

WYROK

z dnia 28 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2021 r. przez wykonawcę Green Parking Sp. z o.o. w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto i Gminę Ostrzeszów

przy udziale wykonawcy Projekt Parking Sp. z o.o. w Poznaniu zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Green Parking Sp. z o.o. w Poznaniu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Green Parking Sp. z o.o. w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Green Parking Sp. z o.o. w Poznaniu na rzecz Miasta i Gminy Ostrzeszów kwotę 3.696 zł 99 gr (słownie: trzy tysiące sześćset dziewięćdziesiąt sześć złotych dziewięćdziesiąt dziewięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego poniesione z tytułu opłaty skarbowej, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto i Gmina Ostrzeszów - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa dzierżawienia parkomatów wraz z obsługą techniczno-serwisową oraz systemów do nakładania opłat, prowadzenia procesu windykacji należności oraz prowadzenia kontroli na obszarze Strefy Płatnego Parkowania (SPP) i Miejskich Buforowych Parkingów Płatnych (MBPP) w Ostrzeszowie. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 127-337290. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty 9 września 2021 r. wykonawca Green Parking Sp. z o.o. w Poznaniu wniósł odwołanie. Zachowany został termin ustawowy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 ustawy:

1) w związku z dokonaniem wadliwej oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Projekt Parking Sp. z o.o. w Poznaniu;

2) błędnym uznaniem, że oferta Projekt Parking nie podlega odrzuceniu i nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3) zaniechaniem odrzucenia oferty Projekt Parking, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2. art. 224 ust. 5 ustawy w związku z błędnym uznaniem, że Projekt Polska wykazał i udowodnił, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;

3. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy wobec zaniechania odrzucenia oferty Projekt Polska jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

4. art. 204 ust. 1 ustawy wobec dokonania wyboru oferty Projekt Parking, która podlega odrzuceniu zamiast oferty Green Parking Polska będącej najkorzystniejszą, ewentualnie art. 255 pkt 2 ustawy wobec dokonania wyboru oferty Projekt Parking, która podlegała odrzuceniu zamiast unieważnienia postępowania ze względu na odrzucenie wszystkich ofert .

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności oceny i wyboru ofert, odrzucenie oferty Projekt Parking oraz dokonanie ponownego wyboru oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, ewentualnie unieważnienia postępowania w przypadku stwierdzenia braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Żądał również dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów powołanych w treści odwołania na okoliczności tam wskazane oraz obciążenia zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami

2

wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu wskazał, że pismo Projekt Parking nie stanowi pod względem merytorycznym wyjaśnień, gdyż jest jedynie oświadczeniem, iż cena została obliczona prawidłowo z powodu rzekomego, bilansu sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych". Wykonawca nie załączył dowodów, że tak rzeczywiście jest w szczególności umów, faktur etc. Ponadto nie zostały skalkulowane żadne koszty działania spółki związane z wykonaniem zamówienia, w szczególności wynagrodzenia pracowników. Odwołujący zarzucił, że sam fakt niezłożenia wyjaśnień w sposób zgodny z wezwaniem zamawiającego oraz dyspozycją art. 224 ust 1 i 3 ustawy powinien skutkować odrzuceniem oferty. „Z daleko idącej ostrożności procesowej” odwołujący wskazał, że oferta rynkowa, którą otrzymał odwołujący od F.P. Soft sp. z o.o. opiewała na kwotę 4.000 zł netto miesięcznie w tej kwocie było zawarte: oprogramowanie do administrowania strefą płatnego parkowania (sprzedaż abonamentów, windykacja, rozliczenia finansowe), pełna obsługa wezwań do opłat dodatkowych, wystawiania upomnień, aktualizację oprogramowania, nadzór autorski, pomoc zdalną, przetrzymywanie danych w chmurze firmy F.P. Soft sp. z o.o. Oferta Spółki Projekt Parking opiewała na 3.000 zł netto czyli o ponad 25 % mniej, przy czym za 48 miesięcy obsługi, a dotyczyła oprogramowania w takim samym zakresie, oprócz rozwiązania w chmurze, które było wymagane przez zamawiającego. Oferta taka jest niemożliwa do uzyskania na rynku. Wykonawca nie wykazał jakichkolwiek innych dowodów uzasadniających, skąd wynika podana przez niego cena całkowita. Jako dowód odwołujący załączył do odwołania ofertę F.P. Soft sp z o.o. z dnia 13 lipca 2021 r. na okoliczność cen rynkowych części składowych oferty.

