

Sygn. akt VIII Ga 184/15

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 3 lipca 2015 r.

Sąd Okręgowy w Szczecinie VIII Wydział Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Agnieszka Woźniak

Sędziowie: SO Anna Budzyńska

SO Krzysztof Górski

Protokolant: starszy sekretarz sądowy Agnieszka Grygiel

po rozpoznaniu w dniu 26 czerwca 2015 r. na rozprawie

sprawy ze skargi Zamawiającego Skarbu Państwa- Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwa O.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. G. (1), P. D., M. K. oraz interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego R. H.

na skutek skargi zamawiającego od wyroku (...) z dnia 14 kwietnia 2015 roku sygnatura akt KIO 637/15

I. zmienia zaskarżony wyrok w punktach 1 i 2 w ten sposób, iż oddala odwołanie w całości oraz zasądza solidarnie od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. G. (1), P. D., M. K. na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa- Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwa O. kwotę 3600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania wywołanych odwołaniem;

II. zasądza solidarnie od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. G. (1), P. D., M. K. na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa- Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwa O. kwotę 1200 zł (jeden tysiąc dwieście złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego,

III. zasądza solidarnie od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. G. (1), P. D., M. K. na rzecz interwenienta ubocznego R. H. kwotę 16200 zł (szesnaście tysięcy dwieście złotych) tytułem kosztów postępowania odwoławczego,

IV. nakazuje ściągnąć solidarnie od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. G. (1), P. D., M. K. na rzecz Skarbu Państwa (Sądu Okręgowego w Szczecinie) kwotę 75 000 zł (siedemdziesiąt pięć tysięcy złotych) tytułem opłaty sądowej od skargi.

SSO Anna Budzyńska SSO Agnieszka Woźniak SSO Krzysztof Górski

Sygn. akt VIII Ga 184/14

## UZASADNIENIE

Wyrokiem (...) z dnia 14 kwietnia 2015 r. uwzględniono odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia K. G. (1), P. D. i M. K. i nakazano zamawiającemu Skarbowi Państwa – Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu Lasy Państwowe Nadleśnictwo O. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie

czynności badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę R. H. (pkt 1), przy czym kosztami postępowania obciążono zamawiającego (pkt 2).

*W uzasadnieniu wskazano, że podstawę ustaleń faktycznych stanowiły dokumenty przedstawione Izbie, dokumenty złożone przez strony, jak również oświadczenia i stanowiska stron zawarte w pismach oraz oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu rozprawy. Izba jest zobowiązana do badania z urzędu czy zostały spełnione przesłanki, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (określanej dalej jako (...)), warunkujące możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej. (...) nie podzieliła stanowiska zamawiającego i ustaliła, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy (...), kwalifikowana możliwością poniesienia przez niego szkody. W ocenie I. Odwołujący ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, bowiem złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu i jest bezpośrednio zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Ziściła się także przesłanka możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy (...). Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu, a zatem w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, dotyczących zaniechania odrzucenia oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza, będzie miał możliwość uzyskania zamówienia. Przedmiotem rozstrzygnięcia jest natomiast to, czy zamawiający dokonał prawidłowej oceny oferty złożonej przez R. H. w zakresie rażąco niskiej ceny. Zarzuty odwołania w sposób niejasny i niedookreślony odnoszą się również do innych ofert złożonych w postępowaniu, nie zmienia to jednak oceny co do kwestii legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania skoro przedmiotem odwołania jest zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez R. H., jako zawierającej rażąco niską cenę, względnie, z uwagi na to, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, a to już może implikować możliwość powstania szkody przez odwołującego w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (...). Izba ustaliła, że w przedmiotowym postępowaniu zostało złożonych 10 ofert, przy czym żadna z nich nie została przez zamawiającego odrzucona. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej: (...)) wynika, że przy ocenie ofert zamawiający brał pod uwagę cenę usługi (90%), doświadczenie wykonawcy (5%) i potencjał ludzki (5%). Oferta złożona przez przystępującego, opiewała na kwotę 593.180,61 zł brutto, (549.241,30 zł netto) i otrzymała największą ilość punktów, tj. 100 pkt. Oferta złożona przez odwołującego się, opiewała na kwotę 609.878,70 zł brutto i została sklasyfikowana na 2 miejscu z ilością 97,54 pkt. Zatem, różnica w cenach obu ofert wynosiła 16.698,09 zł. Ceny pozostałych ofert kształtowały się w granicach od 611.683,14 zł do kwoty 743.763,60 zł brutto. Wartość zamówienia netto bez zamówień uzupełniających wynosi 800.752,10 zł, wartość zamówienia netto łącznie z zamówieniami uzupełniającymi wynosi 1.201.128,15 zł. Zgodnie z pkt 3.2. SIWZ przedmiot zamówienia obejmuje: wykonanie usługi z zakresu pozyskania i zrywki drewna w Leśnictwie D., O., Ł. G., Ś., G., C. z wykorzystaniem maszyn specjalistycznych, przy czym łączna masa drewna przeznaczona do maszynowego pozyskania w cięciach rębnych i przedrębnych to 20.200,00 m<sup>(3)</sup> oraz łączna masa drewna przeznaczona do zrywki w cięciach rębnych i przedrębnych to 20.200,00 m<sup>(3)</sup>. W pkt 3.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że w ramach realizacji przedmiotu zamówienia wymaga, aby Wykonawca pozyskał ręcznie przy pomocy pilarki spalinowej ok.1.600 m<sup>(3)</sup>, co ma dotyczyć sortymentów cennych SO WABo. W dniu 11 marca 2015 roku Zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty poprzez udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny - przedstawienie kosztów i wydajności sprzętu, kosztów wynagrodzenia oraz pochodnych, oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia, dostępnych dla wykonawcy oraz ewentualnej pomocy publicznej, pouczając o treści art. 90 ust. 3 ustawy (...). Przystępujący*

