

WYROK
z dnia 14 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum OPEGIEKA Sp. z o.o. w Elblągu i „Geo Ingenieurservice Polska” Sp. z o.o. w Gdyni w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni przy udziale wykonawcy GISPRO Sp. z o.o. w Szczecinie przystępującego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. wykonawcy GISPRO Sp. z o.o. w Szczecinie oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę GISPRO Sp. z o.o. w Szczecinie przystępującego po stronie zamawiającego i:
 - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum OPEGIEKA Sp. z o.o. w Elblągu i „Geo Ingenieurservice Polska” Sp. z o.o. w Gdyni tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od przystępującego GISPRO Sp. z o.o. w Szczecinie na rzecz konsorcjum OPEGIEKA Sp. z o.o. w Elblągu i „Geo Ingenieurservice Polska” Sp. z o.o. w Gdyni kwotę 18 600,00 zł (osiemnaście tysięcy sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie
wyroku z dnia 14 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt: 3049/20

Zamawiający Skarb Państwa – Dyrektor Urzędu Morskiego w Gdyni, ul. Chrzanowskiego 10, 81-338 Gdynia, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonanie monitoringu brzegów morskich na podstawie danych uzyskanych metodą lotniczego skanowania laserowego LIDAR, ortofotomapy oraz profili poprzecznych brzegu morskiego”, ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 czerwca 2020 r., pod numerem 2020/S 121 – 296129, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 20 listopada 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia konsorcjum „Geo Ingenieurservice Polska” Sp. z o.o., ul. J. Słowackiego 56/10, 81-392 Gdynia i Opegieka Sp. z o.o., Al. Tysiąclecia 11, 82-300 Elbląg (dalej zwani jako „odwołujący”).

We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz pkt 16, art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy GISPRO z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty złożonej w Postępowaniu oraz poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy GISPRO, pomimo, iż wykonawca GISPRO nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz pomimo, iż Wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 1-3 Ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISPRO, pomimo, iż zaoferował w Postępowaniu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie wykazał i nie udowodnił w ramach prowadzonego postępowania wyjaśniającego, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienie wyboru oferty wykonawcy GISPRO Sp. z o.o. w Szczecinie (zwanego także „wykonawcą GISPRO”), powtórzenie badania i oceny ofert wykluczenie wykonawcy GISPRO z postępowania oraz odrzucenie jego oferty. Wniesiono także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów, w tym dowodów z dokumentów powołanych w odwołaniu oraz dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a także przedłożonych w toku postępowania odwoławczego – na okoliczności przytoczone w odwołaniu oraz w toku postępowania odwoławczego. Ponadto, odwołujący wniósł o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu środka zaskarżenia odwołujący wskazał co następuje. Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 i

art. 90 ust. 1-3 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GISPRO, pomimo, iż zaoferował cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz nie wykazał i nie udowodnił w ramach prowadzonego postępowania wyjaśniającego, że zaoferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej. W ocenie odwołującego GISPRO zaniżył ceny usług batymetrycznych, w wyniku czego cena jego oferty ma charakter rażąco niski.

Wykonawca GISPRO zaoferował cenę o prawie 40 % niższą od wartości zamówienia powiększoną o wartość podatku VAT tj. 2.322.230,16 zł tj. o kwotę ponad 1,5 mln zł niższą niż budżet zamawiającego. W konsekwencji prowadzonych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. przez zamawiającego, wykonawca GISPRO w piśmie z dnia 25.08.2020 r. (pkt 48), a następnie w piśmie z dnia 11.09.2020 r. potwierdził tę informację i wskazał, odnośnie prac pomiarowych batymetrycznych, liczbę dni jakie przewiduje i jaka jest jego zdaniem konieczna do wykonania przedmiotu umowy. W opinii odwołującego jest to rażąco zaniżona liczba, która wskazuje na brak doświadczenia wykonawcy w prowadzeniu tego rodzaju prac.

Zarzut ten jest szczególnie zasadny w aspekcie ofertowej ceny jednostkowej za wykonanie profilu poprzecznego brzegu morskiego, która stanowi odpowiednio 42% (367,77 zł brutto - oferta GISPRO vs 874,53 zł brutto – oferta OPEGIEKA) i 38% (367,77 zł brutto vs 971,70 zł brutto – oferta MGGP Aero) ceny pozostałych ofert. Wymagania dokładnościowe pomiaru batymetrycznego, określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (SOPZ) punkt 3.2 podpunkt 5, nakładają na wykonawcę szereg ograniczeń dotyczących bezpośrednio warunków meteorologicznych oraz hydrologicznych, w jakich możliwe będzie zachowanie dokładności pomiaru. Wyjaśnienia podwykonawcy GISPRO, dotyczące planowanych dni pomiaru batymetrycznego oraz dni w trybie gotowości, wskazują na błędne, wynikające z braku doświadczenia w realizacji tego rodzaju przedsięwzięć, założenia.

Dodatkowym argumentem wskazującym, iż oferta zawiera rażąco niski koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia jest bezzasadne obniżenie, tj. bez podstawy prawnej i faktycznej kosztu całego zamówienia o 8%. Wykonawca GISPRO, jak wskazał w swych wyjaśnieniach z dnia 25.08.2020 r. (pkt 56), obniżył koszt całości zamówienia o 8% wskazując, iż uzyskał pomoc publiczną – dofinansowanie na zakup batymetrycznego laserowego skanera, który jest wymagany przy realizacji zamówienia, co ma wynikać z obniżenia zryczałtowanych kosztów pośrednich z 35% do 27%, w skutek uzyskanej pomocy. W ocenie odwołującego, takie twierdzenia po pierwsze są niezgodne z prawem, a po drugie nie ma jakichkolwiek dowodów mogących potwierdzić takie głoszone wskazania. Obniżenie zaś całości kosztów zamówienia, a tym samym ceny o 8% stanowi o tym, iż wykonawca zaoferował cenę nierealistyczną, która nie pokrywa kosztów wykonania zamówienia. Równie dobrze wykonawca GISPRO mógł napisać, że powyższa pomoc publiczna pozwoliła mu na obniżenie kosztów o 18%, i tak nie można tego twierdzenia, którego nie poparto żadnymi dowodami, zweryfikować, co powoduje, iż są to jedynie subiektywne twierdzenia wykonawcy.

Argumentacja o obniżeniu kosztu całego projektu w skutek dofinansowania zakupu ww. skanera o 8% jest także z tego powodu bezzasadna, iż spowodowałoby to stratę u wykonawcy GISPRO i powodowałoby to konieczność zwrotu części dotacji. Jeżeli GISPRO, jak twierdzi w pkt 60-62 wyjaśnień z dnia 11.09.2020 r., wykorzysta skaner do realizacji zamówienia (do celów komercyjnych) w trakcie trwania projektu badawczego, to projekt badawczy wygeneruje nieplanowany dochód. W takim przypadku jest to jednoznacznie z pomniejszeniem dotacji o wartość dochodu uzyskanego z takiego działania. Zatem istotna część kosztów zamówienia będzie musiała być zwrócona do NCBiR. GISPRO nie wskazuje jaka to będzie kwota, ale z pewnością obciążą ona stratą realizację przedmiotowego zamówienia. Uzyskane przychody z zamówienia będą niższe o wartość zwrotu dotacji i nie pokryją więc kosztów realizacji zamówienia. GISPRO w kalkulacji cenowej zamówienia nie wykazało bowiem dodatkowej pozycji kosztowej na pokrycie zwrotu części dotacji do NCBiR.

Ponadto, według odwołującego, przyjęcie takiej konstrukcji przez wykonawcę GISPRO, że środek trwały zakupiony na potrzeby projektu będzie w tym samym czasie używany do realizacji przedmiotowego zamówienia powoduje, iż w sposób nieuprawniony pomoc publiczna, udzielona jako dotacja z NCBiR, jest używana do zniżenia ceny usługi (środek trwały jest już opłacony w ramach projektu). Jak GISPRO wskazuje w swoich wyjaśnieniach, dzięki takiemu mechanizmowi obniżyło realne koszty o dodatkowe aż 8%. Działanie takie jest nieuprawnione, bowiem wartość środka trwałego niezależnie od dotacji się nie zmienia. Wartość zamówienia jest zatem w sposób nieuprawniony zaniżona o nieustaloną kwotę części dotacji podlegającej zwrotowi oraz nadzwyczajne oszczędności w wysokości 8%. GISPRO nie przedstawiło też informacji jakie będą faktyczne koszty użycia skanera do celów komercyjnych zakupionego z projektu badawczego.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 p.z.p., to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, iż zaoferowana cena pomimo, iż była niższa o więcej niż 30%, aniżeli szacował zamawiający, nie stanowi rażąco niskiej ceny lub kosztu w stosunku do przedmiotu zamówienia. Jeżeli więc odwołujący nie udzielił w pewnym zakresie informacji i wyjaśnień, lub nie przedstawił określonych dowodów, a które były wymagane do przeprowadzenia analizy kalkulacji cenowej przez zamawiającego, to zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. zamawiający nawet nie ustalając tego czy rzeczywiście złożona oferta zawiera rażąco niską cenę, obowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy.

W ocenie odwołującego z wyjaśnień wykonawcy GISPRO, składanych dwukrotnie, nie wynikają żadne dowody na poparcie ich twierdzeń, a co więcej zarówno pisma z dnia 25.08.2020 r. oraz 11.09.2020 r. nie zawierają żadnych załączników, poza kosztorysem i oświadczeniem firmy udostępniającej zasoby, w tym zakresie mogących potwierdzić opisane w tych pismach ceny usług batymetrycznych oraz ich koszty. Oświadczenia własne nie mają waloru obiektywnego, są twierdzeniami natury ogólnikowej, życzeniowej i mogłyby zostać w większości przyporządkowane do innych stanów faktycznych, a więc nie tylko nie stanowią dowodu, ale są twierdzeniami subiektywnymi, ogólnikowymi i lakonicznymi.

Powyższe okoliczności zdaniem odwołującego dowodzą, że cena wykonawcy GISPRO nie może pokryć wszystkich kosztów wykonania zamówienia, co oznacza, że wykonawca zaoferował cenę mającą znamiona rażąco niskiej i pociąga to za sobą konieczność unieważnienia czynności oceny wybranej oferty i odrzucenia tej oferty. Już z tego względu wydaje się że odwołanie winno być uwzględnione w całości.

Odwołujący dalej wskazał, iż wykonawca GISPRO nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 6.2.3.2. SIWZ, który stanowi, iż wykonawca zobligowany był wykazać, iż wykonał w okresie wskazanym w tym punkcie dwie usługi, które obejmowały swoim zakresem wykonanie pomiarów batymetrycznych profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy wraz z opracowaniem wyników o sumie długości opracowanych profili nie mniejszej niż 100 km.

W celu wykazania spełnienia powyższego warunku m.in. wykonawca GISPRO przedstawił w wykazie usług i załączył referencje firmy Aquaworks S. S. oraz referencje Gas Storage Poland Sp. z o.o. Jak wynika z treści tych referencji, możliwe że wykonawca GISPRO wykonywał pomiary profili, ale na pewno nie wynika, aby wykonał pomiary

batymetryczne profile brzegowych z wykorzystaniem echosondy, o długości nie mniejszej niż 100 km.

Po pierwsze z treści obu referencji, które są niemalże identyczne, wynika, iż wykonawca wykonywał dwa rodzaje pomiarów o łącznej długości opisanej w tych referencjach, podana jest łączna długość zrealizowanych profili pomiarowych, przy czym nie można stwierdzić jednoznacznie jaką część stanowią profile batymetryczne. Ponadto nie potwierdzono, iż były wykonywane przy użyciu echosondy. Całkowicie dyskwalifikuje to referencje i w ocenie odwołującego wykonawca nie wykazał, aby spełnił ów warunek.

Dodatkowo można wskazać, odnośnie referencji Gas Storage Poland Sp. z o.o., iż wskazane tam wartości są niezgodne z oficjalnymi danymi. W nawiązaniu do opracowania Instytutu Morskiego w Gdańsku pt.: „Elementy monitoringu morfodynamicznego polskich brzegów morskich (2004-2006)” oraz na podstawie doświadczenia w realizacji monitoringu wybrzeża z lat poprzednich (2018-2020), długość brzegowego profilu w miejscu lokalizacji rurociągu zrutowego solanki KPMG Kosakowo (referencje od Gas Storage Poland Sp. z o.o.) czyli na 97,1 kilometrze wybrzeża wynosi do 1200 m wraz z częścią lądową, a firma Echogram w referencjach od Gas Storage Poland Sp. z o.o. przedstawia, że wykonała 42 profile o łącznej 109,2 km co średnio daje 2600 m (długość pojedynczego profilu) co jednoznacznie pokazuje, że w wykonawca w wyniku zamierzonego działania, lekkomyślności lub niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając wyżej opisane referencje.

W ocenie także odwołującego referencje przedłożone przez firmę Echogram odnośnie firmy Gas Storage Poland Sp. z o.o. nie spełniają warunków SIWZ także ze względu na niejednoznaczne wykazanie w referencjach, że pomiary batymetryczne były wykonywane na profilu brzegowym. Pojęcie profilu brzegowego zamawiający zawarł w SIWZ. Jak wynika z punktu 3.2.2 SOPZ, w którym zamawiający opisuje sposób wyznaczania profilu poprzecznego brzegu morskiego: „...wyznacza się na podstawie danych pozyskanych w wyniku: pomiarów batymetrycznych (sondami jednowiązkowymi lub wielowiązkowymi), skanowania laserowego LIDAR i pomiarów geodezyjnych”. Powyższe pokazuje, że wyżej opisane referencje nie spełniają warunku SIWZ, ponieważ nie potwierdzają wykonania pomiarów batymetrycznych profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy, potwierdzają jedynie wykonanie pomiarów batymetrycznych dna.

Odnosząc się do referencji Aquaworks S. S. w Niestępowie -wynika z nich, że wykonawca wykonywał pomiary batymetryczne i wykonał profile sonarowe o długości 25,5 km, a nie jak podaje w wykazie usług, że wykonał pomiary batymetryczne profile brzegowych z wykorzystaniem echosondy o długości profilu 25,5 km. Natomiast z referencji Gas Storage Poland sp. z o.o. w Dębogórze wynika, że wykonawca wykonywał pomiary batymetryczne i wykonał profile sonarowe o długości 109,2 km, a nie jak podaje w wykazie usług, że wykonał pomiary batymetryczne profile brzegowych z wykorzystaniem echosondy o długości profilu 109,2 km.

Wątpliwości odwołującego budzą również inne usługi. Np. usługa wykonana na zlecenie PHU PRYZMAT z Gdyni, w miejscowości Jarosławiec, dotyczyła kontroli okresowej ostróg kamiennych, zlokalizowanych na morzu terytorialnym, km. 254,75-255,96 brzegu morskiego, na zachód od przystani morskiej w Jarosławcu, na zamówienie Urzędu Morskiego w Słupsku, w której wykonano profile do badania przemieszczeń.

W ocenie odwołującego wykonawca GISPRO w sposób świadomy lub w skutek rażącego niedbalstwa wprowadził w błąd zamawiającego, iż spełnił wyżej opisany warunek składając swoje oświadczenie w postaci wykazu usług, gdyż musiał mieć świadomość, że przedmiotem ww. usług nie było dokonywanie pomiarów batymetrycznych profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy wraz z opracowaniem wyników o wskazane w tych referencjach długości, gdyż po pierwsze wykonywał także w tym samym zakresie opisanej długości inne usługi - pomiary sonarowe, po drugie nie były wykonywane z użyciem echosondy, zaś po trzecie wreszcie definicja w OPZ profilu brzegowego, w żadnej mierze nie znajduje zastosowania do wskazanych referencji i przedstawionych robót, a tym samym wykonawca winien był być wykluczony, a jego oferta odrzucona.

Ponadto, wykonawca GISPRO zadeklarował w formularzu oferty, że wykona skanowanie laserowym skanerem batymetrycznym pasa dna morskiego do głębokości 2,0 m oraz, że wykona skanowanie laserowe dna morskiego synchronicznie z rejestracją zdjęć lotniczych. Zgodnie z kryteriami oceny ofert zawartymi w formularzu oferty w pkt 4 w kryterium „zakres i głębokość skanowania LIDAR” oraz w punkcie 5b „pomiar synchroniczny”, uzyskał 35 punktów, które zdecydowały o uzyskaniu maksymalnej liczby punktów w ocenie ofert.

Wykonawca GISPRO w swych wyjaśnieniach z dnia 25.08.2020 r. (str. 15-16), wskazał, iż skaner batymetryczny będzie posiadał w oparciu o umowę najmu, po czym w wyjaśnieniach z dnia 11.09.2020 r. (str. 10-11) wskazał, iż jednak będzie nim dysponował w oparciu o zasób własny, gdyż zawarł z Narodowym Centrum Badawczo Rozwojowym umowę na dofinansowanie zakupu tegoż sprzętu. W ocenie odwołującego wykonawca w ogóle nie wykazał, że będzie dysponował tym sprzętem, gdyż po pierwsze nie wykazano, iż harmonogram dysponowania skanerem stanowiący załącznik do umowy o dofinansowanie potwierdza, iż rzeczony sprzęt w okresie realizacji zamówienia będzie on dostępny wykonawcy. Skaner zakupywany jest na potrzeby projektu badawczego i musi być wykorzystywany przede wszystkim do jego realizacji.

Nie potwierdzono w żaden sposób że skaner będzie miał wolne moce przerobowe w ramach projektu badawczego i będzie mógł być w tym samym czasie użyty do wykonania zamówienia. Nie wykazano, kiedy i czy przed terminem realizacji zamówienia GISPRO dokona jego wdrożenia do produkcji (testów, szkolenia, itp.). Sam zakup tak skomplikowanego urządzenia nie przesądza o jego gotowości do produkcyjnego wykorzystania. Specyfika projektów badawczych wskazuje, iż najpierw skaner będzie musiał być wykorzystany do budowy prototypu technologii i stanowić integralną część tego prototypu potwierdzającego realizację wyników prac badawczych. Jeżeli wg GISPRO od razu po zakupie skaner będzie użyteczny produkcyjnie to powstaje pytanie o zasadność realizacji projektu badawczego przez GISPRO, bowiem skoro skaner jest gotowy to w tym przypadku cała technologia i badania musiały być już wcześniej wykonane przez producenta tego skanera na etapie jego planowania i konstrukcji. W związku z tym GISPRO jak należy sądzić wprowadziło w błąd NCBiR ubiegając się o projekt badawczo rozwojowy zamiast o projekt inwestycyjny, gdyż aby zrealizować cele projektu wystarczyło zakupić gotowe urządzenie. Wtedy zostałaby więc niesłusznie przyznana dotacja na przedmiotowy wniosek.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający uwzględni odwołanie w części dotyczącej wyboru oferty wykonawcy GISPRO, pomimo że wykonawca zaoferował rażąco niską cenę i nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie (zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.). Na rozprawie wniesiono także o obciążenie wykonawcy GISPRO kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie ze złożonym spisem kosztów wraz z załącznikami.

Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę GISPRO Sp. z o.o., ul. Teofila Firlika 19, 71-637 Szczecin (dalej zwanego jako

„przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przez jednostkę zamawiającą i złożył pisemne stanowisko procesowe.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 1 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego, odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

Postawione przez odwołującego zarzuty sprowadzały sprawę do rozstrzygnięcia, czy zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania i oceny oferty przystępującego, w tym czy nie zaniechano wykluczenia tego wykonawcy z przetargu (art. 24 ust. 1 pkt 12 i 16 p.z.p.) oraz odrzucenia jego oferty (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.), w następstwie czego mogło dojść do naruszenia w toku postępowania zasad naczelnych p.z.p. (art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.).

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym. Zatem odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało częściowo przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione.

Skład orzekający stwierdził, że w ustalonym stanie rzeczy potwierdziły się okoliczności podnoszone przez odwołującego w zarzucie nr 1 z *petitum* odwołania, co powoduje, że zamawiający powinien wykluczyć przystępującego z przetargu, z powodu spełnienia przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., tj. wprowadzenia zamawiającego w błąd w przedmiocie usług referencyjnych, podanych przez wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w przetargu z pkt 6.2.3.2. SIWZ. Nie wykazano natomiast, aby do wprowadzenia jednostki zamawiającej w błąd doszło w warunkach winy umyślnej, zatem Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Ponadto, w ocenie składu rozpoznającego spór, nie doszło do udowodnienia przesłanek art. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p, skutkujących koniecznością odrzucenia oferty przystępującego. Dokonana przez Izbę weryfikacja czynności zamawiającego, w ramach okoliczności wskazanych w zarzucie nr 2 odwołania, powoduje przyjęcie, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 p.z.p. i przedwcześnie zakończył postępowanie wyjaśniające cenę wykonawcy, które należałoby kontynuować, celem jednoznacznego wykazania realności ceny przystępującego, albo stwierdzenia, że jest ona rażąco niska. Izba nie nakazała zamawiającemu kontynuowania postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny, ponieważ z powodu konieczności wykluczenia przystępującego z przetargu, nakaz taki byłby bezprzedmiotowy.

Na wstępnie rozważań skład orzekający zauważył, iż Krajowa Izba Odwoławcza nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego.

Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach wskazuje, że sąd nie jest związany wskazaną przez powoda podstawą prawną roszczenia, przeciwnie – sąd jest obowiązany rozpatrzyć sprawę wszechstronnie i wziąć pod rozwagę wszystkie przepisy prawne, które powinny zostać zastosowane w rozważanym przypadku (por. przykładowo wyroki Sądu Najwyższego: z 30.11.2016 r. sygn. akt: III CSK 351/15, z 28.03.2014 r. sygn. akt: III CSK 156/13, z 19.03.2012 r. sygn. akt: II PK 175/11) Przenosząc ten pogląd na grunt postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą, w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius*, Izba, w ramach dokonywanej subsumpcji, jest uprawniona do oceny odwołania w aspekcie tych norm prawnych, które powinny zostać zastosowane. Izba nie jest natomiast związana podstawą prawną, którą wskazał odwołujący. Stanowisko to potwierdzają sądy powszechne, gdzie trafnie stwierdza się, że zakres zarzutów wyznacza okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09). Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zatem zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie.

Skład orzekający podkreśla, że art. 180 ust. 3 p.z.p. wymaga wskazania przez odwołującego czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które doprowadziły do naruszenia ustawy oraz związłego przedstawienia zarzutów. W odwołaniu należy także określić żądanie oraz wskazać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie środka zaskarżenia. Okoliczności tych nie można jednak utożsamiać z podstawą prawną, czy kwalifikacją stanu faktycznego do przepisów prawa. Art. 192 ust. 2 p.z.p. stanowi bowiem, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia – niezależnie od tego, jak to naruszenie zostanie zakwalifikowane przez odwołującego. Innymi słowy, Izba nie jest związana podstawą prawną podaną przez odwołującego i powołana podstawą faktyczną, która może być kwalifikowana według różnych podstaw prawnych, uzasadnia rozważenie ich przez Izbę i zastosowanie jednej z nich, nawet odmiennej od tej, która została wskazana przez odwołującego.

W ocenie składu orzekającego zamawiający w sposób nieprawidłowy ocenił ofertę przystępującego i zaniechał wykluczenia go z przetargu, kiedy materiał dowodowy wskazuje, że doszło do spełnienia przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., co winno skutkować eliminacją przystępującego z postępowania, z powodu okoliczności wskazanych zarzucie nr 1 z *petitum* odwołania.

Izba ustaliła, że w przetargu, którego przedmiotem jest wykonanie monitoringu brzegów morskich na podstawie danych uzyskanych metodą lotniczego skanowania laserowego LIDAR, ortofotomapy oraz profili poprzecznych brzegu morskiego, zamawiający w załączniku nr 12 do SIWZ zawarł szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej zwany jako „SOPZ”). Dalej Izba ustaliła, że w rozdziale 6 pkt 6.2.3.2. SIWZ postawiono warunek udziału w postępowaniu, dotyczący zdolności zawodowej, zgodnie z którym wykonawca był zobligowany wykazać, że wykonał „dwie usługi, które

obejmowały swoim zakresem wykonanie pomiarów batymetrycznych profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy, wraz z opracowaniem wyników, o sumie długości opracowanych profili nie mniejszej niż 100 km”.

Na wezwanie zamawiającego, z dnia 17 września 2020 r., przystępujący przedłożył wykaz usług, stanowiący wypełniony załącznik nr 5 do SIWZ, gdzie wskazano pięć usług, wykonanych na rzecz: 1) Gminy Miasta Sopotu, 2) PORR S.A. w Warszawie 3) Aquaworks S. S. w Niestępowie 4) PHU „Pryzmat” Nadzory Inwestorskie R. M. w Gdyni i 5) Gas Storage Poland Sp. z o.o. w Dębogórze. Z wykazem przystępujący złożył dokumenty, które miały udowodnić należyte wykonanie rzeczonych usług.

W odwołaniu odwołujący podnosił wadliwość doświadczenia przystępującego, wskazanego w pozycjach od 3 do 5 wykazu usług, ponieważ jego zdaniem w tym zakresie wprowadzono zamawiającego w błąd.

W przedmiocie usługi z pozycji nr 3 dla Aquaworks S. S. w Niestępowie (dalej zwanego jako „Aquaworks”) przystępujący wskazał w wykazie „wykonanie pomiarów batymetrycznych oraz sonarowych profili brzegowych wraz z opracowaniem wyników wzdłuż rurociągu zrzutowego z Oczyszczalni Wschód w Gdańsku Sobieszewie. Usługa obejmowała swoim zakresem wykonanie pomiarów batymetrycznych profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy wraz z opracowaniem wyników pomiarowych. Łączna długość opracowanych profili: 25,5 km”.

Natomiast z referencji z dnia 17 lipca 2020 r., mającej potwierdzać należyte wykonanie tej usługi, jak trafnie podnosił odwołujący, nie wynika, aby w ramach usługi wykonano wymagane pomiary batymetryczne profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy o długości profili 25,5 km, jak oświadczone w wykazie. Zgodnie z poświadczeniem Aquaworks wykonano pomiary batymetryczne oraz wykonano sonarowe profile brzegowe, gdzie łączna długość 10 wykonanych profili pomiarowych wyniosła 25,5 km.

Zdaniem składu orzekającego dająca się zauważyć na pierwszy rzut oka rozbieżność, w zakresie brzmienia dokumentu referencji i oświadczenia z wykazu usług przystępującego, powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego i spowodować wykorzystanie ustawowych instrumentów, aby wyjaśnić te okoliczności – pytając o niespójności wykonawcę czy podmiot, na rzecz którego wykonano usługę, czego w postępowaniu zaniechano, a co powoduje nienależyte badanie i ocenę oferty przystępującego.

Do *quasi* postępowania wyjaśniającego doszło więc na rozprawie, kiedy przedłożono uzyskane od inwestora – Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Sp. z o.o. w Gdańsku – oświadczenie z dnia 23 listopada 2020 r., w którym jednostka ta wskazuje, że wystawiająca przystępującemu referencje firma Aquaworks, w ramach realizacji omawianej usługi, wykonała jedynie pomiary batymetryczne dna morskiego, bez profili brzegowych. Dołączono także plan batymetryczny dna morskiego w obrębie układu zrzutowego. Skoro zatem inwestor wskazuje, że Aquaworks nie wykonała w ramach usługi badania profili brzegowych (wymaganych w warunku przez Dyrektora Urzędu Morskiego w Gdyni zgodnie z pkt 6.2.3.2 SIWZ), Aquaworks nie mogła potwierdzić wykonania ich przez przystępującego.

W zakresie usługi z pozycji nr 5, wykonanej na rzecz Gas Storage Poland Sp. z o.o. w Dębogórze (dalej zwanej jako „Gas Storage”), przystępujący w wykazie wskazał: „wykonanie pomiarów batymetrycznych profili brzegowych wraz z opracowaniem wyników wzdłuż rurociągu zrzutowego solanki Kosakowo zgodnie z umową 14ZAK204. Usługa obejmowała swoim zakresem wykonanie pomiarów batymetrycznych profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy wraz z opracowaniem wyników. Łączna długość opracowanych profili: 109,2 km”.

Zaś z referencji z dnia 27 lipca 2020 r., wystawionej przez Gas Storage, złożonej przez przystępującego, jako środek dowodowy na potwierdzenie należytego wykonania tej usługi, wynika, że jej przedmiotem było wykonanie pomiarów batymetrycznych i wykonanie sonarowych profili brzegowych, łączna długość 42 wykonanych profili pomiarowych wyniosła 109,2 km. Z referencji tej nie wynika natomiast, podobnie jak we wcześniej omawianej usłudze, aby w jej ramach wykonano pomiary batymetryczne profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy. Zatem tutaj także opis z wykazu usług i środek dowodowy, w postaci referencji nie są spójne. Zamawiający w toku przetargu, tożsamo jak w zakresie usługi z pozycji nr 3 wykazu usług przystępującego, nie zdecydował się w przetargu na wyjaśnienie tej sprzeczności.

Na rozprawie odwołujący przedłożył dowody w postaci oświadczenia Gas Storage z dnia 2 grudnia 2020 r., dotyczące usługi z pozycji 5 wykazu, gdzie wskazano, iż w jej ramach wykonano jedynie sondaż dna morskiego (pomiary batymetryczne) wzdłuż rurociągu zrzutowego solanki z punktu B do komory rozdziału K – długość ok 2200 m, w odległości 10 m z każdej strony od osi rurociągu i sondaż dna morskiego (pomiary batymetryczne) w obszarze zrzutu solanki, tj. gałęzi D1, D2, D3 i D4. Załączono także plan sondażowy rurociągu z roku 2016 i wyciąg z dokumentów postępowania.

W zakresie usługi nr 4 z pozycji wykazu usług, wykonanej na rzecz PHU „Pryzmat” Nadzory Inwestorskie R. M. w Gdyni (dalej zwanego jako „Pryzmat”), skład orzekający ustalił, iż w wykazie przystępujący wskazał „wykonanie pomiarów batymetrycznych profili brzegowych wraz z opracowaniem wyników w rejonie progów podwodnych w miejscowości Jarosławiec. Usługa obejmowała swoim zakresem wykonanie pomiarów batymetrycznych profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy wraz z opracowaniem wyników. Łączna długość opracowanych profili: 29 km”. Z wykazem przedłożono referencje z 18 lipca 2020 r., pochodzące od firmy Pryzmat, gdzie wskazano wykonanie pomiarów batymetrycznych profili brzegowych wraz z opracowaniem wyników w rejonie progów podwodnych w miejscowości Jarosławiec, łączna długość 234 wykonanych profili pomiarowych wyniosła 29 km.

Skład orzekający wskazuje, że usługa ta została wykonana przez Pryzmat na rzecz Urzędu Morskiego w Słupsku, zaś zgodnie z dokumentacją przetargu (SIWZ, załącznik nr 9 i 13 do SIWZ, usługa dotyczyła zadania nr 3), którą przedłożył zamawiający do materiału dowodowego, w ramach opracowania nie były wykonywane pomiary batymetryczne profili brzegowych z użyciem echosondy.

Złożony przez odwołującego i zamawiającego materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że usługi z pozycji od 3 do 5 wykazu usług nie miały w swoim przedmiocie elementów określonych w pkt 6.2.3.2 SIWZ. Przy tym wiarygodność oświadczenia z dnia 23 listopada 2020 r. Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Sp. z o.o. w Gdańsku, oświadczenia z dnia 2 grudnia 2020 r. Gas Storage oraz dowodów załączonych do oświadczeń i dokumentacji postępowania, szczególnie opisanych powyżej, nie była przez przystępującego podważana. Izba również nie znalazła podstaw, aby zakwestionować wiarygodność omawianych dokumentów. Natomiast w związku z tym, że przystępujący nie podjął nawet próby wykazania okoliczności przeciwnych, niż wynikające z rzeczonych dowodów, skład orzekający uznał, że fakt braku wykonania wymaganych przez zamawiającego pomiarów batymetrycznych profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy, w usługach z pozycji wykazu nr: 3, 4 i 5 został przez odwołującego i zamawiającego udowodniony.

W związku z powyższym wnioskiem należało stwierdzić, że przystępujący, którego obciążał dowód wykazania swojej zdolności zawodowej w toku postępowania przetargowego przed zamawiającym, i który zaniechał podjęcia inicjatywy dowodowej w tym zakresie w postępowaniu przez Krajową Izbą Odwoławczą, nie udowodnił posiadanego

doświadczenia, którego wymagano w przetargu. Ciężar wykazania posiadania określonych cech spoczywa bowiem na podmiocie, który ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego – wykonawca zobowiązany jest udowodnić, że posiada określone zdolności, wymagane w przetargu, czyli spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu. A dodatkowo strona, która w postępowaniu odwoławczym ograniczy swoje stanowisko jedynie do subiektywnej polemiki, wbrew obowiązki wynikającej z art. 190 ust. 1 p.z.p., winna się liczyć z materialnoprawnym skutkiem braku udowodnienia swoich racji.

Ponadto, odwołujący na rozprawie złożył niezakwestionowany przez przystępującego dowód, dotyczący usługi nr 1 z wykazu usług przystępującego, w postaci oświadczenia z dnia 3 grudnia 2020 r., gdzie przedstawiciel Urzędu Miasta Sopotu wskazuje, iż pomiar nie dotyczył linii brzegowej. Dowód ten podważa oświadczenie z pozycji nr 1 wykazu przystępującego, dotyczące wykonania pomiarów i opracowania wyników w rejonie mola w Sopocie.

Dalej Izba stwierdziła, że ustalony stan rzeczy, poddaje się również kwalifikacji przez pryzmat art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Dla zastosowania omawianej normy muszą zaistnieć łącznie następujące przesłanki: 1) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, wprowadzającej zamawiającego w błąd, 2) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, 3) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Wprowadzenie zamawiającego w błąd polegało na przedstawieniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji w zakresie swojej sytuacji podmiotowej – zatajono brak wykonania wymaganych przez zamawiającego w warunku z pkt 6.2.3.2. pomiarów batymetryczne profili brzegowych z wykorzystaniem echosondy, przez podmiot na zasobach którego opiera się przystępujący, w usługach z pozycji wykazu usług nr 3-5, co wykazały niepodważone przez przystępującego dowody odwołującego. Dodatkowo Izba zaznacza, że treść referencji dla usługi nr 3 i nr 5, złożonych w przetargu, ich sformułowanie i użyta nomenklatura zaprzecza treści z wykazu usług. Przystępujący tłumaczył przy tym, że referencje mają jedynie potwierdzać należyte wykonanie zamówienia, tak jakby ich merytoryczna treść, niespójna z wykazem usług, miała pozostać bez znaczenia.

W ocenie składu orzekającego do wprowadzenia zamawiającego w błąd doszło w warunkach winy nieumyślnej, z powodu daleko niedbałego działania przystępującego, którego czynności należy oceniać przez pryzmat podwyższonego miernika staranności właściwego dla przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych (k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.). Nie sposób jest jednak przyjąć – przynajmniej w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w sprawie – aby wykonawca uczynił to w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, co jest konieczne dla wypełnienia przesłanek art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. Odwołujący, wywodził swoje stanowisko wprowadzenia zamawiającego w błąd w zamiarze bezpośrednim, bądź ewentualnym, z podobieństwa dwóch dokumentów referencji (złożonych w przetargu, dotyczących usługi nr 3 i nr 5), jednakże głośowne przypuszczenia strony, to znacząco zbyt mało, aby uznać działanie przystępującego za wypełniające hipotezę omawianej normy. Pomijając już, że w odwołaniu nie poświęcono zbyt wiele uwagi dla wykazania przesłanki wprowadzenia w błąd, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa.

Izba stwierdziła, że wywołanie błędu po stronie zamawiającego było w ustalonym stanie rzeczy raczej pobocznym, aczkolwiek istotnym skutkiem, biernością przystępującego w zakresie dbania o własne interesy, niż z góry powziętym zamiarem – a przynajmniej nic innego nie wynika z materiału procesowego. Skład orzekający zauważa, że zgodnie ze swoim stanowiskiem procesowym (str. 14 i 15 pisma z dnia 7 grudnia 2020 r.) przystępujący podnosił, że inaczej rozumiał warunek udziału w przetargu, niż zamawiający i odwołujący, strony różniły się rozumieniem zakresu i rodzaju wymaganego doświadczenia w pkt 6.2.3.2. SIWZ. Przystępujący podnosił brak powszechnie przyjmowanej definicji, która określa maksymalną czy inną długość profilu brzegowego. Zdaniem przystępującego definicja taka nie wynika z przepisów prawa (brak definicji legalnej), ani z postanowień SIWZ, co oznacza konieczność odniesienia się do zwyczajowo rozumianego pojęcia „profil brzegowy”, użytego w warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący podnosił również konieczność rozstrzygnięcia niejasności, wątpliwości i brak uszczegółowienia warunku udziału w przetargu na jego korzyść.

Skład rozpoznający spór wskazuje, że należy rozróżnić sytuację, gdy zamawiający nie dookreślił w sposób szczegółowy wymogów dokumentacji postępowania, czy zawrze w niej wykluczające się lub wieloznaczne treści, co powoduje, że obiektywny odbiorca, podmiot działający w danej branży, poweźmie rzeczywiste wątpliwości jak rozumieć SIWZ, których w oparciu o brzmienie dokumentacji nie sposób wyeliminować. W takiej sytuacji także, należyćie działający przedsiębiorca winien wykorzystać ustawowe instrumenty (art. 38 p.z.p.), by rzeczono (faktyczne i obiektywne) niejasności czy wątpliwości wyeliminować, a co najmniej ujawnić je przed złożeniem oferty w przetargu. Natomiast z inną sytuacją mamy do czynienia, kiedy wykonawca, któremu zarzucono wprowadzenie zamawiającego w błąd oraz złożono dowody to potwierdzające, kreuje w toku postępowania odwoławczego rzekome niejednoznaczności, których nie miał przy składaniu oferty, a teraz są one jedynym wyjściem, aby nie doprowadzić do eliminacji jego oferty z przetargu.

Po otwarciu ofert, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, wszystkie zarzuty wadliwego jej ukształtowania przez zamawiającego są spóźnione. Nie ma możliwości rewidowania treści SIWZ, a w odniesieniu do ewentualnych – pozornych bądź rzeczywistych – wątpliwości co do treści, bądź zakresu stawianych przez zamawiającego wymogów, wykonawcy mają prawo zwrócić się do zamawiającego w trybie art. 38 p.z.p. o ich wyjaśnienie. Doktryna i orzecznictwo stanęło przy tym na stanowisku, że w przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku, uprawnienie, o którym mowa w art. 38 ust. 1 p.z.p. przereza się – przez pryzmat zasady zachowania należytej staranności w profesjonalnym obrocie – w obowiązek wykonawcy. Wykonawca, który wątpliwości co do treści SIWZ nie wyjaśni, utraci możliwość powoływania się z korzyścią dla siebie na te okoliczności niezależnie od tego, jak zostałyby one rozstrzygnięte, gdyby faktycznie wystąpiły.

Wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji jest niejasna i niejednoznaczna, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.) przy zachowaniu absolutnego minimum staranności wymaganej w takim przypadku od przedsiębiorcy – powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 38 p.z.p., zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów, jakie ma spełnić. Natomiast brak zadania pytań w razie niejasności treści dokumentacji postępowania może świadczyć o niedochowaniu należytej staranności przez wykonawcę (por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13, wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 28 lutego 2018 r., sygn. akt: VIII Ga 554/17).

Przystępujący nie zadał zamawiającemu w przetargu pytań, jak rozumieć spełnienie wymagań postępowania z pkt 6.2.3.2. SIWZ, nie zaskarżono także brzmienia warunku. Przed złożeniem oferty nie podnosił również konieczności

wyjaśnienia, jak rozumieć warunek zdolności zawodowej, aby wykonane usługi obejmowały wymagane pomiary batymetryczne profili brzegowych. Takie wątpliwości nie zostały w postępowaniu zgłoszone, a teraz wykonawca oczekuje pozytywnych skutków swojej bierności i powołuje się na rzekome niejasności, które powinny być rozstrzygnięte na jego korzyść. Dodatkowo obecnie przystępujący buduje swoją argumentację na założeniu, iż nie ma jednego, powszechnie przyjętego rozumienia tego pojęcia. Powoduje to konieczność przyjęcia, że przystępujący pominał ustawowy tryb zadania pytania zamawiającemu i na kanwie własnej, wybranej przez siebie definicji dokonania pomiaru batymetrycznego profili brzegowych, ocenił, że spełnia warunek udziału w przetargu i podjął decyzję o złożeniu oferty. A przy tym na wezwanie zamawiającego złożył referencje (ad pozycji 3 i 5 wykazu wykonawcy), które posługują się zupełnie innymi sformułowaniami, niż użyte w wykazie usług i są z nim niespójne. Treść referencji skutkowałą nabraniem przez zamawiającego mylnego wyobrażenia o zakresie prac wykonanych w ramach referencyjnych usług. Przystępujący zdaje się liczyć, że zamawiający nie dopyta o szczegóły doświadczenia.

Zaznaczyć także należy, iż już na tym etapie zamawiający powinien wyjaśnić niejasności treści wykazu w korelacji ze środkami dowodowymi, ponieważ określenia użyte w referencjach nie potwierdzają charakteru usługi wymaganej w warunku. Zamiast tego zamawiający zaniechał właściwego badania i oceny oferty, i jak wynika z dowodów dał się wprowadzić przystępującemu w błąd. Należy przy tym zauważyć, że dla wyczerpania hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. nie jest istotne ani to, czy informacje wprowadzające w błąd były możliwe – względnie jak łatwe były – do wykrycia, nie jest również relewantne to, czy zamawiający dał się w błąd wprowadzić z uwagi na własne niedbalstwo, lub przyczynił się do zaistnienia błędu po swojej stronie – istotny jest jedynie stopień zawinięcia wykonawcy, który polega na nieprawdziwej informacji celem wywołania tego błędu. Ustawodawca w zakresie tej regulacji nie wprowadza bowiem cywilistycznej koncepcji „przyczynienia się” dla zróżnicowania skutków prawnych wprowadzenia w błąd, a przewiduje dla nich absolutną sankcję w postaci wykluczenia takiego wykonawcy.

W postępowaniu odwoławczym przystępujący wskazał własny sposób rozumienia treści warunku z pkt 6.2.3.2. SIWZ, w zakresie konieczności, by wykonana usługa obejmowała pomiary batymetryczne profili brzegowych. Zatem nie wskazano na niejasność, niespójność dokumentacji przetargu, czyli nie na wątpliwości w zakresie rozumienia wymogu warunku na kanwie SIWZ, a zaferowano konkurencyjne zdefiniowanie profilu brzegowego, dokonane na podstawie wykładni i założeń własnych autora opinii prywatnej, złożonej przez stronę. Powyższe w ocenie Izby powoduje, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Skład orzekający zauważa również, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wnioski dowodowe, których celem nie jest stwierdzenie faktów (art. 190 ust. 1 p.z.p.), a transponowanie do materiału dowodowego subiektywnych ocen, stanowiska co do wykładni czy polemik z dokumentacją postępowania, są z zasady niedopuszczalne, jako nieznanne procedurze postępowania przed Izbą. Omawiany „dowód” w postaci opinii prywatnej ma taki właśnie charakter – nie został powołany na okoliczność faktów, a stanowi nic więcej, jak próbę włączenia do materiału dowodowego ocen i przekonań autora opinii, jak można byłoby alternatywnie rozumieć treści SIWZ, jeżeli poczyniłoby się takie założenia, jakie poczynił autor opinii.

Przystępujący, któremu profesjonalny charakter prowadzenia działalności zawodowej nakazuje wyjaśniać wymagania SIWZ dotyczące jego sytuacji podmiotowej, a mogące rodzić trudności w dalszym toku postępowania, zaniechał przed złożeniem oferty zadania pytań zamawiającemu, niedbale potwierdził spełnienie warunków udziału w przetargu i chce być premiiowany w oparciu o zasadę wyjaśnienia wszelkich wątpliwości – niezależnie od ich źródła, etapu ich ujawnienia, możliwości ich usunięcia – na swoją korzyść, podnosząc, że należy przyjąć jego wykładnię SIWZ, pasującą do złożonych referencji, opartą na założeniach interpretacyjnych autora opinii prywatnej.

Ponadto, takie określenie sposobu wyznaczenia profilu brzegu morskiego, jakie feruje autor opinii, byłoby całkowicie poza spektrum dokumentacji postępowania. Kiedy zgodnie z SIWZ, którą dysponowali wszyscy wykonawcy składający oferty w przetargu, przed złożeniem ofert, w SOPZ (pkt 3.2.2. SOPZ) zamawiający uregulował sposób wyznaczenia profilu brzegu morskiego. Przyjęcie postulatów przystępującego, ujawnionych w postępowaniu odwoławczym, powodowałoby również oderwanie warunku udziału w przetargu od dokumentacji postępowania. Nie wykazano także, aby konkurencyjna wykładnia przystępującego była zwyczajowo przyjmowanym sposobem rozumienia spornego warunku, czy aby wynikała z wiedzy branżowej podmiotów działających na tym rynku, a z drugiej strony, inwestorzy, którzy także działają na rynku usług batymetrycznych nie mają wątpliwości, że przystępujący nie wykonał pomiarów linii brzegowej, jednoznacznie nie utożsamiając tych pomiarów z pomiarami dna morskiego z usług referencyjnych (vide dokumenty: z 3.12.2020 r. Urzędu Miasta Sopotu i z 23.11.2020 r. Gdańskiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Sp. z o.o. w Gdańsku).

W konsekwencji powyższego, w ocenie Izby działanie przystępującego, będącego profesjonalnym uczestnikiem rynku pomiarów batymetrycznych, mając na uwadze stan rzeczy ustalony w postępowaniu, wypełniło hipotezę art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p., bowiem zamawiający uznał, że przystępujący wykazał posiada cechy podmiotowe wymagane w pkt 6.2.3.2. SIWZ w zakresie określonego doświadczenia, co nie znalazło potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Ponadto działanie przystępującego było niedbale i miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ zamawiający wybrał jego ofertę, jako ofertę najkorzystniejszą w przetargu.

Natomiast w przedmiocie argumentacji zamawiającego, że przystępującego należy wezwać, na zasadzie art. 26 ust. 3 p.z.p., do uzupełnienia zdolności zawodowej – ponieważ zamawiający nie skorzystał z tego trybu – Izba wskazuje, że ustawodawca, w przypadku wprowadzenia zamawiającego w błąd, nie przewiduje zastosowania trybu naprawczego, a sankcję wykluczenia wykonawcy. Nie ma podstawy prawnej do wezwania przystępującego do uzupełnienia, aby zastąpić informacje nieprawdziwe, prawdziwymi. Dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. jest jednoznaczna, takiego wykonawcę należy wykluczyć.

W zakresie zarzutu nr 2 z *petitum* odwołania, zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust 1-3 p.z.p.), skład orzekający wskazuje co następuje.

Izba ustaliła, że zamawiający dwukrotnie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny – w dniu 25 sierpnia 2020 r. złożono wyjaśnienia wraz z dowodami, w ramach odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 14 sierpnia 2020 r., zaś w dniu 11 września 2020 r. złożono ponowne wyjaśnienia z dowodami, na wezwanie z dnia 7 września 2020 r. Skład orzekający zweryfikował prawidłowość przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego cenę, w ramach okoliczności wskazanych w odwołaniu, w wyniku czego stwierdzono, że zamawiający w sposób niepełny przeprowadził postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny przystępującego, a tym samym naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p.

Dalej Izba stwierdziła, że na dzień orzekania nie ma podstaw, aby dokonać subsumpcji ustalonego w sprawie stanu faktycznego pod art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., zatem zamawiający prawidłowo nie zastosował

sankcji w postaci odrzucenia oferty przystępującego z postępowania, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Krótko zaznaczyć należy, że ocena wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż odrzucenie oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i jest nierealna, nieekwiwalentna.

Powyższe powoduje, że niezwykle istotna jest sama procedura wyjaśniająca sposób kalkulacji ceny dokonywana przez zamawiającego, która powinna zakończyć się otrzymaniem jednoznacznego wyniku – cena oferty jest rzetelnie skalkulowana, zapewnia zysk i odpowiada wymogom zamawiającego zawartym w dokumentacji postępowania, bądź cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powoduje odrzucenie oferty. Art. 90 ust. 3 p.z.p. nie pozostawia w tej sferze wątpliwości, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, kiedy dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera cenę rażąco niską. Zatem procedura prawidłowo przeprowadzonych wyjaśnień powinna zakończyć się jednym, obiektywnym i kwantyfikowalnym wynikiem.

Ustalając zatem wzorzec prawidłowego postępowania, do którego Izba w toku orzekania porówna podważane czynności i zaniechania zamawiającego, celem oceny ich prawidłowości, należy włączyć we wzorzec konieczność ustalenia – czy należycie działający zamawiający w danym stanie rzeczy prawidłowo i wyczerpująco przeprowadził postępowanie weryfikujące cenę. W szczególności, że art. 90 ust. 1 p.z.p. nie zawiera wskazania co do ilości czynności podejmowanych w ramach procedury wyjaśnienia ceny ofertowej. Dopiero po ustaleniu, że wyjaśnienie było pełne, można oceniać czy analizowana cena jest rażąco niska. Oczywiście, w sposób nierozłączny, związana jest z tym kwestia treści samego wezwania do złożenia wyjaśnień, oceniając bowiem czy konkretne wyjaśnienia są rzetelne, czy nie, nie sposób nie odnieść się do treści tegoż wezwania. Wezwanie zatem powinno determinować treść udzielonych wyjaśnień i trudno byłoby uznać za nierzetelne te wyjaśnienia, w których nie uwzględniono kwestii o jakie zamawiający nie pytał w sposób jasny i jednoznaczny, bądź nie pytał w ogóle.

Podstawą do stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że w ustalonym w sprawie stanie faktycznym doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. było stwierdzenie, że wyjaśnienia przystępującego składane w przetargu odpowiadają żądaniu zamawiającego, jednakże jedynie zapoczątkowały proces mogący doprowadzić do pełnego wyjaśnienia zaferowanej przez przystępującego ceny i dokonania jej kwalifikacji jako ceny rażąco niskiej, lub jako ceny realnej. W związku z tym nie budzi wątpliwości Izby, że w niniejszej sprawie – uwzględniając jej indywidualny stan na moment orzekania – istnieje potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny oferty przystępującego i wobec treści wyjaśnień zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby przystępującemu odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczególności, a zatem dostarczenia na tyle precyzyjnego materiału dowodowego i wyjaśnień, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy p.z.p., czego w postępowaniu rozpoznawanym sporem zaniechano.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i wskazanych podstaw prawnych, na chwilę wyrokowania, nie ma podstaw do przyjęcia, że przystępujący nie złożył wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., ani że wyjaśnienia te są na tyle lakoniczne i gołosłowne, aby przyjąć, że nie zostały złożone. Do wyjaśnień przedłożono również dowody. Ponadto, informacje podane w wyjaśnieniach nie potwierdzają w sposób jednoznaczny, że oferta wykonawcy zawiera cenę rażąco niską. Zdaniem Izby zamawiający naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkował proces wyjaśnienia ceny zaferowanej przez przystępującego, natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Z powodu braku szczegółowego dopytania przez zamawiającego w postępowaniu wyjaśniającym cenę, dopiero przed Izbą przystępujący próbował wykazywać, że posiada doświadczenie, które przekłada się na prawidłowe założenia przyjęte do kalkulacji ceny, w tym uwzględnienie w niej ograniczeń dotyczących warunków meteorologicznych oraz hydrologicznych, w jakich będzie możliwe zachowanie dokładności pomiaru, planowanych dni pomiaru oraz dni w trybie gotowości. Próbowano także rozwinąć przyjęte w kalkulacji założenia ze str. 14 i 15 wyjaśnień z dnia 25 sierpnia 2020 r., wobec dowodu złożonego przez odwołującego, w postaci historycznych danych meteorologicznych, na kanwie którego wskazał ile dni należy w jego ocenie założyć na pomiar.

Należy przypomnieć, iż w postępowaniu odwoławczym weryfikowane są czynności z przetargu. Izba ocenia złożone w toku badania i oceny ofert wyjaśnienia przez wykonawcę, kontrolując działania zamawiającego. Zatem obecnie składanie dodatkowych wyjaśnień i dowodów, ponad to co zostało złożone w przetargu, jest w postępowaniu odwoławczym działaniem spóźnionym, więc zostały one przez skład orzekający pominięte. Dodatkowa argumentacja i dowody nie były podstawą do wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, co zostało zaskarżone. Tym niemniej, zamawiający nie wyjaśnił tego w sposób dostateczny i nie dopytał wykonawcy, a następnie uwzględnił odwołanie, uznając, że cena jest rażąco niska. Dopiero szczegółowe wyjaśnienie, jakie założenia przyjęto do kalkulacji ceny, rozwijające wskazaną ilość dni i uszczegóławiające przyjęty na tej podstawie sposób realizacji umowy, pozwoliłoby na ustalenie, czy założenia przystępującego są poprawne, czy błędne.

Ponadto, odwołujący nie zdecydował się w odwołaniu na zaferowanie składowi orzekającemu szerszego wyjaśnienia, jaki w jego ocenie byłby właściwy sposób ustalenia dni na pomiar i innych założeń, które pozwoliłyby na zachowanie wymagań umowy, np. wskazując swoje założenia oraz rozwijając przyjęte podstawy. Zamawiający postawił w tym zakresie znaczną swobodę wykonawcom i jeżeli odwołujący chciał wykazać, że założenia przystępującego są wadliwe, a w konsekwencji powodują rażąco niską cenę, to należało chociażby podjąć próbę przybliżenia tego, jakie założenia będą prawidłowe, przedstawiając Izbie materiał porównawczy do analizy wyjaśnień przystępującego.

Odwołujący podnosił także, iż bezzasadnie obniżono koszt całego zamówienia o 8% z powodu uzyskania pomocy publicznej – dofinansowania na zakup batymetrycznego laserowego skanera (pkt 56 wyjaśnień z 25 sierpnia 2020 r.). Izba ustaliła, że przystępujący w wyjaśnieniach wskazał na 8% obniżenie kosztów pośrednich, a nie ceny oferty (koszty pośrednie obniżono z 35% na 27%). Stanowisko odwołującego nie znalazło potwierdzenia w materiale procesowym, stąd nie było podstaw do podzielenia argumentacji strony, która w wyniku poczynienia wadliwego założenia wywodziła rażąco niską cenę oferty przystępującego.

Dalej w odwołaniu podnoszono, iż użycie skanera batymetrycznego do realizacji zamówienia (do celów komercyjnych) w trakcie trwania projektu badawczego wygeneruje nieplanowany dochód, co jest równoznaczne z pomniejszeniem dotacji, a tym samym powoduje stratę. Zamawiający wyjaśniał te okoliczności, w ramach wezwania z 7 września 2020 r. Odwołujący nie zdecydował się na odniesienie do tej argumentacji, traktując je wycinkowo, kiedy

przystępujący szeroko opisał poczynione założenia w tym przedmiocie, zaś zarzut postawiono jakby nie było to szczegółowo przez zamawiającego wyjaśniane.

Izba dostrzega również, iż faktycznie wyjaśnienia w tym przedmiocie są niejednoznaczne, a wykonawca odpowiada na pytania jednostki zamawiającej nie dając klarownej, popartej dowodami, odpowiedzi w zakresie rzeczoności urzędnika. Co także istotne nie wyjaśniono ostatecznie, jak rzeczywiście, w okresie realizacji zamówienia, wykonawca zamierza dysonować urzędnikiem, pozostawiając to raczej w sferze warunkowych założeń, co powinno powodować kontynuację postępowania wyjaśniającego w tym przedmiocie. Szczególnie, że urządzenie to pozwoliło na uzyskanie przystępującemu punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Z drugiej strony, jak już wcześniej wspomniano, odwołujący nie zdecydował się na szczegółowe odniesienie do treści wyjaśnień ceny z dnia 11 września 2020 r. Zarzut oparto raczej na założeniach strony, niż na klarownie wskazanych okolicznościach wynikających z wyjaśnień ceny, udowadniających, że jest ona rażąco niska (przykładowo – wskazując na dane, konkretne ich brzmienie, które jednoznacznie powoduje zaoferowanie nieekwiwalentnej ceny).

Ponadto, odwołujący nie zdecydował się na wykazanie swoich racji i w sposób niezasadny uznał, że ciężar dowodowy przerzucony na wykonawcę, którego cena ofertowa jest kwestionowana, ma charakter absolutny i wystarczającym jest samo zakwestionowanie danej okoliczności, tak jakby nie była wyjaśniana przez zamawiającego. Zarzut w zakresie rażąco niskiej ceny winien, zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 p.z.p., wskazywać konkretną czynność zamawiającego, mającą zdaniem odwołującego naruszać przepis prawa przy określeniu sposobu naruszenia normy. Zatem, pomimo że na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień co do sposobu wyliczenia ceny spoczywa ciężar wykazania, że jego cena nie jest rażąco niska, to jednocześnie nie zwalnia to odwołującego z wykazania zasadności stawianych przez niego zarzutów.

Rekapitulując, w ocenie składu orzekającego wyjaśnienia przystępującego powinny być zostać przez zamawiającego krytycznie przeanalizowane co do powyższych kosztów. Naturalną konsekwencją analizy wyjaśnień kalkulacji ceny wykonawcy powinno być zmierzanie do usunięcia pojawiających się w wyniku pierwszych wyjaśnień wątpliwości – nie zaś wybór oferty najkorzystniejszej. Dopiero kontynuacja postępowania wyjaśniającego elementy ceny, uczyniłaby zadość celowi regulacji wynikającej z art. 90 ust. 1 p.z.p. Zamawiający winien zakończyć postępowanie wyjaśniające dopiero wtedy, kiedy uzyska jednoznaczne i możliwe do obiektywnej weryfikacji informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, czego w rozpoznawanym sporze zabrakło. Brak wyjaśnienia wątpliwości w sytuacji, w której takowe pojawiłyby się po stronie należycie analizującego zaistniałą sytuację zamawiającego, skutkuje wytrąceniem postępowania z prawidłowych torów i operowanie w obszarze, gdzie żadna ze stron nie jest pewna, czy zostanie zapewniona prawidłowa realizacja zamówienia publicznego. W tym miejscu należy podzielić również stanowisko orzecznictwa europejskiego, iż niedopuszczalne jest automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie (np. wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium) i odrzucanie ofert o cenach poniżej pewnego poziomu (por. orzeczenie ETS z 22.06.1989 r., C-103/88), kiedy zarówno wyjaśnienia przystępującego, jak i złożone wraz z wyjaśnieniami dowody, nie dają na obecnym etapie podstaw do uznania, że cena oferty tego wykonawcy jest ceną niewiarygodną, nierealistyczną w odniesieniu do wartości szacunkowej, przedmiotu zamówienia, czy cen ofert konkurencji.

Godzi się również zaznaczyć, że judykatura zwraca uwagę, że „dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to od efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame.” (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Zatem same arytmetyczne porównania dokonane przez odwołującego nie mogą przesądzać o konieczności odrzucenia oferty jego konkurencji.

Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaoferowanych cenach, czy przełożenie różnic cenowych na wartości procentowe, nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how*, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki.

W konsekwencji powyższych wywodów skład orzekający stwierdził, iż sankcja odrzucenia oferty przystępującego byłaby w ustalonym stanie sprawy nieadekwatna, tym bardziej, że odwołujący nie wykazał, aby z treści wyjaśnień wynikało, że na obecnym etapie stwierdzić można z przekonaniem, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Izba nie podzieliła zatem stanowiska odwołującego o zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, co nie powoduje, że działanie zamawiającego było prawidłowe. W ocenie składu orzekającego ustalony stan rzeczy powoduje, że zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., który nakłada na jednostki zamawiające obowiązek rzetelnej oceny wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty, ponieważ zamiast kontynuować postępowanie wyjaśniające cenę przystępującego dokonano wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym niemniej, wobec potwierdzenia zarzutu zaniechania wykluczenia przystępującego z przetargu Izba nie nakazała w sentencji orzeczenia ponownego wezwania do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., co z powodu eliminacji tego wykonawcy z przetargu, byłoby bezprzedmiotowe.

Ponadto, skład orzekający włączył w poczet materiału dowodowego, zduplikowane przez zamawiającego, dowody złożone przez odwołującego, dotyczące usług z pozycji nr: 1, 3, 4 i 5 wykazu przystępującego, opisane we wcześniejszej części uzasadnienia. Izba wskazuje również, że treść wniosku o udzielenie informacji z dnia 17 listopada 2020 r., którego adresatem jest Aquaworks, złożona przez przystępującego, jest nieprzydatna dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sporu, ponieważ nie powiązano tego dowodu z materiałem procesowym. Nie złożono żadnego dowodu związanego z tym wnioskiem, zatem nie ma go z czym skonfrontować.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, gdyż wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na wadliwy wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania. Przegrywającym jest przystępujący po stronie zamawiającego, który wniósł sprzeciw. Zgodnie zatem z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) Izba obciążyła przystępującego kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się wpis i wynagrodzenie pełnomocnika odwoławczego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT (zmniejszone do kwoty wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia).

Skład orzekający nie zasądził od przystępującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony. Zgodnie bowiem z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu (art. 192 ust. 10 p.z.p.) strona przyczyniająca się do wszczęcia procesu, czyli zamawiający, który kapituluje – składając oświadczenie procesowe zmierzające do rezygnacji ze sporu i uznania żądania – nie może skutecznie domagać się na swoją rzecz zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, które swoim działaniem wywołał, rezygnując jednocześnie z obrony swojego stanowiska.

Warto zwrócić uwagę, że w sytuacji analogicznej procesowo, również w oparciu o zasadę odpowiedzialności za wynik procesu, z uwzględnieniem braku na gruncie postępowania przed Izbą regulacji art. 101 k.p.c., Sąd Najwyższy wyjaśnił już wielokrotnie, że strona bierna, która w toku procesu zaspokoiliła lub uznała roszczenie, jest w rozumieniu przepisów o kosztach procesu stroną przegrywającą. Według orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 21 lipca 1951 r. sygn. akt: C 593/51, zaspokojenie przez pozwanego roszczenia po wytoczeniu powództwa jest równoznaczne z przegraniem sprawy w rozumieniu art. 100 k.p.c. Podobnie zagadnienie to rozstrzyga orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 22 stycznia 1954 r. sygn. akt: II C 1514/53 i z dnia 4 lipca 1952 r. sygn. akt: C 1080/52.

Przenosząc te myśli natury systemowej na grunt przywołanych przepisów, regulujących reguły zwrotu kosztów na gruncie postępowania przed Izbą, należy ocenić, że zamawiający uznając odwołanie za uzasadnione – a więc przysznając, że dokonał czynności z naruszeniem prawa – nie może żądać zwrotu kosztów, ponieważ dał asumpt do wniesienia odwołania, a następnie uległ w postępowaniu odwoławczym. Jakikolwiek inny wniosek prowadziłby nie tylko do załamania zasady odpowiedzialności za wynik procesu, ale powodowałby procesowe preferowanie absurdalnych decyzji, czyniąc opłacalnym naruszenie prawa, wywołanie konieczności wniesienia odwołania, a następnie uznania go za uzasadnione.

Przewodniczący:

.....