Odwołujący powołał orzecznictwo Izby i wywiódł, że wykonawca w odpowiedzi na wezwanie powinien zamawiającemu przedłożyć dokumenty i kalkulację, z której w sposób niebudzący wątpliwości wynika, jakie wykonawca przewiduje koszty materiałowe, jakie koszty osobowe, koszty administracyjne i inne związane z realizacją zamówienia. Wyjaśnienia takie,

poparte stosownymi dowodami, nie powinny budzić jakiejkolwiek wątpliwości zamawiającego, nawet jeżeli zaoferowana cena znacznie odbiega od jego szacunku, średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, czy nawet cen rynkowych. Dlatego tak istotne dla wykonawcy jest przygotowanie rzetelnych wyjaśnień, zawierających kalkulacje i dowody potwierdzające przytaczane okoliczności, a uzasadniające realizację zamówienia za zaoferowaną cenę. Co więcej, Projekt Parking nie przedstawił dowodów na potwierdzenie kosztów personelu. W wyjaśnieniach Projekt Parking wskazał w pkt 3.1. Tabeli Koszty bieżące „3. Pomoc technika - 1/4 etatu 1000 zł netto.” Powyższe w żaden sposób nie stanowi dowodu (a jedynie oświadczenie), iż zatrudnione osoby (i to tylko świadczące pomoc techniczną) otrzymują wynagrodzenie zgodnie z obowiązującymi przepisami. Co więcej, wykonawca wskazał jedynie na fakt zatrudnienia pomocy technika, nie wskazując na koszty personelu wykonującego montaż i inne czynności określone w § 2 ust 3 pkt 1 -13 projektowanych postanowień umowy.

Za nieuzasadnione odwołujący uznał również odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z

3

warunkami zamówienia. Wykonawca wprowadzał formularz ofertowy wraz z innymi dokumentami zamówienia, nie posiada jednak uprawnień administratora systemu, które pozwalałyby mu na przeprowadzenie odpowiedniego dowodu. W jego ocenie zamawiający powinien dokonać odpowiedniej analizy w tym zakresie, ewentualnie wezwać Wykonawcę do wyjaśnień a także wystąpić do administratora platformy przetargowej i dopiero wtedy dokonać decyzji. Komisja przetargowa miała też możliwość skorzystania z fachowej opinii ewentualnie powołając biegłego z zakresu informatyki. Odwołujący przedstawił formularz ofertowy podpisany elektronicznie 26 lipca o godz. 16:11 tego samego dnia i w podobnym czasie jak wszystkie inne dokumenty przekazane w ramach złożenia dokumentów w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że niezależnie od kwestii, czy odrzucenie oferty odwołującego zostanie uznane za prawidłowe, to nawet w przypadku nieuwzględnienia tego zarzutu z jednoczesnym uwzględnieniem zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny uzasadnione jest unieważnienie postępowania.

Wykonawca przez Projekt Parking Sp. z o.o. w Poznaniu zgłosił przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego z zachowaniem terminu ustawowego i obowiązku przekazania stronom kopii przystąpienia. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający przed terminem posiedzenia z udziałem stron poinformował, że 20 września 2021 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, nie unieważnił czynności odrzucenia oferty odwołującego. Podniósł, że odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania oraz, że odwołanie podlega oddaleniu z racji unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Podobne stanowisko zaprezentował w piśmie procesowym przystępujący.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i rozpoznała je na rozprawie. Strony i uczestnik podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający podczas publicznego otwarcia ofert 2 sierpnia 2021 r., poinformował, że wpłynęła oferta złożona przez przystępującego, w której:

1. Wartość dzierżawy brutto zamówienia podstawowego wyniosła - 863 637,12 zł;
2. Wartość dzierżawy brutto w ramach Opcji 1 - 186 182,64 zł ;
3. Wartość łączna wykupu brutto - 38,13 zł;
4. Cena brutto roboczogodziny pracy związanej z wprowadzaniem nowych funkcji systemu - 184,50 zł;
5. Dodatkowa gwarancja - 48 miesięcy.

Zamawiający poinformował, że dokumenty złożył także podmiot odwołujący, jednak wśród złożonych dokumentów nie znajduje się formularz ofertowy bądź inny dokument wskazujący na zaoferowaną cenę.