**złożył przedstawił kalkulację kosztów wskazując, że posiadane przez niego maszyny harwester i forwarder posiadają średnią wydajność pozyskania i zrywki drewna w cięciach rębnych na poziomie  $20\text{m}^{(3)}/\text{godz.}$ , co przy 8 godzinnym dniu pracy pozwala na osiągnięcie wydajności  $160\text{m}^{(3)}$  drewna dziennie. Natomiast w skali miesiąca (po przepracowaniu 21 dni) –  $3.360\text{m}^{(3)}$ . Wyjaśnił, że w związku z pozyskaniem i zrywką ww. masy drewna poniesie następujące koszty: koszt utrzymania pracowników  $10.220\text{zł}$ : operator forwardera -  $1,00\text{zł}/\text{m}^{(3)} \times 3.360\text{m}^{(3)} = 3.360\text{zł}$ , operator harwestera -  $1,00\text{zł}/\text{m}^{(3)} \times 3.360\text{m}^{(3)} = 3.360\text{zł}$ , pilarz –  $3.500\text{zł}$ ; koszt paliwa przy średnim zużyciu paliwa 2 litry na zrywkę i pozyskanie  $1\text{m}^{(3)}$  drewna  $30.240\text{zł}$  miesięcznie ( $2\text{I}/\text{m}^{(3)} \times 3\text{360}\text{m}^{(3)} = 6.720\text{I} \times 4,50\text{zł}/\text{l} = 30\text{240}\text{zł}$ ); koszt przewiezienia sprzętu  $11.200\text{zł}$  –  $2.800\text{km}$  przy stawce  $4,00\text{zł}/\text{km}$ ; miesięczne koszty poniesione na materiały eksploatacyjne (oleje, smary, węże hydrauliczne, łańcuchy) - ok.  $5\text{000}\text{zł}$ ; miesięczny koszt amortyzacji sprzętu to  $10.040\text{zł}$  (kwota tak niska, bo na posiadanym sprzęcie nie ciąży żadne raty kredytowe i leasingowe); pozostałe koszty w skali miesiąca –  $6.480\text{zł}$ . Miesięczne koszty poniesione na utrzymanie maszyn wynoszą  $73.180\text{zł}$ , co daje koszt pozyskania i zrywki  $1\text{m}^{(3)}$  drewna  $21,78\text{zł}$ . Wyjaśnił, że przedstawiona przez niego kalkulacja ma pełne odzwierciedlenie w rzeczywistości, gdyż wykonuje usługi na terenie innych Nadleśnictw, jako główny wykonawca, gdzie stawki za pozyskanie i zrywkę drewna kształtują się na poziomie stawek przez niego zaoferowanych. W odpowiedzi na kolejne pismo zamawiającego dotyczące m. in. kosztów i wydajności sprzętu przystępujący wyjaśnił, że posiadane przez niego harwester i forwarder posiadają średnią wydajność  $2.100\text{m}^{(3)}$  pozyskanego i zerwanego drewna przy 8- godzinnej zmianie roboczej w skali miesiąca Koszty związane z pozyskaniem i zrywką takiej ilości drewna kształtują się następująco: koszt utrzymania pracowników  $8.540\text{zł}$ , koszt paliwa  $23.625,00\text{zł}$ ; koszty poniesione na materiały eksploatacyjne  $5.000\text{zł}$ ; amortyzacja sprzętu  $10.040\text{zł}$ ; pozostałe koszty związane z użytkowaniem maszyn  $6.480\text{zł}$ . Miesięczne koszty poniesione na utrzymanie maszyn w cięciach przedrębnych wynoszą  $53.625\text{zł}$ , co daje koszt pozyskania i zrywki  $1\text{m}^{(3)}$  drewna w cięciach przedrębnych w granicach  $25,54\text{zł}$ . Przedstawione kwoty są wartościami brutto.**

Powołując się na brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 4 i 90 ust. 1-3 ustawy (...)uznała, że zamawiający ma prawo, ale i obowiązek zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w zakresie zaoferowanej przez wykonawcę ceny oferty, w tym dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, jeśli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Art. 90 ust. 1 ustawy (...)implikuje bezwzględny obowiązek zamawiającego wezwania danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy zaoferowana cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Powyższe nie zamyka zamawiającemu drogi do zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienia w pozostałych przypadkach. Gdyby zatem zamawiający powziąłby wątpliwości, co do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, w tym i Odwołującego, to mógłby wezwać ich do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny oferty, i to dwukrotnie, i uznał, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę. W odpowiedzi na odwołanie Podnosił przy tym, że porównanie cen złożonych ofert w prowadzonym przez niego postępowaniu, pokazało, że ceny rynkowe ukształtowały się na poziomie o 24% niższym od oszacowanej przez zamawiającego kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, a co więcej zaoferowane ceny są do siebie zbliżone, zaś połowa ofert oscyluje w okolicach 70% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia. Powołał się również na wyniki podobnych przetargów realizowanych na obszarze Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w S.. Stwierdził, że nie ma wątpliwości co do tego, że cena oferty złożonej przez Przystępującego nie jest ceną rażąco niską, jednakże z uwagi na ewentualne problemy zwrócił się do przystępującego o złożenie wyjaśnień.

