu, a także nieprzedstawienie wyjaśnień w szczególności w zakresie przyjętych do wyceny powyższych pozycji ilości roboczogodzin brygad patrolowych, interwencyjnych oraz Zespołu ds. Utrzymania Dróg wraz z odzwierciedleniem ilości etatów niezbędnych do realizacji zadań wskazanych w Grupie Prac nr 11 – Zarządzanie Kontraktem zgodnie z par. n ust. 2 pkt 20 Projektowanych Postanowień Umowy (Tom II, Rozdział 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia) oraz w zakresie zaoferowania ceny jednostkowej w ww. grupie prac obejmującej całkowity koszt świadczenia usług Zarządzania Kontraktem;

4. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...) do udzielenia wyjaśnień celem ustalenia, czy oferta Konsorcjum (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w szczególności zakresie Grupy Prac nr 11 Zarządzanie Kontraktem w zakresie ceny jednostkowej za 1 miesiąc zarządzania kontraktem wraz z patrolowaniem dróg i podejmowaniem działań interwencyjnych;

5. art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez:

a. zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny,

b. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...), pomimo iż zawiera ona błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty (...) jako najkorzystniejszej,

2. odrzucenie oferty (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k, art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp,

3. odrzucenie oferty Konsorcjum (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp,

4. powtórzenie czynności oceny i badania ofert, bez udziału oferty (...) i Konsorcjum (...) i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W przedmiotowym postępowaniu odwołanie złożył również wykonawca Przedsiębiorstwo (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w P. (dalej jako Odwołujący (...)) – **sprawa o sygn. akt KIO 2320/22**.

Odwołanie to złożono także w zakresie części 2 postępowania, wobec następujących czynności podjętych przez Zamawiającego:

1. zaniechania uznania oferty złożonej przez (...) za zawierającą rażąco niską cenę i, w konsekwencji, odrzucenia tej oferty;
2. zaniechania uznania oferty złożonej przez (...) za niezgodną z warunkami zamówienia SWZ i, w konsekwencji, odrzucenia tej oferty;
3. zaniechania wezwania do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny:
 - a. wykonawców z konsorcjum (...),
 - b. wykonawców z konsorcjum (...),
 - c. konsorcjum wykonawców w składzie: (...) sp. z o.o. w W., (...) sp. z o.o. w W., (...) sp. z o.o. w W., (...) sp. z o.o. w W. (łącznie Konsorcjum (...)),
 - d. konsorcjum wykonawców w składzie: (...) sp. z o.o. w W., (...) sp. z o.o. w W. (Konsorcjum (...)),

mimo że oferty tych wykonawców (w tym ich istotne części składowe) powinny wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;

2. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez (...), w sytuacji, w której oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę oraz jest niezgodna z wymogami SWZ.

Odwołujący (...) zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp tj.:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...) (będące skutkiem wadliwej oceny udzielonych wyjaśnień), pomimo że wykonawca ten udzielił wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a zatem nie wykazał, że Jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (w szczególności w zakresie kosztów Grupy Prac nr 11 – Zarządzanie kontraktem), co doprowadziło do nieuzasadnionego wyboru oferty złożonej przez (...) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...); pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (SWZ), gdyż nie obejmuje ona wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia (w zakresie Grupy Prac nr 11 - Zarządzania kontraktem),
3. art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo że wykonawca ten nie uwzględnił w swojej ofercie kosztów minimalnego wynagrodzenia za pracę;
4. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum (...), Konsorcjum (...), Konsorcjum (...) oraz Konsorcjum (...) do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny („RNC”), pomimo iż istotne części składowe ofert tych wykonawców (w zakresie kosztów Grupy Prac nr 11 – Zarządzanie kontraktem) wydają się być rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i niewystarczające do jego wykonania,
5. art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący (...) wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. odrzucenie oferty złożonej przez: (...);

3. wezwanie Konsorcjum (...), Konsorcjum (...), Konsorcjum (...) oraz Konsorcjum (...) do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, w tym istotnych części składowych ofert (w zakresie kosztów Grupy Prac nr 11 – Zarządzanie kontraktem);

4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których uwzględnił część ww. zarzutów. W sprawie KIO 2292/22 Zamawiający uwzględnił zarzuty oznaczone w odwołaniu jako 1, 2a, 4, 6a, Odwołujący (...) wycofał zarzut oznaczonego jako 3a. W sprawie KIO 2320/22 Zamawiający uwzględnił zarzuty 1-3 odwołania. (...) nie zgłosił wobec czynności Zamawiającego sprzeciwu.

W wyroku z dnia 23 września 2022 r. Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie KIO 2292/22 w pkt 1. umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu jako 1, 2a, 4, 6a, z powodu uwzględnienia ich przez Zamawiającego i braku sprzeciwu po stronie (...) oraz w zakresie zarzutu oznaczonego jako 3a z powodu wycofania go przez Odwołującego (...); w pkt 2. oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie; w pkt 3. kosztami postępowania obciążyła odwołującego (...). W sprawie KIO 2320/22 w pkt 1. umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów 1,2,3 odwołania z powodu uwzględnienia ich przez Zamawiającego i braku sprzeciwu po stronie (...); w pkt 2. oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, pkt 3. kosztami postępowania obciążyła odwołującego (...).

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Izba wskazała, że zamawiający w toku badania i oceny ofert, działając w trybie art. 224 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 Pzp w celu ustalenia czy oferta (...) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwrócił się do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Żaden z pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty nie był wzywany do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny ofertowej.

Izba wskazała, że z protokołu postępowania ZP-1 wynikało, że Zamawiający ustalił wartość szacunkową zamówienia dla grupy prac 11 (Zarządzanie kontraktem) na kwotę za miesiąc 165 000,00 zł netto, co łącznie daje kwotę 79 796 337,30 netto, 9 741 600,00 zł brutto. Zamawiający zaznaczył, że ta grupa prac nie może przekroczyć 10% sumy wartości prac grup 1-12. Wartość zamówienia została ustalona na podstawie średniej z ofert z innych postępowań.

Ponadto przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że dla Rejonu 2 na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 98 149 494,88 zł brutto.

W części tej oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) (...) S. A. z kwotą 138 934 234,80 zł
- 2) Przedsiębiorstwo (...) za kwotę 132 720 418,72 zł
- 3) Konsorcjum (...) za kwotę 93 659 985,16 zł
- 4) Konsorcjum (...) za kwotę 104 585 447,37 zł
- 5) Konsorcjum (...) za kwotę 98 944 706,24 zł
- 6) Konsorcjum (...) za kwotę 106 500 924,97 zł
- 7) Przedsiębiorstwo (...) za kwotę 88 685 913,97 zł

Sygn. akt KIO 2292/22

W ocenie Izby zarzut 2b dotyczący naruszenia art. 266 ust. 1 pkt 5 Pzp w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum (...) nie zasługiwał na uwzględnienie.

Izba wskazała, że Konsorcjum (...) złożyło ofertę z ceną 98 944 706,24 zł brutto, z czego kwota 9 871 488 zł brutto (8 025 600 zł netto) została przeznaczona na Grupę prac nr 11 - Zarządzanie Kontraktem w okresie trwania umowy, tj. 48 miesięcy. Miesięczny koszt w zakresie Grupy prac nr 11 — Zarządzanie Kontraktem wskazany przez Konsorcjum wynosił 167 200 zł netto.

Zdaniem Odwołującego (...) oferta konsorcjum (...) była niezgodna z zapisami SWZ, SST i wzoru umowy.

W ocenie Izby odwołujący (...) nie zdołał wykazać w jaki sposób oferta konsorcjum (...) była niezgodna z treścią SWZ co do wymogu nakładającego na wykonawców obowiązek uwzględnienia w każdej cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji. Obowiązkiem odwołującego (...) w ocenie Izby było opisanie, czy też wskazanie w jakim zakresie oferta konsorcjum (...) nie odpowiada wymogom określonym przez Zamawiającego. Odwołujący (...) zaś ową niezgodność treści oferty wiązał nie z samym zobowiązaniem ofertowym ale z kalkulacją ceny ofertowej i w rzekomym jej zaniżeniu. Izba zaznaczyła, że jednocześnie nie wskazał on żadnego elementu oferty, który nie odpowiadał treści SWZ.

Izba zaznaczyła, że odwołujący (...) niezgodności treści oferty Konsorcjum (...) poszukiwał w ramach kalkulacji ceny ofertowej dla grupy prac 11. Nadto podkreśliła, że przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Zaś wystąpienia okoliczności związanych z brakiem zgodności treści oferty Konsorcjum (...) a treścią SWZ, SST i wzoru umowy odwołujący (...) nie udowodnił. W ocenie Izby zestawienie szczegółowej kalkulacji odwołującego (...) z treścią oferty konsorcjum (...) nie było wystarczające do stwierdzenia niezgodności treści oferty z założeniami dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Bez udzielenia przez konsorcjum (...) wyjaśnień ceny ofertowej dla grupy prac 11 i skonfrontowania ich z wymaganiami SWZ nie było możliwe w ocenie Izby potwierdzenie zasadności zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w stosunku do oferty konsorcjum (...). Zarzut przedstawiony w odwołaniu opierał się zaś w głównej mierze na założeniach Odwołującego (...), gdzie do kalkulacji przyjęto pewne założenia wynikające z zapisów SWZ i przepisów prawa powszechnego (w tym prawa pracy) w ujęciu podstawowym. Zatem kalkulacja ta nie odnosiła się do możliwych w pewnych sytuacjach wyjątków, które zostały zastosowane przez konsorcjum (...) a które, co istotne, nie były znane odwołującemu (...).

Zarzut 3b dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. w zakresie zaniechania odrzucenia oferty (...) również w ocenie Izby nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący (...) zarzucił, że oferta konsorcjum (...) złożona została w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż przedmiotowa oferta utrudnia innym wykonawcom dostęp do rynku, ponieważ zaniża koszty wykonania przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby na podstawie ilości złożonych ofert dla Rejonu 2 nie zostało udowodnione, czy choćby uprawdopodobnione takie stanowisko Odwołującego (...). Ten zaś nie wykazał, że w postępowaniu miała miejsce choćby próba eliminacji innego podmiotu przez złożenie oferty przez Konsorcjum (...).

Izba wskazała, że odwołujący (...) nie podał w jaki sposób konsorcjum (...) utrudniało w jego ocenie innym przedsiębiorcom, pozostałym wykonawcom dostępu do rynku, by wypełnić przesłanki z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. W związku z czym w ocenie Izby nie można było uznać, aby zostały spełnione przesłanki do odrzucenia oferty konsorcjum (...) ze względu na utrudnianie innym Wykonawcom dostępu do rynku. Izba zaznaczyła, że odwołujący (...) nie przeprowadził żadnej analizy, czy to rynku właściwego, domniemania pozycji dominującej, nadużywania tej pozycji, w jaki sposób

może dojść do wykorzystania tej pozycji na danym rynku, cech charakterystycznych dla danego rynku i konsorcjum (...) jako podmiotu z danej branży.

Dla Izby niezrozumiałym było także w jaki sposób konsorcjum (...) miałyby naruszać dobre obyczaje składając swoją ofertę. Zaś braku rynkowości ceny oferty konsorcjum (...) Odwołujący (...) w ocenie Izby nie wykazał. Skład orzekający Izby nie dopatrywał się również w ramach oferty konsorcjum (...) działań wskazujących na manipulowanie cenami a przynajmniej takiej manipulacji nie wykazał Odwołujący (...).

Z uwagi na zbieżność zarzutu 5 w sprawie KIO 2292/22 i zarzutu 4 w sprawie KIO 2320/22 co do ich głównych założeń, Izba rozpoznała je łącznie.

Izba przywołując treść art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zaznaczyła, że nie było sporne między stronami postępowania, że część składowa ceny dla grupy prac 11 – zarządzanie kontraktem – była istotna dla przedmiotu zamówienia. Zaznaczyła przy tym, że żadna ze Stron nie przeczyła twierdzeniom podkreślonym szczególnie w sprawie KIO 2320/22. Bezsporne były także okoliczności, że w sprawie nie ziszczyły się obligatoryjne przesłanki skierowania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty w stosunku do żadanego z Wykonawców, których ceny ofertowej kwestionowali łącznie obaj Odwołujący.

W ocenie Izby powinność zamawiającego zastosowania określonej art. 224 ust. 1 ustawy Pzp regulacji oznacza, że zamawiający w przypadku pojawienia się wątpliwości jest do tego uprawniony, a nie zobowiązany.

Izba wskazując wartości ofert złożonych przez wykonawców jak i zamawiającego podkreśliła, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego żaden z wykonawców nie zakwestionował ustalonej wartości szacunkowej zamówienia przy użyciu środków ochrony prawnej. Izba zaznaczyła, że owszem kilkakrotnie Wykonawcy zwracali Zamawiającemu uwagę, że ustalony poziom 10% wartości prac dla grupy 11 jest zbyt niski i wnosili o jego podwyższenie, nawet do 20%, jednak ostatecznie wymagania Zamawiającego nie uległy zmianie i nie zostały zaskarżone. Zatem skoro Zamawiający miał porównać cenę składową złożonych ofert dla grupy 11 z wartością zamówienia, to w ocenie Izby uprawnione były po jego stronie wnioski, że zaproponowane ceny są zbliżone do prognozowanych przez Zamawiającego, nie odbiegają ani kwotowo, ani procentowo od ustaleń samego Zamawiającego. O ile w przypadku oferty (...) cena za grupę prac 11 odbiegała od szacunków Zamawiającego i od cen pozostałych ofert, co w ocenie Izby uprawniało Zamawiającego do wezwania tego wykonawcy do wyjaśnień, o tyle w przypadku innych ofert, takie założenia wydają się Izba nieuzasadnione. Izba podkreśliła także, że globalnie ceny wszystkich kwestionowanych przez Odwołujących ofert przekraczały wyliczenia dla wartości szacunkowej Zamawiającego, co tym bardziej czyniło prawdopodobnym wniosek, że porównanie cen do wartości szacunkowej zamówienia nie mogło, a przynajmniej nie powinno, u Zamawiającego wywołać przekonania o potrzebie wezwania do złożenia wyjaśnień także innych wykonawców, niż (...). Zamawiający wzywając innych niż (...) wykonawców do złożenia wyjaśnień przeczyłby swoim czynnościom szacowania wartości zamówienia. W ocenie Izby nie budziła wątpliwości przykładowa miesięczna cena wykonania usługi 167 000 zł lub jeszcze wyższa w sytuacji, w której zamawiający oszacował tę wartość na 165 000 zł.

Izba dokonując oceny złożonego materiału dowodowego zaznaczyła, że w jej ocenie dowodu na konieczność wezwania do wyjaśnień konsorcjum (...) nie mogło stanowić pismo z dnia 26 lipca 2022 roku, w którym to Wykonawca sformułował swoje wątpliwości wobec kalkulacji w ofercie (...). W ocenie Izby nie można było z góry założyć, że tożsame jak przedstawione w piśmie a odnoszące się do kalkulacji w ofercie (...) założenia przyjęło konsorcjum (...). Tym bardziej dowodu na nieprawidłowość kalkulacji oferty konsorcjum nie mogły stanowić dokumenty w postaci zastrzeżenia informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa złożone przez innych wykonawców w innych postępowaniach. Izba zaznaczyła, że odwołujący (...) posługiwał się zbyt daleko idącym domniemaniem (?), że występowanie z innymi wykonawcami w różnych konsorcjach oznacza taki sam mechanizm kalkulacji w każdym postępowaniu i czynił to, na podstawie treści uzasadnień informacji jako tajemnica przedsiębiorstwa (!).

Izba zaznaczyła, że obaj odwołujący poczynili w odwołaniach dosyć zbieżne założenia w zakresie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, co prowadziło do zbieżności wyliczeń

w zakresie kosztów do poniesienia dla grupy prac 11. Przy czym zauważyła, że w obu przypadkach do wyliczeń przyjęto wariant podstawowy, odnoszący się do najniższego wynagrodzenia za pracę. Izba podkreśliła, że żaden z odwołujących nie odniósł tych wyliczeń do wartości oszacowanej i podanej przez Zamawiającego. Zaś przyjmując założenia i wyliczenia odwołujących za punkt wyjścia, to również szacowanie Zamawiającego albo miało zaniżoną wartość albo nie uwzględniało wymogów SWZ i przepisów prawa pracy, czego jednak odwołujący nie zarzucali. Izba wskazała także, że oprócz głoślośnych twierdzeń odwołujący nie przedstawili Izbie zestawienia wskazanych przez nich okoliczności wraz ze sposobem szacowania wartości zamówienia przez Zamawiającego. Zaś wartość zamówienia była punktem wyjścia dla wszystkich innych elementów kosztotwórczych w ofertach.

Kolejnym punktem odniesienia dla Zamawiającego mogły być jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami. Domniemywać w ocenie Izby należało, iż Zamawiający wyliczając wartość prac dla grupy 11 uwzględnił wszystkie podane przez siebie wymogi we własnej kalkulacji. Zaś zdaniem składu orzekającego Izby odwołujący nie wykazali, że wycena grupy prac 11 powinna była wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości co do możliwości jej wykonania zgodnie z opisanymi założeniami. Izba zaznaczyła, że dyspozycja art. 224 ust. 1 ustawy Pzp odwołuje się do czynników subiektywnych w ocenie samego zamawiającego, zatem mogą to być zupełnie inne okoliczności niż wskazywane w odwołaniu. Jeżeli zatem w odwołaniach nie wykazano żadnych elementów, które mogły wzbudzić u Zamawiającego wątpliwości, to zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie. W ocenie Izby tym bardziej trudno było powyższe wykazać, jeżeli ceny poszczególnych ofert przekraczały szacunek Zamawiającego lub są do niego bardzo zbliżone.

Mając na względzie całokształt okoliczności faktycznych niniejszej sprawy oraz rozpoznając odwołania w granicach zarzutów Izba doszła do przekonania, że żaden z odwołujących nie podważył słuszności stanowiska Zamawiającego w zakresie badania i oceny ofert poszczególnych wykonawców co do wyceny prac dla grupy 11. Wobec czego brak było podstaw do uznania zasadności zarzutów, z których wynikał obowiązek wezwania wykonawców (...), (...), (...) do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty z uwagi na podejrzenie rażącego zaniżenia elementów składowych przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1, art. 223 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie mogły zostać uwzględnione.

Zarzut 6b w sprawie KIO 2292/22 w ocenie Izby także nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odwołujący uważał, że oferta konsorcjum (...) podlega odrzuceniu, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny. Izba ponownie podkreśliła, że Odwołujący okoliczność tę wiązał z obliczeniem ceny ofertowej w sposób niezgodny ze sposobem obliczenia wskazanym w pkt 17-3. i 17-4 Instrukcji dla Wykonawców. Zdaniem Izby takie wnioski nie były uprawnione wobec treści oferty konsorcjum (...). Izba zaznaczyła, że odwołanie koncentrowało się na założeniach przyjętych przez odwołującego (...) i nie odnosiło się do treści samej oferty konsorcjum (...). W ocenie Izby błąd w obliczeniu ceny musi być łatwy do zauważenia, jednoznaczny do identyfikacji i umiejscowienia wobec zasad określonych w dokumentach postępowania. Odwołujący (...) zaś sformułował zarzut bazując na założeniach własnych, w jaki sposób rozumiał i interpretował SWZ i ustalone warunki wykonania przedmiotu zamówienia.

Niezasadny był także w ocenie Izby zarzut 5 w sprawie KIO 2320/22

Izba doszła do przekonania, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszył zasad określonych w art. 16 ustawy Pzp. Wszystkie złożone w postępowaniu oferty zostały przez Zamawiającego ocenione w tożsamy sposób, do wszystkich zastosowano reguły określone w dokumentach postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji, wydając w sprawach orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b, § 8 ust. 2 pkt 1 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 2020r., poz. 2437 ze zmianami).

Skargę, o sygn. akt **XXIII Zs 147/22**, na powyższe wniosło konsorcjum (...) (skarżący (...)) zaskarżając orzeczenie KIO w części tj. w zakresie rozstrzygnięcia sprawy KIO 2292/22 zawartego w części A, co do pkt 2 i pkt 3 (3.1 i 3.2.) sentencji wyroku.

Zaskarżonemu wyrokowi skarżący (...) zarzucił:

1. Naruszenie przepisów postępowania, tj. art. 542 ust. 1 Pzp polegające na braku wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i dokonaniu jego oceny sprzecznej z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego uznania przez Izbę, że:

a. Skarżący nie wykazał w jaki sposób oferta (...) jest niezgodna z treścią SWZ co do wymogu nakładającego na wykonawców obowiązek uwzględnienia w każdej cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji,

b. Skarżący nie udowodnił wystąpienia okoliczności związanych z brakiem zgodności treści oferty (...) a treścią SWZ i SST oraz wzoru umowy,

c. Skarżący nie wskazał żadnego elementu oferty, który nie odpowiada treści SWZ,

d. Skarżący nie wykazał, że wycena Grupy Prac nr 11 – zarządzenia kontraktem powinna była wzbudzić u zamawiającego wątpliwości, co do możliwości wykonania zgodnie z opisanymi założeniami,

e. Zestawienie szczegółowej kalkulacji skarżącego z treścią oferty (...) nie jest wystarczającego do stwierdzenia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, a kalkulacja odzwierciedla założenia skarżącego, które nie muszą odpowiadać założeniami innych wykonawców, a przede wszystkim nie odnoszą się do okoliczności, które mogły wpłynąć na obniżenie kosztów danej pozycji przez danego wykonawcę, w tym konsorcjum (...),

f. Skarżący do kalkulacji przyjął pewne założenia wynikające z SWZ i prawa pracy w ujęciu podstawowym, a kalkulacja nie odnosi się do możliwych w pewnych sytuacjach wyjątków, bowiem skarżącemu nie jest znana metodologia wyceny Grupy Prac nr 11 – zarządzenia kontraktem, którą zastosował (...),

g. Zamawiający wyliczając wartość prac dla Grupy Prac nr 11 – zarządzenia kontraktem uwzględnił wszystkie podane przez siebie wymogi we własnej kalkulacji

h. Skarżący nie wykazał, że w postępowaniu miała miejsce próba eliminacji innego podmiotu przez złożenie oferty (...), a także nie podał w jaki sposób (...) utrudnia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku i nie przeprowadził żadnej analizy, czy to rynku właściwego, domniemania pozycji dominującego, nadużywania tej pozycji, w jaki sposób może dojść do wykorzystywania tej pozycji na danym rynku, cech charakterystycznych dla danego rynku i (...) jako podmiotu z danej branży,

i. Wyliczenia skarżącego nie uwzględniały specyficznych okoliczności, szczególnych rozwiązań, które mogą dotyczyć każdego z wykonawców, a które nie muszą być skarżącemu znane,

j. Kalkulacja przedstawiona przez skarżącego nie jest jedynym właściwym modelem kalkulacji,

Z ostrożności, w razie uznania, że nie doszło do naruszenia przepisów prawa procesowego skarżący zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego:

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznania, że zamawiający nie naruszył tego przepisu w stosunku do oferty (...),

3. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i ust 2 u.z.n.k. oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że oferta konsorcjum (...) nie narusza wyższej wskazanych przepisów

4. art. 224 ust. 1 w zw. z art. 223 ust 1 Pzp poprzez ich niezastosowanie i uznanie, że brak było podstaw do wezwania (...) do złożenia wyjaśnień

5. art. 226 ust 1 pkt 10 pzp poprzez jego niezastosowanie i uznania, że zarzut ten jest nieuprawniony wobec treści oferty (...)

Mając powyższe zarzuty na uwadze skarżący (...) wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części poprzez uwzględnienie odwołania skarżącego i nakazanie zamawiającemu: odrzucenie oferty konsorcjum (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, art. 226 ust. 1 pkt 7, art. 226 ust 1 pkt 10 Pzp; powtórzenie czynności oceny i badania ofert, bez udziału oferty konsorcjum (...) i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego (przeciwnika skargi). Nadto o zasądzenie od przeciwnika skargi na rzecz skarżącego (...) zwrotu kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ponadto Skarżący (...) na wypadek zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed dniem wydania orzeczenia kończącego postępowanie w niniejszej sprawie, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w zaskarżonej części poprzez stwierdzenie naruszenia przepisów Pzp i obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego.

Kolejno skarżący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu ze wskazanych w skardze dokumentów.

W odpowiedzi na powyższe Zamawiający (przeciwnik skargi) wniósł o oddalenie skargi (...) jako oczywiście bezzasadnej oraz o zasądzenie od skarżącego na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych.

Skargę o sygn. akt **XXIII Zs 148/22** wniósł także odwołujący (...) (skarżący (...)) zaskarżając orzeczenie KIO w części tj. w zakresie rozstrzygnięcia sprawy KIO 2320/22 zawartego w części tj. w odniesieniu do litery B pkt 2 i 3 (3.1 i 3.2.) sentencji wyroku.

Zaskarżonemu wyroku skarżący (...) zarzucił:

1. naruszenie przepisów postępowania, które miała istotny wpływ na wynik sprawy, tj.: art. 542 ust. 1 Pzp w zw. z art. 531 Pzp poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego, dokonanie dowolnej, a nie swobodnej oceny dowodów i argumentów, prowadzące do nieprawidłowo przeprowadzonego postępowania dowodowego w sprawie, objawiające się :

a. bezzasadnym przyjęciem, że nie jest możliwe określenie minimalnego (poniżej którego nie jest możliwa realizacja zamówienia zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego) kosztu wykonania zamówienia w zakresie grupy prac nr 11- zarządzanie kontraktem,

b. pominięcie przez KIO dowodów złożonych przez skarżącego, tj. przykładowych ofert pracy na stanowiska pracowników drogowych bez doświadczenia,

c. bezzasadnym założeniem, że skoro cena ofertowa danego wykonawcy skalkulowana została na poziomie zbliżonym do szacunkowej wartości określonej przez zamawiającego, to zasadne jest przyjęcie, że jest to cena prawidłowa i nie jest możliwe wykazanie, że zamawiający powinien przeprowadzić procedurę wyjaśniającą w zakresie rażąco niskiej ceny,

d. nieuzasadnionym założeniem, że wykonawcy, których wyceny są kwestionowane przez skarżącego są konsekwencją „specyficznych okoliczności, szczególnych rozwiązań”

co w rezultacie doprowadziło do oparcia wyroku o błędne ustalenie polegające na przyjęciu, że skarżący nie uczynił zadość ciężarowi dowodowemu w sprawie oraz że skarżący nie wykazał, że zaoferowane przez wykonawców: konsorcjum (...), konsorcjum (...), konsorcjum (...), ceny są na zbyt niskim poziomie i nie przedstawił uzasadnionych twierdzeń w zakresie konieczności badania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny,

2. naruszenia przepisów prawa tj. art. 224 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez ich wadliwą wykładnię (a w konsekwencji nieuzasadnione niezastosowanie) polegające na uznaniu, że nie doszło do wypełnienia przesłanek, które obligowałyby zamawiającego do wezwania wskazanych powyżej wykonawców do udzielenia wyjaśnień ceny w odniesieniu do grupy prac nr 11 – zarządzanie kontraktem

Z uwagi na powyższe skarżący (...) wniósł o uwzględnienie skargi w całości poprzez orzeczenie co do istoty sprawy oraz zmianę wyroku poprzez uwzględnienie odwołania (...) z 5 września 2022 r. a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego (...) kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przewidzianych. Ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz skarżącego (...) kosztów procesu, w tym kosztów postępowania skargowego (II instancyjnego) i kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na powyższą skargę zamawiający (przeciwnik skargi) wniósł o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

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.

W ocenie Sądu obie skargi nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów obu odwołań, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby prowadzące do ich oddalenia. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w skargach zarówno w sprawie XXIII Zs 147/22 jak i XXIII Zs 148/22 sprowadzają się do prezentowania przez skarżących własnych, a konkurencyjnych wobec Krajowej Izby Odwoławczej ocen faktycznych i prawnych 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 obu skargach nie okazał się zasadny.

Podkreślić należy, że w istocie zarzuty skarżącego (...) jak i skarżącego (...) są wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należycie ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w obu przedmiotowych skargach, 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 Pzp). W niniejszej sprawie Izba, dokonała swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. Izba w skarżonym wyroku prawidłowo ustaliła stan faktyczny, z którym obaj skarżący w złożonych skargach co do zasady nie polemizują, ale wyłącznie w odmienny sposób dokonują oceny zgromadzonego materiału dowodowego. Dodać zaś należy, iż w ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to każdy ze skarżących wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy też jeszcze o braku logicznego powiązania przyjętych

wniosków z zebrany materiał dowodowy. Błędy na które zaś wskazuje zarówno skarżący (...) jak i skarżący (...) będące następstwem naruszenia art. 542 Pzp odnoszą się w zasadzie do zarzutów prawa materialnego, które również podnieśli ci skarżący. Z tego też względu Sąd Okręgowy odniesie się do nich w dalszej części niniejszego uzasadnienia.

W tym zakresie do skargi o **sygn. akt XXIII Zs 147/22** wskazać należy, że w istocie zarzut skarżącego (...) odnosi się do rzekomych błędów poczynionych w ofercie konsorcjum (...), których to Izba nie uznała. Analiza materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie nie wskazuje na prawidłowość stanowiska skarżącego. Wbrew jego ocenie Izba nie zajmuje wewnętrznie sprzecznego stanowiska. Sąd Okręgowy podziela rozważania Izby, w którym wskazuje, że skarżący (...) (odwołujący (...)) nie udowodnił braku zgodności oferty konsorcjum (...) z treścią SWZ, SST i wzoru umowy. Owszem skarżącemu (...) nie była i nie jest znana metodologia wyceny grupy prac nr 11, którą zastosował (...) stąd poczynił swoje wyliczenia. Nie zmienia to jednak okoliczności, iż samo zestawienie kalkulacji z treścią oferty (...) nie jest wystarczającego do stwierdzenia niezgodności treści oferty z założeniami wynikającymi z dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zaznaczyć należy, że skarżący (...) upatruje niezgodności oferty konsorcjum (...) w istocie w błędnym sposobie liczenia kosztów pracy brygad patrolowych i interwencyjnych, co w konsekwencji w ocenie skarżącego (...) świadczy o jej nierynkowej cenie. Na tej podstawie skarżący (...) wywodzi, że konsorcjum (...) dopuściło się czynu nieuczciwej konkurencji. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem skarżącego (...), który z jednej strony wskazuje, że nie ma wiedzy zgodnie z jaką metodologią (sposobem) konsorcjum (...) poczynił wyliczenia w złożonej ofercie, ale jest wręcz pewny, że wykonawca ten zrobił to niezgodnie z wymaganiami zamawiającego. Podkreślić w tym miejscu także należy z całą stanowczością, że nie sposób, opierać swojego stanowiska na ofertach innych wykonawców złożonych w innych postępowaniach i wskazywać na tożsamą metodologię wyliczeń cen ofertowych lecz tego nie wykazując.

Materiał dowodowy zebrany w niniejszym postępowaniu nie wskazuje także, że konsorcjum (...) utrudnia przedsiębiorcom dostęp do rynku. Świadczy o tym chociażby wielość złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W istocie twierdzenia skarżącego opierają się na przypuszczeniach i domysłach, których skarżący (...) nie wykazał. Nie sposób przy tym w ocenie Sądu oceny dokonanej przez Izbę uznać za nielogiczną, niekompletną i nietrafną. Skarżący nie zdołał podważyć w ocenie Sądu analizy dokonanej przez Izbę.

Podkreślenia wymaga, że Sąd rozpoznając skargę nie może opierać się na przypuszczeniach bądź domniemaniach skarżącego a na materiale dowodowym zgromadzonym w niniejszej sprawie. Zaś przedstawiony materiał dowody nie wskazuje na poprawność stanowiska prezentowanego przez skarżącego (...).

W odniesieniu do zarzutów naruszenia prawa materialnego, które w ocenie Sądu należy uznać za chybione, wskazać w pierwszej kolejności, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunków zamówienia zawarta jest w art. 7 pkt 29) Pzp, zgodnie z którą przez warunki zamówienia należy rozumieć: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami Zamawiającego.

Niewątpliwie cena rażąco niska odnosi się do całego świadczenia tj. przedmiotu zamówienia. Orzecznictwo jak i doktryna wskazują także, że o rażąco niskiej cenie można mówić wówczas, gdy element świadczenia ceny jest oderwany od realnych cen rynkowych. Jeśli wielkość taka zostaje następnie skompensowana cenami za inne elementy świadczenia i w całości cena nie nabiera charakteru rażąco niskiego, zamawiający nie powinien ingerować w zasady przeprowadzania kalkulacji wewnętrznej (w obrębie przedmiotu zamówienia) dokonanej przez wykonawcę. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie (tak np. Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych w wyroku z

7.04.2005 r., UZP/ZO/o-611/05, LEX nr 179370, Krajowa Izba Odwoławcza w postanowieniu z 1.08.2008 r., KIO/UZP 756/08, LEX nr 442749, i wyroku z 11.03.2011 r., KIO 374/11, LEX nr 784821, czy też Sąd Okręgowy w Poznaniu w postanowieniu z 17.01.2006 r., II Ca 2194/05, niepubl.). Jedynie w sytuacji, gdy zaniżona cena jednostkowa skutkuje nierynkowym obniżeniem ceny oferty, może stać się faktyczną przyczyną odrzucenia oferty.

Jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, do części zamówienia co którego odnosi się skarga ofertę złożyło 7 wykonawców. Złożone przez nich oferty, oprócz oferty (...) nie odbiegały znacząco od wartości oszacowanej przez zamawiającego. Logicznym jest w ocenie Sądu, że każdy z wykonawców poczynił wyliczenia na podstawie stosowanej przez siebie polityki czy też założeń. Nie sposób z różnic w wartościach złożonych ofert wywieść, że oferta niższa niż wskazana przez skarżącego (...) jest ofertą nierynkową. Sąd Okręgowy podziela przy tym stanowisko zamawiającego, że różnica w cenie oferty podyktowana jest pozycją każdego z wykonawców na odpowiednim rynku jak również na relacjach handlowych czy nawet specyfice organizacji pracy.

W ocenie Sądu Okręgowego kalkulacja przedstawiona przez skarżącego (...) nie może być uznana za jedyną i właściwą tylko dlatego że przyjmuje minimalne wynagrodzenia, gdyż jak wskazuje przeciwnik skargi, z czym zgadza się Sąd, wyliczenie spornej kalkulacji może zawierać także inne rozwiązania, które wynikają wprost z kodeksu pracy a mogłyby determinować wartość kosztów osobowych.

Podkreślić należy, że wbrew twierdzeniom skargi, w takiej sytuacji Zamawiający nie był zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień. Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Jednakże jest to dopuszczalne jedynie, gdy w sprawie istnieją wątpliwości. W niniejszej sprawie, takich wątpliwości nie było. Jeśli skarżący (...) miał wątpliwości co do oferty złożonej przez konsorcjum (...) to w ocenie Sądu powinien wystosować odpowiednie pismo, w którym sformułowałby swoje wątpliwości wobec tej kalkulacji i co istotne wątpliwości te rzeczowo uzasadnił.

Sąd rozpoznający niniejszą skargę nie znalazł podstaw na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego do uznania, iż przeciwnik skargi (zamawiający) miał obowiązek wezwania wykonawcy (...) do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny oferty z uwagi na podejrzenie rażącego naruszenia elementów składowych przedmiotu zamówienia.

W zakresie skargi o **sygn. akt XXIII Zs 148/22** wskazać należy, że także i zarzuty skarżącego (...) w ocenie Sądu stanowiły jedynie polemikę z prawidłowym rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej.

Skarżący (...) także w ocenie Sądu nie zdołał wykazać twierdzeń podniesionych w złożonej skardze. Jako, że powyższe rozważania Sądu w zakresie wyliczeń (kalkulacji) ceny ofertowej odnoszą się też do skarżącego (...) Sąd nie będzie ich powielał. Należy jedynie dodać, jak słusznie zauważył to także przeciwnik skargi, że skarżący (...) mimo twierdzeń o rzekomych wątpliwościach co do ofert złożonych przez innych wykonawców nie załącza dowodów potwierdzających jego stanowisko. Wszakże za takie nie może być uznana własna kalkulacja skarżącego (...) z przyczyn analogicznych do wskazanych już powyżej w odniesieniu do skarżącego (...). Skarżący (...) także jak i skarżący (...) nie kwestionowali, do czego mieli uprawnienie, szacunkowej ceny zamówienia ustalonej przez zamawiającego. Zaznacza to Izba w uzasadnieniu zaskarżonego rozstrzygnięcia. Zaś w ocenie Sądu należy tę okoliczność także podkreślić.

W ocenie Sądu rozpoznającego niniejszą sprawę postępowanie skargowe nie służy do naprawiania wcześniejszych zaniechań wykonawców, którzy po wyborze przez zamawiającego oferty innego wykonawcy szukają możliwości ich późniejszej naprawy.

Mając powyższe na uwadze, działając w granicach skargi i zaskarżenia, Sąd Okręgowy orzekł jak w wyroku i na podstawie art. 588 ust. 1 Pzp oddalił obie skargi, w zakresie skargi o sygn. akt XXIII Zs 147/22 oddalił skargę skarżącego (...) zaś w zakresie skargi o sygn. akt XXIII Zs 148/22 skargę skarżącego (...).

O kosztach postępowania skargowego w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 147/22 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. Skarżący (...) przegrał

postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi w całości.

O kosztach postępowania skargowego w sprawie o sygn. akt XXIII Zs 148/22 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. Skarżący (...) przegrał postępowanie skargowe w całości, dlatego też został obciążony kosztami procesu poniesionymi przez przeciwnika skargi w całości.

Odnośnie zaś wysokości zasądzonych kosztów (ustalonych od wskazanej w skardze wartości przedmiotu zaskarżenia), wskazać należy, że 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 radców prawnych (Dz.U. 2015 r., poz. 1804 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 Andrzej Kubica