2 września 2021 r. zamawiający udostępnił informację o kwocie jaką zamierza przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia, tj. 1.290.024,00 zł brutto w ramach zamówienia podstawowego

oraz 1.586.577,00 brutto łącznie z prawem opcji.

Pismem z 6 sierpnia 2021 r. zamawiający wystąpił do przystępującego o wyjaśnienia ceny oferty. Stwierdził, że „zaoferowana przez wykonawcę cena” wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Zamawiający oczekiwał wyjaśnień, dotyczących przyczyn ustalenia ceny na poziomie wskazanym w ofercie oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności dotyczących:

1. sposobu kalkulacji ceny przedstawionej w ofercie - w szczególności z uwzględnieniem czynników, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 Ustawy (zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie);

2. możliwości wykonania zamówienia za cenę przedstawioną w ofercie przy uwzględnieniu, że oferta powinna być zgodna ze wszystkimi warunkami zamówienia odnoszącymi się między innymi do:

- a. wymagań co do roku produkcji parkomatów;
- b. utrzymywania danych przez wykonawcę na zewnętrznej chmurze;
- c. dostarczenia i bieżącym utrzymywaniu kart SIM;
- d. wymagań co do baz danych;
- e. wymagań co do urządzeń kontrolnych.

Zamawiający wskazał, że w celu zadośćuczynienia wezwaniu wykonawcy zobowiązany jest także dostarczyć dowody (np. kopie dokumentów, pism, faktur, umów, itp.) dotyczące wyliczenia ceny, potwierdzające prawidłowość kalkulacji ceny, w zakresie wynikającym ze złożonych wyjaśnień. Zamawiający powołał art. 224 ust. 6 i art. 224 ust. 5 ustawy.

Przystępujący udzielił wyjaśnień pismem z 10 sierpnia 2021 r. Wskazał, że cena oferty, w kwocie: zamówienie podstawowe - 863 637,12 zł brutto, z prawem opcji: 1.049.857,89 zł, stanowi bilans sprzyjających i dostępnych wykonawcy warunków cenotwórczych wykonania niniejszego zamówienia polegających na:

1) posiadaniu własnego zaplecza technicznego - pracowników serwisu technicznego oraz magazynu, zlokalizowanych w bliskiej odległości od miejsca wykonania przedmiotu zamówienia, co skutkuje obniżeniem kosztów transportu, montażu, jak również brakiem konieczności najmu powierzchni magazynowych w okresie montażu urządzeń - miejsce wykonania zamówienia położone jest 51 km od siedziby serwisu regionalnego w Kaliszu i 152 km

od siedziby głównej w Poznaniu;

2) posiadaniu w chwili składania oferty zmagazynowanych zapasów materiałowych to jest: części parkomatów, kaset wymiennych, modemów GPRS oraz samodzielnie wykonanych prefabrykatów do montażu parkomatów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia, co

skutkuje oszczędnościami przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia - w szczególności kosztów montażu oraz udostępnienia usługi komunikacji z urządzeniami;

3) posiadania autorskich rozwiązań dotyczących oprogramowania windykacyjnego - system EXEK w ramach współpracy w ramach grupy kapitałowej ze Spółką Mobile Traffic DATA, co skutkuje możliwością zaoferowania przez wykonawcę konkurencyjnych cen za wykonanie zamówienia.

Przystępujący przedstawił również metodę kalkulacji ofertowej. Zaprezentował koszty inwestycyjne, koszty bieżące, utrzymanie miesięczne dostarczonych parkomatów i systemów w rozbiciu na poszczególne grupy kosztów. Kalkulację przystępujący zastrzegł jako tajemnicę swego przedsiębiorstwa. W dokumentacji postępowania nie znajduje się informacja, że zamawiający uznał to zastrzeżenie za nieskuteczne. W związku z tym Izba postanowiła w nie przywoływać kalkulacji w uzasadnieniu.