*(...) podzieliła pogląd, zgodnie z którym nie istnieje domniemanie prawne ani faktyczne istnienia rażąco niskiej ceny wynikające tylko z tego powodu, że zamawiający poprosił o wyjaśnienia w tym zakresie. Brak stosownego domniemania nie oznacza, że wykonawca ma nie złożyć rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień, popartych dowodami, nie zwalnia też zamawiającego z dokonania rzetelnej oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę. Składanie wyjaśnień nie może być traktowane jako jedynie czynność pro forma. Skoro zatem zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, a wykonawca te wyjaśnienia złożył, to winien on dokonać wszechstronnej ich analizy. Nie wystarczy już odwołanie się wyłącznie do cen pozostałych ofert, złożonych w danym postępowaniu, ich średniej arytmetycznej lub do stawek pozyskania i zrywki na obszarze Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w S., na potwierdzenie, że oferta danego wykonawcy, który złożył wyjaśnienia, nie zawiera rażąco niskiej ceny. Powołane wprost nakładają na wykonawcę obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wykazać, oznacza, coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Nie wystarczą zatem deklaracje i twierdzenia, wykonawca jest zobowiązany udowodnić czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Nie będą zatem spełniać przesłanki „wykazania” gołosłowne, niczym nie poparte twierdzenia.*

*W ocenie I. złożone przez przystępującego wyjaśnienia są nierzetelne, nieprecyzyjne i w żaden sposób nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny ofertowej. Rozbieżności w poszczególnych kosztach wskazanych w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 roku i 18 marca 2015 roku, w szczególnościach w kosztach utrzymania pracowników i w kosztach paliwa mogą wynikać z charakteru prac, których one dotyczą. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 12 marca 2015 roku odniósł się do wydajności pozyskania i zrywki drewna w cięciach rębnych i przedstawił kalkulację kosztów, zaś w drugich wyjaśnieniach przedstawił kalkulację kosztów związaną z pozyskaniem i zrywką drewna wcięciach przedrębnych, jednak nie wyjaśnił dlaczego te różnice występują i w takiej wysokości. Nie przedstawił kalkulacji kosztów związanych z pozyskaniem i zrywką drewna w cięciach przedrębnych i nie wyjaśnił zamierza wykonywać te prace, czy równoległe, czy w jakikolwiek inny sposób, i konsekwencji z tego wynikających dla kalkulacji przedstawionych kosztów. Odnosząc się do złożonych przez przystępującego wyjaśnień Izba wskazała, że kalkulacja dotyczy kosztów utrzymania trzech pracowników, zaś z wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia wynika, że do realizacji przedmiotowego zamówienia wykonawca zamierzał przeznaczyć pięciu pracowników (w tym koordynatora). W swoich wyjaśnieniach wykonawca w ogóle nie odniósł się do kwestii wynagrodzenia koordynatora. Ponadto nie wskazał, że jego pracownicy będą wynagradzani akordowo, przy czym wskazał na stawki takiego wynagrodzenia: operatorzy harwestera i forwardera 1,00 zł/m<sup>3</sup>. Przystępujący nie przedstawił jakichkolwiek dowodów potwierdzających ww. koszty, a przedstawione w wyjaśnieniach kalkulacje związane w ogóle nie korespondują z dokumentami załączonymi do oferty - umowami o pracę zawartymi z tymi pracownikami. Z umów tych bowiem w ogóle nie wynika akordowy system wynagradzania. Umowy określają jedynie miesięczne wynagrodzenie zasadnicze, przy czym wskazane w wyjaśnieniach wynagrodzenie pilarza nie pokrywa się z przedstawionymi umowami o pracę - jest ono wyższe od określonego w umowie, co poddaje w wątpliwość rzetelność kalkulacji. Umowy pochodzą sprzed kilku lat, a zatem mogą nie przedstawiać aktualnych warunków zatrudnienia, zaś przystępujący nie przedstawił żadnych aneksów do umów o pracę. Izba zauważyła także, że przystępujący został wezwany do przedstawienia kosztów pochodnych i nie odniósł się do tej kwestii, a nie ulega wątpliwości, że takie koszty również są ponoszone w sytuacji zatrudniania pracowników. Wykonawca może wprawdzie realizować inne zamówienia i w ich ramach ujmować pozostałe koszty związane z zatrudnieniem tych samych pracowników, niemniej jednak powinien powołać się na to w wyjaśnieniach i wykazać tą okoliczność. Tymczasem, z wyjaśnień wynika, jedynie, że wykonawca obliczył*

**wydajność pozyskania i zrywki drewna przy założeniu 8-godzinnej zmiany roboczej, podał stawki wynagrodzenia akordowego w przypadku operatorów maszyn i stałą stawkę w przypadku pilarzy, natomiast w żaden sposób nie odniósł się do innych składników wynagrodzenia i pochodnych, czy innych kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników przy wyspecyfikowanych pracach. Skoro zatem dokonana kalkulacja nie pozostaje w związku, z treścią złożonej oferty i załącznikami do oferty, przyjęto że przystępujący nie wyjaśnił elementów oferty mających wpływ na jej cenę.**

**(...) przyjęła również, że przystępujący nie tylko nie udowodnił, ale też nie wyjaśnił, dlaczego do kalkulacji ceny poszczególnych kosztów przyjął określone kwoty (cena paliwa stawka przewiezienia sprzętu itd.) i co wchodzi w zakres pozostałych miesięcznych kosztów związanych z użytkowaniem maszyn wielooperacyjnych. Brak wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować winny odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy (...). Izba ustaliła zatem, że przedstawione przez przystępującego wyjaśnienia nie potwierdzają, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo. Potwierdził się zatem zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy (...)z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego. Tym samym potwierdził się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy(...)**

**(...) uznała również, że bezzasadny jest zarzut odnoszący się do zaniechania odrzucenia oferty z uwagi na to, że jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Powołując się na brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy (...)oraz art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Izba zauważyła, że ogólnikowe i niespójne wyjaśnienia co do ceny oferty, które nie powinny zostać uwzględnione, nie oznaczają jeszcze same przez się, że wykonawca ten utrudniał innym przedsiębiorcom dostęp do rynku. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał okoliczności, które przesądzałyby o popełnieniu przez przystępującego czynu nieuczciwej konkurencji. Czyn ten musi być popełniony świadomie i z winy umyślnej, o czym świadczy użyte w przepisie sformułowanie „w celu”, co odwołujący winien udowodnić. Zwrócić należy ponadto uwagę, że różnica pomiędzy cenami ofert, złożonymi przez odwołującego i przystępującego była niewielka, co skutkowało uznaniem, że odwołujący nie wykazał okoliczności, potwierdzających podniesiony powyżej zarzut.**

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy (...) oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a) i pkt 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Skargę na powyższe orzeczenie wywiódł zamawiający, wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez oddalenie dowołania w całości i zasądzenie od wykonawcy na rzecz skarżącego kosztów postępowania.

Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił:

1) naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, to jest:

a) art. 192 ust. 7 ustawy (...) w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy (...) poprzez orzeczenie w zaskarżonym wyroku co do zarzutu, który nie był zawarty w odwołaniu,

b) art. 190 ust. 1a ustawy (...) poprzez uznanie, że przystępujący nie wykazał, iż cena oferty nie jest rażąco niska,

c) art. 190 ust. 5 ustawy o (...) poprzez uznanie, że fakty powszechnie znane wymagają przedstawienia dowodu z dokumentu,

d) art. 190 ust. 7 ustawy o (...) poprzez brak wszechstronnej analizy materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, co doprowadziło do błędów w ustaleniach faktycznych, polegających na uznaniu, iż wyjaśnienia przystępującego nie potwierdzają, że cena oferty została skalkulowana prawidłowo oraz, że nie są spójne i przekonujące, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska;

2) naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

a) art. 90 ust. 1 ustawy (...) poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykonawca zobowiązany jest wykazać, że cena jego oferty nie jest rażąco niska wyłącznie za pomocą dowodów z dokumentów, podczas gdy ustawodawca nie ogranicza katalogu dopuszczalnych środków dowodowych,

b) art. 90 ust. 3 ustawy (...) w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (...) poprzez ich zastosowanie i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez R. H., podczas gdy przystępujący złożył wyjaśnienia, które nie potwierdziły, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

***W uzasadnieniu skarżący powołując się na brzmienie art. 180 ust. 3 ustawy (...) zauważył, że odwołujący nie sformułował zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty przystępującego zawierającej cenę rażąco niską, ani czynności polegającej na uznaniu przez zamawiającego, iż przystępujący wykazał, że jego cena nie jest rażąco niska tj. zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 PZP, który stanowił podstawę do uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą (zwaną dalej jako (...)). Podniesienie nowego zarzutu w toku rozprawy przed (...) należy uznać za spóźnione, bowiem, po upływie terminu na wniesienie odwołania możliwe jest jedynie dalsze przytaczanie dowodów oraz argumentacji na poparcie stanowiska strony, natomiast nie jest możliwe formułowanie nowych bądź istotna zmiana postawionych zarzutów. Niemożliwe było sanowanie błędnego sformułowania zarzutów odwołania w toku rozprawy.***

W dalszej części uzasadnienia odwołania skarżący zauważył, że (...) ***nie rozstrzygnęła, że cena zaoferowana przez przystępującego jest rażąco niska***, lecz jedynie stwierdziła, że złożone wyjaśnienia są niewystarczające dla uznania, że cena ta nie jest rażąco niska. W ocenie skarżącego wszechstronnie rozważył on, czy cena oferty przystępującego może stanowić cenę rażąco niską, biorąc pod uwagę szereg zagadnień. (...) nie uwzględniła, że skarżący dokonał oceny z perspektywy podmiotu, który ma rozległą wiedzę na temat warunków prowadzenia gospodarki leśnej. Okoliczności dotyczące ceny oferty dla usług pozyskania w cięciach rębnych i przedrębnych są faktami powszechnie znanymi zarówno dla skarżącego jak i wykonawców biorących udział w postępowaniu, gdyż wynikają ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Różnice w tych kosztach są zrozumiałe dla podmiotów biorących udział w postępowaniu na wykonywanie usług leśnych i nie wymagają dowodu ani odrębnego komentarza. Odnosząc się do rozważań (...) dotyczących sposobu wykonywania prac w cięciach rębnych i przedrębnych skarżący zauważył, że kwestie te także wynikają ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwane dalej jako (...)) oraz sposobu świadczenia usług przez wykonawcę w niej określonych (pkt 3.2, 3.4, załącznik nr 8 i 11). Tam podano ogólny szacunkowy rozmiar usług planowanych do wykonania w całym okresie obowiązywania umowy, zarówno w cięciach rębnych jak i przedrębnych, zaś szczegółowy harmonogram wykonywanych prac leżał po stronie zamawiającego i uzależniony był od jego bieżących potrzeb. Wykonawca na etapie składania ofert nie ma szczegółowej wiedzy kiedy i jakie czynności będzie wykonywał. Co się zaś tyczy wyjaśnień dotyczących utrzymania pracowników wskazał, że zamawiający wymagał, aby wykonawcy przystępujący do postępowania wykazali spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia tj. co najmniej 2 osobami posiadającymi uprawnienia operatora, co najmniej 2 osobami posiadającymi uprawnienia pilarza oraz co najmniej 1 osobą z wykształceniem leśnym, przy czym dopuścił możliwość łączenia uprawnień operatora z innymi wymaganymi w jednej osobie. ***Wykazanie spełnienia warunku w zakresie potencjału kadrowego, nie oznacza jednocześnie zobowiązania wykonawcy do wykonywania przedmiotu zamówienia przy pomocy konkretnych osób wskazanych w wykazie.*** Zamawiający za prawidłowe uznał natomiast

założenie, że dla należytego wykonania usług w jednym miesiącu potrzebne jest zaangażowanie trzech pracowników. Skarżący zakwestionował również stanowisko dotyczące niespójności dotyczących zasad wynagradzania podnosząc, że umowy o pracę zostały przedłożone jedynie w celu wykazania liczby zatrudnionych pracowników wg stanu na dzień składania ofert, a nadto **kalkulacja dotyczy umowy w sprawie zamówienia publicznego, która jeszcze nie została zawarta i** zawiera szacunek wyliczony w oparciu o planowane koszty. Przyjęte założenie, przystępujący powinien „wprowadzić w życie” po zawarciu z zamawiającym umowy, zaś zmiana warunków umów o pracę przed uzyskaniem przez przystępującego pewności, że uzyska przedmiotowe zamówienie, byłaby nielogiczna i sprzeczna ze wzorcem postępowania racjonalnego przedsiębiorcy. Zamawiający zweryfikował przy tym, czy wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny oferty odpowiada co najmniej wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę i otrzymał w tym zakresie wynik pozytywny, przy nadwyżce na ewentualne koszty dodatkowe. Odnosząc się zaś do kwestii pochodnych kosztów zatrudnienia skarżący zauważył, że założył, iż wskazywane koszty utrzymania przedstawiają pełną kalkulację wszystkich kosztów związanych z utrzymaniem pracownika.

W kontekście niewykazania przyjętych do kalkulacji kwot skarżący zaprzeczył, aby wszystkie elementy kalkulacji oferty wymagały udowodnienia za pomocą dokumentów. Wartości przedstawione przez przyjmującego są zaś **powszechnie znane**. Dotyczy to zarówno cen paliw, kosztów transportu sprzętu w ramach których podano planowaną ilość kilometrów oraz stawkę za kilometr (znaną zamawiającemu posiadającemu sprzęt przeznaczony do pracy w lesie). Nadto nie jest możliwe dokładne określenie poszczególnych składników kosztów eksploatacyjnych maszyn wielooperacyjnych, jak również ich dokładna wycena, co uzasadniało uznanie za wystarczające zaplanowanie tych kosztów w orientacyjnej, racjonalnej wysokości, zgodnej z wytycznymi (...) ( (...) and A. O.). Z kolei faktury dokumentujące zakup materiałów eksploatacyjnych potwierdzają wyłącznie cenę towaru za określoną liczbę jego jednostek, a nie faktyczne zużycie poszczególnych materiałów przez daną maszynę oraz wysokości kosztów przypadających na dany okres. Zasadne i racjonalne było również określenie pozostałych, awaryjnych kosztów na poziomie 6.800 zł, przy czym ich dokładnej wysokości nie sposób przewidzieć na etapie wyceny.

Skarżący zakwestionował uznanie, jakoby wyjaśnienia rażąco niskiej ceny bezwzględnie wymagają przedłożenia dowodów z dokumentów. Przepis ten nie zawiera katalogu środków dowodowych, zatem również wyjaśnienia wykonawcy mogą stanowić dowód na okoliczność realnego i rzeczywistego charakteru zaoferowanej ceny, tym bardziej że wysokość kosztów w znacznej mierze opiera się na stawkach wynikających z przepisów prawa oraz stawkach powszechnie znanych lub znanych zamawiającemu. Wyjaśnienia przystępującego są w tym zakresie spójne i logiczne. Przystępujący dostatecznie wykazał, że oferowana cena nie jest rażąco niska, lecz nawet w przypadku przyjęcia, że wyjaśnienia przystępującego obarczone są pewnymi nieścisłościami i nie wyjaśniają w pełnym zakresie wysokości zaoferowanej ceny, nie stanowi to wystarczającej podstawy do odrzucenia oferty wobec **niewykazania przez wykonawcę, że cena nie jest rażąco niska**. Tym samym, odrzucenie oferty nie było w niniejszej sprawie dopuszczalne wobec braku ustaleń co do tego, że oferta przystępującego była rażąco niska. Odnosząc się do definicji ofert rażąco niskiej skarżący podkreślił natomiast, że druga w kolejności oferta cenowa była droższa o niecałe 3 % ceny brutto tej oferty przystępującego, ceny 70% złożonych ofert są niższe o ponad 20% od kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert stanowi 76,7% kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, ceny rynkowe ukształtowały się na poziomie ok 24 % niższym niż wartość przedmiotu zamówienia i na podobnym poziomie ukształtowały się ceny w innych jednostkach Regionalnej Dyrekcji Lasów Państwowych w S., a z kalkulacji ceny przystępującego wynika, że osiągnie on zysk w wymiarze 28-30% ceny oferty.

Przystępujący R. H. złożył interwencję uboczną po stronie skarżącego, wnosząc o zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby odwoławczej poprzez oddalenie odwołania oraz zasądzenie od przeciwnika skargi kosztów interwencji ubocznej w wysokości 15.000 zł oraz kosztów zastępstwa prawnego w II instancji w związku ze sporządzeniem interwencji ubocznej w kwocie 5.400 zł.

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

Sąd Okręgowy po zapoznaniu się ze stanowiskiem skarżącego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, interwenienta ubocznego jak również po przeprowadzeniu postępowania dowodowego na

rozprawie odwoławczej, doszedł do przekonania, że skarga od wyroku (...) z dnia 14 kwietnia 2015 r. zasługuje na uwzględnienie.

***W pierwszej kolejności za uzasadnione uznał Sąd odwoławczy zarzuty skarżącego dotyczące naruszenia przepisów prawa materialnego, a polegające na błędnej wykładni czy też niewłaściwym zastosowaniu przez Krajową Izbę Odwoławczą przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. 2013 r., poz. 907 ze zm., zwana dalej ustawą (...)), w szczególności normy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 2 i 3. Nieprawidłowe zastosowanie powołanych przepisów polegało w ocenie skarżącego na uznaniu, że wykazanie przez wykonawcę, iż oferowana cena nie jest rażąco niska nastąpić może wyłącznie za pomocą dowodów z dokumentów, a następnie ustalenie że oferta złożona przez R. H. zawiera rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia cenę, co skutkować winno odrzuceniem oferty.***

***Istotnie, w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku (...) wskazała, że zamawiający w sposób nieuprawniony nie dokonał odrzucenia oferty interwenienta ubocznego. Podkreślono przy tym, że odrzucenie powinno być dokonane z tego względu, że pomimo przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i przedstawienia określonych informacji przez przystępującego (interwenienta ubocznego w niniejszej sprawie), ten nie wykazał, iż zaoferowana przez niego cena była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, przedstawione przez niego wyjaśnienia są niespójne i nielogiczne, a nadto nie zostały poparte żadnymi dowodami. Krajowa Izba Odwoławcza uznała w konsekwencji, że nie było podstaw do ustalenia, że cena zaoferowana przez interwenienta ubocznego nie jest rażąco niska. Niemniej jednak nie wskazała wprost w uzasadnionym wyroku, że cena oferenta, którego oferta została wybrana w trybie zamówienia publicznego – przetargu nieograniczonego jako najkorzystniejsza, jest rażąco niska i nie podała z jakich konkretnie przyczyn.***

***Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (...) zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jednakże zanim taką decyzję podejmie, winien w razie powzięcia wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego, zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny (art. 90 ust. 1 ustawy (...)). Należy w tym miejscu podkreślić, że ostatnia z powołanych norm obowiązuje w cytowanym brzmieniu od dnia 19 października 2014 r., a jej celem było przeciwdziałanie cenom dumpingowym i takim sytuacjom, w których zostałby wybrany wykonawca, który zaoferował cenę zaniżoną, nieadekwatną do realiów obowiązujących na rynku konkretnych usług i uniemożliwiająca wywiązanie się z warunków zamówienia. Na uwadze trzeba mieć przede wszystkim zapewnienie realizacji zamówienia i uniknięcie sytuacji, w której cena stanowiłaby jedyne kryterium wyboru wykonawcy. Powołany cel uregulowania należy uwzględnić przy ocenie istnienia przesłanek do odrzucenia oferty.***

Należy jednak podkreślić, jak trafnie podnosi skarżący, że ustawa nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny. W tym zakresie należy odnosić się do kryteriów wypracowanych dotychczas w orzecznictwie sądów powszechnych, a niejednokrotnie wynikających również z orzecznictwa (...). Rażąco niska cena jest to cena, która w sposób rażący, nadmierny odbiega od ceny rynkowej i przy przyjęciu której nie jest możliwe wykonanie zamówienia. Jest to cena, która wskazuje na to, że zamówienie ma być realizowane poniżej wartości kosztów i robocizny. Jest ona nierealna z punktu widzenia zasad logiki, doświadczenia, racjonalności i ekonomiki podejmowanych przez przedsiębiorcę działań, odbiegająca od podobnych realizowanych na rynku zamówień. Punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są przede wszystkim: wartość przedmiotu zamówienia, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu, jak również wiedza, doświadczenie życiowe i rozeznanie warunków rynkowych jakimi dysponują członkowie komisji zamawiającego (tak też Prawo zamówień publicznych. Komentarz., W. D., J. J., M. S., Lex 2014 i powołane tam orzecznictwo). Przekładając powyższe na grunt niniejszego stanu faktycznego zauważyć trzeba, że



przy ocenie przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy (...) konieczne było odniesienie się do zakresu zamówienia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wartości ofert innych wykonawców, a także informacji o cenach usług, materiałów i wynagrodzeń pracowników w branży leśnej. Zgromadzony materiał dowodowy nie pozwala na przyjęcie, aby zamawiający takie okoliczności, dane przy dokonywaniu oceny pominął. Przeczą temu zarówno zobowiązania do złożenia wyjaśnień, jak również zeznania świadka W. C.. Zobowiązania te dotyczyły bowiem uzupełnienia danych dotyczących kosztów i wydajności sprzętu, kosztów wynagrodzeń, przyjętych rozwiązań technicznych, co przy uwzględnieniu charakteru podmiotu organizującego przetarg i posiadanej wiedzy umożliwiło weryfikację złożonych wyjaśnień. Co więcej, powołany powyżej świadek potwierdzał, że komisja przetargowa dokonywała oceny ofert, w tym oferty R. H. na podstawie stawek, obowiązujących przy realizowanych inwestycjach, w oparciu o doświadczenie, wiedzę specjalistyczną.

***Powołane powyżej okoliczności doprowadziły Sąd odwoławczy do uznania za zasadny zarzut skarżącego, dotyczący błędnej wykładni i przyjęcie, że wykonawca zobowiązany był wykazać, że cena wskazana w ofercie nie jest rażąco niska za pomocą dokumentów. Takie założenie nie wynika wprost z literalnego brzmienia art. 90 ust. 1 ustawy (...) i nie ma również podstaw do nadania temu przepisowi takiego znaczenia w drodze wykładni. Co więcej zaaprobowanie stanowiska (...) w omawianym zakresie skutkowałoby przyjęciem, że wykonawca ma obowiązek wykazywać dokumentami dane dotyczące chociażby cen paliw, co byłoby nieracjonalne wobec tego, że informacje takie są powszechnie znane i łatwo weryfikowalne. Powyższe czyni zasadnymi również zarzuty skarżącego dotyczące naruszenia przepisów postępowania, w tym art. 190 ust. 5 ustawy o Pzp i uznanie, że wymagały wykazania także okoliczności znane zamawiającemu z urzędu. Skarżący sam wskazywał, że posiadał wiedzę na temat stawek obowiązujących chociażby co do stawek dotyczących wykorzystania maszyn, stawek wynagrodzenia, stąd zbędną formalnością było zobowiązanie do wyjaśnień i przedstawianie dowodów w tym zakresie.***

***Wskazać jednak również trzeba, że z reguły wartość zamówienia, która zostaje określona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest pewną wartością projekcyjną, planowaną. Nie zawsze odzwierciedla w pełni wartości, wysokości kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. Co prawda kalkulacja, stanowiąca podstawę do sporządzenia specyfikacji, znajduje oparcie w danych o cenach usług czy produktów danego rodzaju, to jednak z całkowitą pewnością ni da się przewidzieć jaka będzie dokładnie wysokość kosztów związanych z realizacją zamówienia. Zatem do momentu otwarcia, przystąpienia do realizacji zgłoszonych ofert nie ma możliwości stwierdzenia, czy określona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wartość zamówienia jest ceną rynkową. Ustalenie ceny rynkowej odbywa się bowiem na podstawie analizy zamówień realizowanych w podobny sposób – przy zbliżonym przedmiocie zamówienia, rodzaju inwestycji, miejscu jej wykonania, zaangażowaniu środków, pracowników, wykorzystaniu podobnych materiałów i sprzętu. Dotyczy to ofert składanych w warunkach niezakłóconej konkurencji. Warunki takie występują zaś faktycznie po ogłoszeniu przetargu i jego warunków. Dopiero wówczas zamawiający może w istocie stwierdzić jaka jest cena rynkowa, wynika ona ze średniej arytmetycznej składanych ofert. Ocena wysokości ceny, jej rażącego zaniżenia nie może być dokonywana zatem w oderwaniu od cen innych oferentów, ubiegających się o udzielenie zamówienia.***

***Rację ma również zamawiający podkreślając, że art. 90 ust. 1 ustawy (...) wskazuje na określony tryb postępowania wyjaśniającego w sytuacji gdy dokonana analiza ofert pod kątem ceny doprowadzi do uznania, że cena jest w mniemaniu zamawiającego rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Powołany przepis zawiera uszczegółowienie, wskazując że takie wątpliwości mogą powstać w szczególności gdy cena jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej***

**cen wszystkich złożonych ofert. Odnosi się on zatem wprost do przesłanek powołanych powyżej, wskazywanych w orzecznictwie i w doktrynie jako niezbędnych przy ocenie rażąco niskiej ceny.**

**Przyjmuje się, że średnia arytmetyczna winna obejmować również tę cenę, co do której istnieje prawdopodobieństwo, podejrzenie, że jest ona rażąco niska. Taka konstrukcja przepisu, jak wynika z zeznań świadka W. C., spowodowała, że zamawiający dokonując oceny oferty interwenienta ubocznego R. H. doszedł do przekonania, że nie jest to cena rażąco niska. Zdecydował się na przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, zaś po analizie wyjaśnień złożonych przez przystępującego nie miał już żadnych wątpliwości w tym zakresie. Należy przy tym podkreślić, że w toku postępowania przetargowego zamawiający dokonał oceny wszystkich dziesięciu ofert, stosując kryterium ceny, doświadczenia i potencjału ludzkiego. R. H. zgłosił ofertę, oferując wykonanie zamówienia za cenę brutto 593.180,61 zł, zaś w warunkach przetargu określono, że zamawiający na sfinansowanie zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 864.812,27 zł.. Oferta R. H. stanowi zatem 68,6% kwoty przeznaczonej na realizację tego zamówienia, przy czym cena zaoferowana przez wykonawców ubiegających się o wspólne udzielenie zamówienia stanowi 70,5% tej ceny (zaoferowano cenę 609.878,70 zł). Cena zaproponowana przez kolejnego oferenta, K. B. – 611.683,14 zł, co stanowi 70,7%. W świetle powyższych wskazań nie można mówić o tym, aby oferta R. H. zawierała cenę rażąco niską, chociażby z uwagi na fakt samego arytmetycznego przeliczenia i to że jest zbliżona pod względem ceny do innych ofert. Różnicy na poziomie 2% przy takiej wartości przedmiotu zamówienia nie sposób uznać za znaczącą, powodującą że cena najniższa w zestawieniu z pozostałymi oceniona może zostać jako nierealna. Cena ta nie spełnia również kolejnego kryterium – nie jest niższa o 30% od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Średnia arytmetyczna przy uwzględnieniu wszystkich ofert wynosi 663.295,45 zł, zaś 30% z tej kwoty to 198.988,63 zł. Zestawienie podanych sum wskazuje, że oferta złożona przez R. H. nie zawierała rażąco niskiej ceny. Jedynie stwierdzenie, że cenę można zakwalifikować jako rażąco niską uprawniało zamawiającego do odrzucenia oferty. Skoro zaś ustalenia poczynione przez K. (...)nie pozwoliły na przyjęcie, że zaoferowana przez interwenienta ubocznego cena jest rażąco niska, nie było podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 4 ustawy (...).**

**Mając na uwadze poczynione powyżej ustalenia Sąd odwoławczy podzielił zarzuty skarżącego dotyczące ustalenia, że wykonawca nie wykazał, iż cena oferty nie jest rażąco niska. Przedstawione w uzasadnieniu wyroku (...) argumenty w ocenie Sądu odwoławczego nie pozwalają na skuteczne podważenie, jednoznaczne zdyskwalifikowanie wyjaśnień interwenienta ubocznego i danych przedstawionych w jego ofercie. Nie sposób również postawić zamawiającemu zarzutu, iż przeprowadził postępowanie wyjaśniające w nieprawidłowy sposób. Przede wszystkim jednak w kontekście zestawienia oferowanej przez interwenienta ubocznego ceny i cen przedstawionych przez innych oferentów, przy odniesieniu do wartości przedmiotu zamówienia, nie sposób przesądzić że oferta została skalkulowana nieprawidłowo i przedstawione w niej wartości były nierealne, nieadekwatne do stawek i cen stosowanych na rynku.**

Sąd odwoławczy zauważa również, że w kontekście brzmienia art. 90 ust. 3 ustawy (...) zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty, co do której wykonawca w ogóle nie złożył wyjaśnień, zaś w pozostałych przypadkach ma możliwość oceny tych wyjaśnień w celu stwierdzenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę czy też nie. Dopiero w razie stwierdzenia, że wyjaśnienia są niespójne, nierzetelne, aktualizuje się po stronie zamawiającego uprawnienie do odrzucenia oferty. Natomiast samo wskazanie, że zamawiający dokonuje oceny wyjaśnień wraz z dowodami nie oznacza, że oferent ma obowiązek w każdym przypadku złożyć dowody. Oferent ma obowiązek jedynie wyjaśnienia, a to zamawiający ma dokonać oceny czy złożone wyjaśnienia wykazują czy zaoferowana cena jest rażąco niska. Wyjaśnienia mogą opierać się chociażby o przedstawienie wyliczeń, powołanie się na źródła danych. Rozumowanie (...) jest nieprawidłowe, skoro wniosek o tym, że zamawiający powinien odrzucić ofertę wywiedziono stąd, że zaniechanie przedstawienia dowodów skutkuje automatycznie uznaniem, że wykonawca nie wykazał, aby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Takie stanowisko jest błędne i sprzeciwia się celowi regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych, a w szczególności poddanych analizie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art.90. Znaczenia tych przepisów należy upatrywać w uniemożliwieniu oferentowi, który zaproponował rażąco niską ofertę, a w konsekwencji nie daje gwarancji rzetelności, jakości i terminowości wykonania prac, wygrania przetargu i przystąpienia do realizacji zamówienia publicznego. Poleganie na literalnym brzmieniu przepisu, interpretowanie go w sposób dosłowny, oderwany od jego celu, sprzeciwia się celowi ustawy.

Uwzględniając zatem powołane wnioski i brzmienie art. 198f ust. 2 ustawy (...) Sąd odwoławczy uznał, iż skarga zamawiającego jest zasadna, a w konsekwencji zmienił zaskarżone orzeczenie i oddalił odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (pkt I). Zgodnie bowiem ze zdaniem 2 powołanego przepisu w przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie.

Konsekwencją uwzględnienia skargi, było orzeczenie o kosztach postępowania na podstawie art. 108 k.p.c. w zw. z art. 98 § 1 i 3 k.p.c. W związku z oddaleniem odwołania, zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu, to wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obciążał solidarny obowiązek zwrotu kosztów postępowania wywołanych odwołaniem na rzecz zamawiającego. Przyznana na rzecz zamawiającego kwota 3.600 zł stanowiła równowartość wynagrodzenia pełnomocnika, ustalone na podstawie §3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od dowołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010 rok, Nr 41, poz. 238). Interwenant uboczny w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą nie był reprezentowany przez pełnomocnika zawodowego i nie złożył wniosku o przyznanie kosztów poniesionych przed Izbą, stąd Sąd odwoławczy nie orzekał o kosztach interwenienta ubocznego w tym postępowaniu.

***W pkt II Sąd orzekł o kosztach postępowania odwoławczego, uznając że wobec uwzględnienia skargi obciążają one solidarnie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym zasądził na rzecz zamawiającego kwotę 1.200 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, przyjmując za podstawę do ustalenia jego wysokości §10 ust. 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. 2013 r., poz. 490).***

Konsekwencją uwzględnienia skargi było również orzeczenie o kosztach, poniesionych przez interwenienta na podstawie art. 107 k.p.c. Zgodnie ze zdaniem 3 powołanego uregulowania sąd może przyznać interwenantowi koszty interwencji od przeciwnika obowiązującego do zwrotu kosztów. Skoro zatem to wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zostali zobowiązani do solidarnego zwrotu kosztów, należało zasądzić od nich na rzecz R. H. kwotę 16.200 zł tytułem kosztów postępowania odwoławczego. Na podaną kwotę składa się 15.000 zł tytułem opłaty od interwencji ubocznej (k.96) i 1.200 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, ustalone jak wyżej (pkt III).

Z uwagi na fakt, że zamawiający był zwolniony od kosztów sądowych z mocy ustawy i nie uiścił opłaty od skargi na orzeczenie (...), o kosztach w tym zakresie Sąd odwoławczy miał obowiązek orzec w orzeczeniu kończącym postępowanie. Podstawę rozstrzygnięcia w tym zakresie stanowił art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t. jedn. Dz. U. 2014 rok, poz. 1025 ze zm.), zgodnie z którym kosztami sądowymi, których strona nie miała obowiązku uiścić lub których nie miał obowiązku uiścić kurator albo prokurator, sąd w orzeczeniu kończącym sprawę w instancji obciąża przeciwnika, jeżeli istnieją do tego podstawy, przy odpowiednim zastosowaniu zasad obowiązujących przy zwrocie kosztów procesu. Wysokość opłaty została ustalona w oparciu o art. 34 ust. 1 powołanej ustawy na 75.000 zł (5×15.000 zł). Taką kwotę Sąd nakazał ściągnąć od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w pkt IV wyroku.

**SSO A. B. SSO A. W. SSO K. G.**

Sygn. akt VIII Ga 184/15

S., 21 sierpnia 2015 roku

## ZARZĄDZENIE

1. (...)

2. (...)

3. (...)

- (...)

- (...) M. M.(...)

- (...)

4. (...)

5. (...)