Do wyjaśnień przystępujący dołączył ofertę Mobile Traffic Data Sp. z o.o. Stwierdzono w niej, że jest to oferta specjalna pochodząca od podmiotu działającego w ramach tej samej grupy

kapitałowej w związku z długoletnią współpracą oraz wiążącą ramową umową dystrybutorską na sprzedaż tworzonego przez Mobile Traffic Data oprogramowania Exek, do Zarządzania Kontrolą i

Windykacją w SPP. Przedmiotem oferty jest:

Dostawa oprogramowania do nakładania opłat dodatkowych i prowadzenia procesu windykacji należności (w tym w trybie administracyjnym) oraz zarządzania SPP i MBPP (opłata jednorazowa)	3 000,00 [zł netto]	--	48 miesięcy	3 000,00 [zł netto]
Opłata za dzierżawę sprzętu wraz z oprogramowaniem kontrolerskim (opłata miesięczna)	180,00 [zł netto/mc]	5 Sztuk	48 miesięcy	43 200,00 [zł netto]
RAZEM:				46 200,00 [zł netto]

Mobile Traffic Data Sp. z o.o. stwierdził, że cena obejmuje:

- uruchomienie i wykonanie próby eksploatacyjnej wszystkich dostarczonych urządzeń oraz oprogramowania
- przeszkolenie wskazanych przez zamawiającego osób.
- zapewnienie wsparcia techniczno-merytorycznego dla wszystkich użytkowników systemu w okresie 48 miesięcy.
- bieżące aktualizacje oraz rozwój systemu.

Przystępujący do wyjaśnień dołączył również ofertę EMPROX Sp. z o.o. Oferent stwierdził, że jako producent urządzeń i zważywszy na długoletnią współpracę przedstawia bardzo atrakcyjną ofertę na zakup wyżej wymienionego systemu. Oferta obejmuje dostawę fabrycznie nowych elementów systemu zgodnie z wymogami technicznymi postępowania:

	Nazwa	Ilość	Cena jednostkowa	Wartość
1	Parkomat PC100	24	17100	410400
2	Dodatkowa wymienna kaseta na monety	24	750	18000
3	Kosz fundamentowy	24	180	4320
			Suma	432720

Oferent stwierdził, że w cenie ujęta jest 48 miesięczna gwarancja. Zapewniony jest także dostęp do backoffice tj. oprogramowania do zarządzania parkomatami, służącego do podglądu i

raportowania wszystkich czynności oraz zdarzeń dokonanych w parkomatach, wraz z mapą wizualizacyjną z zaznaczoną lokalizacją parkomatów, na której będą wyświetlane numery parkomatów wraz z ich statusem w formie usługi dostępu do zainstalowanych na serwerze wykonawcy (bądź chmurze) w cenie 15 zł netto/m-c/urządzenie.

Ponadto w treści wyjaśnień przystępujący wskazał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). Podkreślił, że złożona oferta nie może być uznana za ofertę z rażąco niską cenę, ponieważ nie odbiega od cen zaoferowanych w przedmiotowo podobnych postępowaniach. Ceny oferowane na danym rynku są często bardziej realnym i miarodajnym wskaźnikiem w kwestii badania rażąco niskiej ceny niż szacunkowa wartość zamówienia.

Dla porównania przedstawił zestawienia cen parkomatów z innych postępowań:

Zielona Góra - dostawa 38 szt. parkomatów (2020 r.) Projekt Parking - 23 697,18 zł brutto/szt.

MBS Computergraphik Sp. z o.o. - 25 505,28 zł brutto/szt.

Opole - dostawa 39 szt. parkomatów (2019 r.) -

MBS Computergraphik Sp. z o.o. - 23 717,95 zł brutto/szt.

Mińsk Mazowiecki - dostawa 20 szt. parkomatów (2019 r.) P.U.H. „DEJW” Dawid Biernat - 21 300,00 zł brutto/szt.

MBS Computergraphik Sp. z o.o. - 21 220,00 zł brutto/szt.

Wskazał, że przywołane postępowania dotyczyły także obsługi serwisowej w zakresie od 36 do 48 miesięcy. Można zatem zauważyć, iż ceny proponowane w postępowaniach na dostawę parkomatów nie odbiegają od ceny w tym postępowaniu.

Pismem z 13 sierpnia 2021 r. odwołujący wystąpił do zamawiającego w związku z powzięciem informacji z portalu o braku formularza ofertowego bądź innego dokumentu wskazującego na zaoferowaną przez Green Parking Polska cenę. Wskazał, że taki dokument został dołączony i wysłany przez portal w chwili składania oferty. Wobec powyższego zwracamy się z prośbą o dokładne sprawdzenie na poziomie oprogramowania, czy taki dokument został zamieszczony w systemie i udzielenie informacji odwołującemu.

Zamawiający nie udzielił odpowiedzi. Takie pismo nie znajduje się w aktach sprawy.

25 sierpnia 2021 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. W odniesieniu do odwołującego ponowił informacje upublicznione podczas otwarcia ofert.

W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł odwołanie.

Wskazane ustalenia istotne dla rozpoznania zarzutów odwołania zostały dokonane na podstawie powołanych pism znajdujących się w kopii dokumentacji przekazanej przez zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała, że odwołujący w okolicznościach faktycznych sprawy spełnia przesłanki wymagane w art. 505 Pzp.

Po pierwsze, Izba uznała, że do dnia przekazania przez zamawiającego informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący miał prawo oczekiwać, że zamawiający wobec ustalenia braku złożenia formularza ofertowego przez odwołującego zwróci się do niego o wyjaśnienia tej kwestii. Dopiero bowiem czynność wyboru najkorzystniejszej oferty finalizowała ocenę, że odwołujący nie złożył zamawiającemu oferty w tym postępowaniu. Odwołujący wystąpił do zamawiającego z pismem w tej sprawie i uprawnione było oczekiwanie na odpowiedź, której odwołujący nie otrzymał. Odwołanie w części dotyczącej oferty odwołującego nie jest zatem spóźnione i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp.

Po drugie, odwołujący jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem danego zamówienia

ma interes w jego uzyskaniu. Środkiem prowadzącym do uzyskania zamówienia przez odwołującego jest podniesienie zarzutów wobec oferty uznanej przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Nie jest uprawniony pogląd, że interes odwołującego ogranicza się wyłącznie do obrony własnej oferty. Przeciwnie, zakres czynności i zaniechań zamawiającego, wobec których można wnieść odwołanie nie jest przedmiotowo ograniczony w przepisach ustawy i to niezależnie od wartości zamówienia. W szczególności odwołanie przysługuje wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Przyjęcie przeciwnego poglądu przeczyłoby celowi istnienia systemu środków ochrony prawnej - kontroli postępowania o udzielenie zamówienia, której skutkiem ma być udzielenie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy, czyli zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, która nie byłaby narażona na unieważnienie.

Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenia przepisów ustawy grożą odwołującemu poniesieniem szkody. Szkoda w rozumieniu art. 505 Pzp nie ogranicza się bowiem do uzyskania zamówienia w wyniku danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Prezentowane szerokie rozumienie materialnych przesłanek dopuszczalności odwołania utrwała się w orzecznictwie Izby. Przykładowo w wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19 Izba stwierdziła, że w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego. Omawiany pogląd znajduje również potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 48/21.

Kolejno należało ustalić zakres rozpoznania odwołania, a to wobec unieważnienia przez zamawiającego czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz stanowiska, że w związku z tym rozpoznanie odwołania powinno się ograniczyć do zarzutów związanych ze złożeniem oferty przez odwołującego, zaś zarzuty dotyczące oferty przystępującego nie podlegają rozpoznaniu. Zdaniem zamawiającego, skoro przepisy ustawy pozwalają zamawiającemu na to, aby pomimo wniesienia odwołania kontynuował postępowanie, gdyż art. 577 Pzp nie pozwala jedynie zawrzeć umowy w sprawie zamówienia publicznego, to zamawiający może dokonywać kolejnych czynności w postępowaniu, w tym unieważnić czynność wobec której zostało wniesione odwołanie. Brak czynności wobec której zostało wniesione odwołanie oznacza zdaniem zamawiającego brak podstawy do rozpoznania odwołania.

Izba nie zgadza się z tym poglądem.

Po pierwsze, uszło uwadze zamawiającego, że odwołanie zostało wniesione nie tylko wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ale również wobec zaniechań zamawiającego polegających na niewłaściwej ocenie wyjaśnień przystępującego, nieodrżuceniu oferty przystępującego z powodu rażącego zaniżenia jej ceny oraz będącego ich konsekwencją zaniechania unieważnienia postępowania z powodu braku ofert. O ile zatem czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dacie rozprawy i wydania wyroku nie istnieje już w obrocie prawnym, o tyle istnieją wszystkie poprzedzające ją czynności, które były podstawą zarzutów odwołania.

Zarzuty dotyczące zaniechań zamawiającego w dalszym ciągu posiadają podstawy faktyczną i prawną uzasadniające wniesienie odwołania;

Po drugie, pogląd zamawiającego o odstąpieniu Izby od rozpoznaniu zarzutów odwołania wyłącznie z powodu nieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty pozbawiony jest oparcia jurydycznego. Przepisy ustawy wskazują tylko dwie sytuacje uzasadniające zakończenie postępowania odwoławczego bez badania zarzutów odwołania: uwzględnienie zarzutów odwołania przez zamawiającego (przy braku sprzeciwu, jeśli w postępowaniu zostało skutecznie zgłoszone przystąpienie) oraz wycofanie zarzutów odwołania przez odwołującego. W takiej sytuacji Izba wydaje postanowienie o umorzeniu postępowania odwoławczego w całości albo w części. Odwołujący nie wycofał zarzutów odwołania, a zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie oznacza uwzględnienia odwołania w części. Izba nie ma więc jakiegokolwiek uzasadnienia dla odstąpienia od badania zarzutów odwołania dotyczących zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu rażącego zaniżenia jej ceny. Podstawy prawnej dla takiego działania procesowego nie wskazał również zamawiający, zatem podzielenie poglądu o niedopuszczalności badania zarzutów odwołania z powodu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, prowadziłoby w okolicznościach sporu do braku rozstrzygnięcia w sentencji o wszystkich zarzutach odwołania, czemu sprzeciwił się Sąd Najwyższy w uchwale z 17 lutego 2016 r. sygn. akt III CZP 111/15.

Po trzecie, zamawiający w odpowiedzi na pytanie Izby oświadczył, że po unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie dokonał ponownej oceny wyjaśnień przystępującego, ani nie wzywał go do złożenia wyjaśnień uzupełniających. W tym stanie rzeczy stanowisko zamawiającego, który unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i przez dwa kolejne miesiące nie przeprowadza wobec niej żadnych czynności, uznać należy za działanie

zmierzające do wyłączenia możliwości kontroli czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w tym postępowaniu. Dostrzec bowiem trzeba, że w sytuacji braku rozpoznania w tym postępowaniu odwoławczych zarzutów kierowanych wobec najkorzystniejszej oferty i ponowieniu przez zamawiającego wyboru oferty przystępującego w takich samych okolicznościach faktycznych i prawnych (brak kolejnych czynności związanych z badaniem oferty, co oznacza brak zmiany stanu faktycznego sprawy) wykonawcy zmuszeni są do wnoszenia kolejnych odwołań dla zachowania szans na uzyskanie zamówienia. Generuje to koszty, których uniknięto by przy badaniu zarzutów podniesionych wobec pierwszego wyboru, ale przede wszystkim naraża odwołujących się wykonawców na odrzucenie odwołania, jako podniesionego po upływie terminu.

Izba uznała zatem, że wykładnia przepisów ustawy ograniczająca zakres rozpoznania odwołania, wobec zarzutów którego nie zachodzą przesłanki umorzenia postępowania odwoławczego i przesłanki odrzucenia, jest nieprawidłowa.

Izba rozpoznała zatem zarzuty odwołania co do istoty i uznała je za niezasadne.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 Ustawy odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem,

podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Art. 224 ust. 5 ustawy stanowi, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy.

Przystępujący udzielił wyjaśnień, zatem należy rozważyć, czy wyjaśnienia te stanowią uzasadnienie ceny oferty tego wykonawcy. Na to pytanie zamawiający odpowiedział twierdząco, z czym należy się zgodzić.

Zamawiający jest wprawdzie uprawniony do tego, aby odrzucić ofertę tylko z powodu otrzymania niedostatecznych wyjaśnień, jednak o niedostatecznych, zbyt ogólnych wyjaśnieniach

można mówić w sytuacji, gdy wykonawca odpowiada bardzo ogólnie, w szczególności nie odwołując się do realiów postępowania i treści swojej oferty. Tymczasem w badanym postępowaniu zamawiający otrzymał wyjaśnienia konkretne, wskazujące dostępne odwołującemu korzystne warunki wykonania umowy. W uzasadnieniu odwołania i na rozprawie odwołujący eksponował kwestię braku złożenia dowodów potwierdzających prawidłowość obliczenia ceny oferty. Dostrzec jednak trzeba, że po pierwsze: przystępujący złożył dowody w postaci cen najbardziej przedmiotowo istotnych elementów zamówienia oraz w swojej kalkulacji uwzględnił koszt wynagrodzenia pracownika, którego rynkowa wartość nie jest kwestionowana w odwołaniu. Odwołujący podważa dowody złożone przez przystępującego przez wskazanie na kwoty wynikające z oferty, którą sam uzyskał od innego podmiotu. Pomija jednak całkowicie, że sami oferenci oświadczyli, że składają przystępującemu bardzo korzystne oferty z uwagi na łączące go z nim relacje.

Ponadto dostrzec trzeba, że przepisy ustawy nie wiążą sankcji odrzucenia oferty z niezłożeniem przez wykonawcę dowodów. Zamawiający wskazał, że oczekuje dowodów, jednak sam fakt, że Ponadto dostrzec trzeba, że przepisy ustawy nie wiążą sankcji odrzucenia oferty z niezłożeniem przez wykonawcę dowodów. Zamawiający wskazał, że oczekuje dowodów, jednak sam fakt, że dowody złożone przez przystępującego nie dotyczą wszystkich elementów cenotwórczych oferty, nie uzasadnia w realiach badanej sprawy odrzucenia oferty z powodu braku dostatecznych wyjaśnień. Zamawiający otrzymał przecież dowody potwierdzające korzystne dla odwołującego okoliczności mające znaczenie dla obliczenia ceny oferty i nie powinien pomijać ich przy ocenie wyjaśnień. Odwołujący nie wykazał, aby kwota pozostała po odjęciu od ceny oferty odwołującego wartości wynikających z uzyskanych przez niego ofert nie była wystarczająca dla pokrycia kosztów wynikających z wykonania umowy.

Postępowanie odwoławcze w sytuacji uzyskania przez zamawiającego wyjaśnień dotyczących ceny oferty ma na celu ustalenie, czy zamawiający z treści wyjaśnień wyciągnął prawidłowe i zgodne z ustawą wnioski. Wprawdzie ciężar dowodu, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, o czym stanowią art. 224 ust. 5 Pzp oraz art. 537 pkt 1 Pzp, jednak odwołujący się wykonawca nie może pozostawać bierny w postępowaniu

dowodowym. Odwołujący za wyjątkiem uzyskanej przez siebie oferty nie powołał żadnych dowodów na nieprawidłowość szacunków ceny oferty przez przystępującego.

Wyjaśnienia przystępującego uzasadniają, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wyjaśnień tych nie sposób uznać za nierzetelne, ogólnikowe i lakoniczne. Przystępujący odniósł się do elementów składowych istotnych dla obliczenia ceny swojej oferty. W ocenie Izby są to wyjaśnienia odpowiednio

umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13). Postępowanie wyjaśniające przeprowadzone przez zamawiającego dało mu zatem racjonalne podstawy do stwierdzenia, że wybór oferty przystępującego jest prawidłowy i za cenę tej oferty możliwe jest wykonanie zamówienia (por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06).

Skoro wyjaśnienia złożone przez przystępującego uzasadniają cenę jego oferty, zamawiający wybierając tę ofertę nie naruszył przepisów ustawy.

Zamawiający prawidłowo uznał ofertę odwołującego za niezłożoną. Z zestawu „logów” oraz listy wprowadzonych do systemu oświadczeń i dokumentów odwołującego jasno wynika, że odwołujący złożył zamawiającemu oświadczenia oraz dowód wniesienia wadium, nie przesłał jednak formularza ofertowego, ani żadnego innego dokumentu wskazującego cenę swojej oferty. Brak ten nie może być usunięty w sposób dopuszczony przepisami ustawy. Fakt nie przesłania przez odwołującego oświadczenia zawierającego cenę oferty potwierdził również operator systemu. W tak ustalonych okolicznościach sporu należy wyrazić stanowisko, że ewentualne zwrócenie się przez zamawiającego do odwołującego o wyjaśnienia nie miałyby znaczenia dla rozstrzygnięcia. Odwołujący domagał się przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, jednak nie uprawdopodobnił, że w sprawie mogły wystąpić przeszkody techniczne, które spowodowałyby brak wpływu do zamawiającego prawidłowo wprowadzonej do systemu oferty odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ust. 1 i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 574 Pzp uwzględniając wynikającą z art. 575 Pzp zasadę ponoszenia kosztów stosownie do odpowiedzialności za wynik postępowania. W rozpoznawanej sprawie stroną odpowiedzialną w całości za wynik postępowania był odwołujący.

Przewodnicząca: