

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **4 lipca 2025 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **9 czerwca 2025 r.**

przez wykonawcę: **M.B. sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawę menażki ze stali nierdzewnej* (MAT/22/PZ/2025)

prowadzonym przez zamawiającego: **Skarb Państwa – 4. Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą we Wrocławiu** [„Zamawiający”]

przy udziale jako współuczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy: **WILD BEAR R.J. ze Złotnik** [„Przystępujący”]

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie w takim zakresie, że nakazuje Zamawiającemu w obu częściach zamówienia unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego, a przy powtórnym badaniu tej oferty uwzględnienie wszystkich wyjaśnień i dowodów dotyczących ceny oferty złożonych w odpowiedzi na oba wezwania Zamawiającego.**
- 2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.**
- 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciążyć Odwołującego i Zamawiającego po połowie, tj.:**
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz kwoty po 1800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) uzasadnionych kosztów Odwołującego i Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
 - 2) znosi wzajemnie pomiędzy Odwołującym i Zamawiającym uzasadnione koszty z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,**
 - 3) zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy).**

Na niniejsze orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.**

Uzasadnienie

4. Regionalna Baza Logistyczna z siedzibą we Wrocławiu {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie Ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp”, „Pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Dostawę menażki ze stali nierdzewnej* (MAT/22/PZ/2025).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 24 marca 2025 r. zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej serii S nr 58 pod poz. 189061.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

29 maja 2025 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez : WILD BEAR R.J. ze Złotnik {dalej: „Wild Bear” lub „Przystępujący”}, a także o odrzuceniu oferty złożonej przez: M.B. sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie {dalej również: „Milena Bis”}

9 czerwca 2025 r. M.B. sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie {dalej: „Milena Bis” lub „Odwołujący”} wniosła odwołanie od powyższych czynności oraz zaniechań innych czynności objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1. Art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez niesłuszne odrzucenie oferty M.B., pomimo złożenia przez nią rzetelnych wyjaśnień dotyczących ceny oferty w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego.**
- 2. Art. 224 ust. 6 i art. 226 ust. 1 pkt 8 – przez zaniechanie odrzucenia oferty Wild Bear, pomimo że jego wyjaśnienia dotyczące ceny oferty jej nie uzasadniły, gdyż nie zawierały odpowiedzi w zakresie czynników wpływających na wysokość ceny określonych w art. 224 ust. 3 pzp oraz innych czynników wskazanych przez Zamawiającego w wezwaniu z 28 kwietnia 2025 r., a także nie uwzględniały wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji dostawy zgodnie z warunkami zamówienia.**
- 3. Art. 16 – przez naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji polegające na ocenie wyjaśnień dotyczących ceny złożonych przez powyżej wymienionych wykonawców w sposób dyskryminujący Milenę Bis, aby**

zamówienie uzyskał Wild Bear.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Unieważnienia odrzucenia oferty M.B..
3. Ponownej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty M.B..

W odpowiedzi na odwołanie z 9 maja 2025 r. Zamawiający częściowo uwzględnił odwołanie, tj. w zakresie zarzutów z pkt 1. i 2. w zw. z żądaniami z pkt 2) lit. a) punktorów 3-6 oraz lit. b)-d). Przystępujący nie wniósł co do tego sprzeciwu.

W pozostałym zakresie, tj. zarzutów z pkt 1. i 2. w zw. z żądaniami z pkt 2) lit. a) punktory 1-2 Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wywodząc jak to dalej podano, jeżeli miało to znaczenie dla sprawy.

[pierwszy zarzut samoistny]

Izba ustaliła, co następuje:

W określonym przez Zamawiającego terminie Milena Bis złożyła w piśmie z 23 kwietnia 2025 r. następujące wyjaśnienia [pisownia oryginalna; dostosowano układ typograficzny]:

W związku z otrzymanym wezwaniem z dnia 16.04.2025 r., do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów w zakresie wycięcia cen oferty w zakresie części 1 i 2, poniżej wyjaśniam i przedstawiam dowody potwierdzające, że złożona przez naszą firmę oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

1) Oferowana przez nas cena jednostkowa menażek została skalkulowana na podstawie realnych kosztów zakupu, obsługi logistycznej oraz przygotowania towaru do dostawy, z uwzględnieniem marży handlowej.

Kalkulacja ceny:

- Zakup menażki od producenta (cena FOB lub CIF) – ok. 65,00 zł/szt.
- Koszty transportu międzynarodowego, opłat celnych, odprawy – ok. 8,00 zł/szt.
- Koszty magazynowania, pakowania i przygotowania do dystrybucji – ok. 5,00 zł/szt.
- Koszty logistyczne dostaw do magazynów wojskowych – ok. 2,00 zł/szt.
- Koszty pozostałe (w tym badania) i koszty zakładowe / administracyjne przypadające na jednostkę – ok. 12,00 zł / szt.

Łączne koszty dostawy do Zamawiającego przedmiotu zamówienia wynoszą 92,00 zł/szt.

Zaproponowana cena ofertowa tj. 111 zł / szt. obejmuje marżę na poziomie ok. 20% (19,00 zł / szt.), co stanowi realny zysk i potwierdza, że wykonanie umowy nie wiąże się ze

2) Uwzględnienie czynników wpływających na cenę

Kalkulując ofertę, wzięliśmy pod uwagę wszystkie czynniki wpływające na koszty, zgodnie z art. 224 ust. 3 PZP, w tym:

- Stabilna współpraca z dostawcą menażek, co pozwala uzyskać atrakcyjne ceny zakupu dzięki stałym wolumenom oraz korzystnym warunkom płatności.
- Znaczące doświadczenie w zakresie importu towarów, co pozwala nam optymalizować koszty transportu i odpraw celnych.
- Własne zaplecze logistyczne – posiadamy magazyn i linię do pakowania towarów, dzięki czemu unikamy kosztów zlecenia tych usług na zewnątrz.
- Efektywny system dystrybucji – dostawy realizujemy naszym transportem lub zaufanymi przewoźnikami, co pozwala na elastyczność i ograniczenie kosztów.

1. Zarządzanie procesem – charakter importowy i optymalizacja operacyjna

Menażki objęte ofertą są importowane bezpośrednio od sprawdzonego, wieloletniego producenta z Chin. Nasza firma nie prowadzi produkcji we własnym zakresie, co pozwala na eliminację kosztów infrastruktury wytwórczej. Zarządzanie procesem importu, odpraw celnych, magazynowania i pakowania odbywa się w naszym zakładzie na terenie Polski i zostało zoptymalizowane kosztowo – dzięki własnym zasobom i sprawdzonym partnerom logistycznym.

2. Wyjątkowo korzystne warunki dostaw i usług

Dysponujemy stałymi umowami z producentem chińskim, co pozwala nam uzyskiwać wyjątkowo korzystne ceny jednostkowe (niższe niż ceny oferowane klientom z otwartego rynku), jak również warunki transportu (pełne kontenery, CIF Hamburg). Dodatkowo, korzystamy z niższych stawek celnych – dla kodu taryfowego 7323.93.00, obowiązuje cło w wysokości 2,7%, co przekłada się na korzystny całkowity koszt jednostkowy po odprawie w Niemczech i dostawie do Polski.

3) Oryginalność dostawy

Chociaż produkt sam w sobie nie jest innowacyjny, wyróżnia nas model operacyjny: oferujemy wysokiej jakości menażki zgodne z wojskowymi wymaganiami, w atrakcyjnej cenie, dzięki bezpośredniemu importowi oraz eliminacji pośredników.

4) Koszty pracy a wynagrodzenia minimalne

Czynności realizowane w Polsce, takie jak pakowanie i przygotowanie wysyłki, są wykonywane przez pracowników zatrudnionych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa pracy. Stosujemy stawki nie niższe niż minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w 2025 roku (4666,00 zł brutto), co zostało uwzględnione w końcowej kalkulacji.

5) Zgodność z przepisami o pomocy publicznej

Cena oferty nie wynika z żadnej formy pomocy publicznej, która mogłaby zaburzać zasady konkurencji. Wykonawca nie korzystał z żadnych subwencji, dotacji ani programów rządowych mających wpływ na wysokość ceny oferty.

6) Zgodność z prawem pracy i zabezpieczeniem społecznym

Całość działań w Polsce (pakowanie, logistyka) prowadzona jest przez pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę. Odprowadzane są wszelkie wymagane składki na ubezpieczenia społeczne oraz zdrowotne zgodnie z obowiązującym prawem.

7) Zgodność z przepisami ochrony środowiska

Towar importowany jest w sposób zorganizowany, w dużych partiach (kontener 20' lub 40'), co ogranicza ślad węglowy związany z logistyką. Do pakowania stosowane są materiały możliwe do recyklingu. Firma posiada wewnętrzne procedury dotyczące segregacji odpadów i optymalizacji zużycia zasobów.

8) Podwykonawcy

W przypadku tego zamówienia nie przewidujemy dalszego podzlecenia wykonania istotnych elementów zamówienia podwykonawcom. Wszystkie działania po stronie polskiej realizowane będą przez nasz zespół, co gwarantuje pełną kontrolę nad jakością i terminowością realizacji.

Podsumowanie:

Zaproponowana przez nas cena wynika z:

- bezpośredniego importu u źródła,
- korzystnych warunków handlowych i celnych,
- efektywnego zarządzania logistyką i personelem,
- braku pośredników i nadmiarowych kosztów.

Nie ma podstaw do przyjęcia, że oferowana cena jest rażąco niska lub ustalona z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji. Zysk netto przewidziany w kalkulacji w kwocie 19,00 zł / szt. potwierdza możliwość realizacji zamówienia bez straty

Brzmienie zawiadomienia z 29 maja 2024 r. w zakresie odrzucenia oferty M.B. [pisownia oryginalna; dostosowano układ typograficzny]:

Jednocześnie Zamawiający informuję o odrzuceniu n/w Wykonawcy: w zakresie części I i II: M.B. Sp. z o.o.(...) ze względu na to, że ww. Wykonawca nie złożył wystarczających dowodów i wyjaśnień w zakresie wystąpienia rażąco niskiej ceny.

Uzasadnienie:

Wykonawca złożył wyjaśnienia: a. w terminie; b. które w zakresie art. 224 ust.1 i 2 wyjaśnienia nie zawierają kalkulacji kosztów wykonania zamówienia; c. które nie zawierają dowodów potwierdzających jakiegokolwiek kalkulowanie cen z uwzględnieniem istotnych pozycji kosztowych mogących mieć wpływ na cenę oferty; d. które zawierają ogólne, powszechnie stosowane przez wykonawców, sformułowania potwierdzające doświadczenie i zdolności do wykonania zamówienia.

Przedstawione przez Wykonawcę stanowisko nie zostało poparte żadnymi dowodami, co dyskwalifikuje przesłane objaśnienia. Wyjaśnienia udzielone przez Wykonawcę mają zatem charakter ogólnikowy, tj. nie są kompletne, rzetelne ani wystarczająco konkretne.

Ponadto w zakresie informacji będących elementem składowym wyjaśnień ograniczono się do złożenia odpowiedzi w zakresie punktów wskazanych w art. 224 ust. 3 PZP, mimo że Zamawiający w wezwaniu wskazał także na inne czynniki, co do których oczekuje udzielenia informacji. Mimo że w treści wyjaśnień w sposób opisowy wskazano na m.in. brak straty w wyniku wykonania zamówienia czy brak znamion czynu nieuczciwej konkurencji, tak w obliczu braku jakichkolwiek załączonych dowodów Zamawiający nie znajduje podstaw, by uznać, że Wykonawca wykazał prawdziwość podnoszonych twierdzeń.

Podstawa prawna: art. 224 ust.1 oraz art. 224 ust.2 pkt 1) w powiązaniu z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy z dnia 11 września 2019r. — Prawo zamówień publicznych.

21.05.2025 r. Zamawiający po powtórnej przeprowadzanej analizie ofert wezwał Państwa firmę do wyjaśnienia RNC w stosunku do średniej arytmetycznej ofert w części I i II. Wezwanie było bez podstawne, gdyż oferty w części I i II Państwa firmy zostały odrzucone na podstawie art. art. 224 ust.1 oraz art. 224 ust.2 pkt.1) w powiązaniu z art. 226 ust. 1 pkt. 8

ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych.

Zestawienie lakonicznego i ogólnikowego uzasadnienia odrzucenia oferty prowadzi do wniosku, że Zamawiający powierzchownie przeanalizował otrzymane wyjaśnienia, które z nawiązką czyniły zadość ogólnemu wezwaniu. W rezultacie uznanie przez Zamawiającego, że Mielna Bis w powyższych wyjaśnieniach nie uzasadniła wystarczająco ceny oferty w obu częściach zamówienia (co opiera się na tych samych okolicznościach również w odniesieniu do zakresu opcjonalnego, którego zaistnienie co najwyżej zwiększy wykazany zysk) ma charakter kontrfaktyczny.

Zamawiający w wezwaniu wyraził bowiem oczekiwanie [pisownia oryginalna]:

- 1) *Złożenia wyjaśnień w zakresie kalkulacji istotnych pozycji kosztowych składających się na cenę jednostkową przedmiotu ze wskazaniem realizowanej marży (narzutu) potwierdzających, że - kalkulując cenę przedmiotu – Wykonawca nie ponosi straty, a także nie zachodzą przesłanki, aby domniemać, że zaproponowana cena została ustalona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;*
- 2) *Złożenia wyjaśnień w zakresie uwzględnienia w ofercie czynników wpływających na wysokość ceny lub kosztu, w szczególności określonych w art. 224 ust. 3 PZP, a także wynikających m.in. ze specyfiki przedmiotu zamówienia, w tym warunków produkcji (jeśli wykonawca jest producentem), dostawy, procesu nadzorowania jakości, odbiorów, postępowań reklamacyjnych;*
- 3) *Złożenia dowodów potwierdzających prawdziwość złożonych wyjaśnień i realność ceny ofertowej w kontekście możliwości wykonania umowy za zaproponowaną cenę przy uzyskaniu wyniku finansowego (zysku) potwierdzającego zachowanie reguł rynkowych.*

Zupełnie przy tym zniknęło z pola widzenia Zamawiającego, że zamówienie dotyczy dostaw, czyli z założenia znacznie mniej złożonego niż usługi a zwłaszcza roboty budowlane, w dodatku przedmiotem tego zamówienia jest zakup i dostarczenie *loco* magazynu Zamawiającego powszechnie dostępnego i prozaicznie prostego produktu gotowego. Oczywiście jest zatem, że znakomita większość kosztów wykonania tego zamówienia to koszty zakupu, w tym przypadku importu z Chin, a w mniejszym stopniu koszty logistyki związane z dostarczeniem odbiorcom.

Niezależnie od powyższego w sytuacji gdy Zamawiający nie unieważnił drugiego wezwania (co było okolicznością przyznaną przez Zamawiającego na rozprawie), w odpowiedzi na które Milena Bis przedstawiła jeszcze dokładniejsze wyjaśnienia wraz z licznymi dowodami, Zamawiający bezprawnie zaniechał ich uwzględnienia w ramach badania i oceny, czy Odwołujący wykazał, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Izba zwążyła, co następuje:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pzp jeżeli zaferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Przy czym według art. 224 ust. 2 pzp w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Art. 224 ust. 3 pzp stanowi, że wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) 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; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przy czym według art. 224 ust. 4 pzp w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

Według art. 224 ust. 5 pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

Art. 224 ust. 6 pzp stanowi, że 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. Z kolei zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ponadto na mocy art. 537 pkt 1 pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Ponieważ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej: „popzp”} zawierała zbliżone uregulowania, w przeważającej mierze zachowuje aktualność dorobek doktryny i orzecznictwa wypracowany na tle stosowania poprzednio obowiązujących przepisów.

Należy rozważyć, co oznacza termin „rażąco niska cena”. Jak trafnie wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r. sygn. akt XIX Ga 128/08 przepisy ustawy pzp nie określają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny. Punktem odniesienia do jej określenia jest przedmiot zamówienia i przyjęć można, że cena rażąco niska to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przy braku takiej legalnej definicji „rażąco niskiej ceny” orzecznictwo sądów okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej orzecznictwo arbitrażowe, wypracowało pewne częściowe lub opisowe rozumienie tego pojęcia. I tak w uzasadnieniu w wyroku Izby z 28 marca 2013 r. sygn. akt KIO 592/13 zauważono, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Ponadto w wyroku z 4 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1562/11 wskazano, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. W podsumowaniu stwierdzono, że cena rażąco niska jest ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie niewystępującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Podobnie według powszechnie przywoływanej w doktrynie i orzecznictwie definicji zawartej w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r. sygn. akt XIX Ga 3/07 o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę. Natomiast Sąd Okręgowy w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r. sygn. akt XII Ga 88/09 wskazał następujące kryteria określające cenę rażąco niską: odbieganie całkowitej ceny oferty od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku; zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności wykonawcy na tym zadaniu; niewiarygodność ceny z powodu oderwania jej od realiów rynkowych.

Ponadto w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych {dalej: „UZP”} dotyczącej ceny rażąco niskiej (opublikowanej w serwisie internetowym UZP) zbieżnie z powyższym wskazano, m.in., że ustawa pzp wprowadzając możliwość odrzucenia oferty przez zamawiającego z powodu rażąco niskiej ceny, nie precyzuje jednak tego pojęcia. Nie definiują go również przepisy dyrektyw Unii Europejskiej będące u podstaw przedmiotowej regulacji. Znaczenia tego wyrażenia nie wyjaśnia również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Mając na względzie cel przedmiotowej regulacji wydaje się, iż za ofertę z rażąco niską ceną można uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, robót budowlanych.

Pomimo generalnej adekwatności powyższych definicji, występowanie w nich, po pierwsze – nieostrych terminów definiujących (takich jak „nierealistyczność”, „niewiarygodność”, „nieadekwatność”, „znaczące odbieganie” etc.), po drugie – terminów niewyraźnych (takich jak „nieopłacalność”, „koszt wytworzenia”, „rentowność na zadaniu”), powoduje, że mają one ograniczoną przydatność przy rozstrzyganiu konkretnych przypadków wystąpienia rażąco niskiej ceny. W szczególności powyższe definicje nie wyjaśniają, jakiego rodzaju koszty przedsiębiorstwa ma pokrywać cena ofertowa ani nie wskazują do jakich wskaźników lub progów rentowności postulat opłacalności ceny się odnosi (np. w jakim stopniu zaoferowana cena ma wpływać na wynik finansowy całej jednostki lub jej inne wskaźniki ekonomiczne, chociażby wskaźniki płynności finansowej). Wydaje się, że co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego

jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa. Zawsze jednak konieczne jest, aby cena oferty była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a dokładniej – jak wynika z przywołanych powyżej wypowiedzi orzecznictwa i opinii UZP – jego wartości rynkowej. W konsekwencji wartość rynkowa przedmiotu zamówienia, obejmująca jego pełny zakres i wszystkie konieczne do jego wykonania nakłady kosztowe, ustalana przez porównanie cen występujących w danej branży dla określonego asortymentu, stanowić będzie punkt odniesienia dla ceny rażąco niskiej.

Z art. 224 ust. 6 ustawy pzp wynika norma prawna, zgodnie z którą, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny (hipoteza), oferta ta podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną (dyspozycja). Obecnie obowiązująca regulacja odzwierciedla interpretację poprzednio obowiązującego art. 90 ust. 3 popzp, który literalnie stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oczywiście było bowiem, że za takie „potwierdzenie”, które niezwykle rzadko wprost wynika ze złożonych wyjaśnień wraz z dowodami, należy również poczytać sytuację, gdy nie potwierdzają one, że cena oferty nie jest rażąco niska. *De lege lata* nie może być zatem wątpliwości, że niewykazanie przez wezwanego do wyjaśnień wykonawcę, że cena jego oferty nie jest rażąco niska mieści się w zakresie hipotezy normy prawnej dotyczącej oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, którą w takiej sytuacji, zgodnie z dyspozycją tej normy, zamawiający obowiązany jest odrzucić (art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp).

Przy czym – jak już powyżej wspomniano – według normy art. 537 pkt 1 pzp (art. 190 ust. 1a popzp) ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Jednocześnie z art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp) wynika, że obowiązek ten spoczywa na wykonawcy już na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Oznacza to, że w toku postępowania odwoławczego Izba bada prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny złożonych mu wyjaśnień i dowodów, a dodatkowe okoliczności i dowody zgłoszone na ich potwierdzenie przez przystępującego co do zasady nie mogą być brane pod uwagę w tym kontekście.

Należy przy tym podkreślić, że nawet przed obarczeniem wykonawcy wezwanego w trybie art. 224 ust. 1 pzp (90 ust. 1 popzp) obowiązkiem uregulowanym aktualnie wprost w art. 224 ust. 5 pzp (art. 90 ust. 2 popzp), konsekwentnie wskazywano w orzecznictwie, że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny [por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydanych: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13)]. Jak trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06, postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

Z kolei według art. 513 pkt 1 i 2 pzp (art. 180 ust. 1 popzp) odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie czynności, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy. Stąd dla skutecznego zakwestionowania wyboru oferty przystępującego po udzieleniu przez niego wyjaśnień dotyczących ceny jego oferty, konieczne a zarazem wystarczające jest wykazanie, że zamawiający nieprawidłowo ocenił te wyjaśnienia. W konsekwencji również Izba zobligowana jest wyłącznie do zbadania, czy wyjaśnienia, które zostały złożone zamawiającemu przez wezwanego wykonawcę, uzasadniły należycie cenę jego oferty.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika, że w toku postępowania odwoławczego nie można już uzupełnić uprzednio złożonych wyjaśnień o nowe okoliczności uzasadniające cenę oferty oraz zgłosić na ich poparcie dowodów, gdyż kognicja Izby ogranicza się do zbadania w kontekście zarzutów odwołania, czy wyjaśnienia złożone zamawiającemu zostały przez niego prawidłowo ocenione.

Jednakże kluczowe znaczenie w tej sprawie ma to, że zgodnie z art. 555 ustawy pzp (art. 192 ust. 7 popzp) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności, przede wszystkim faktycznych, a także, choć w mniejszym stopniu, prawnych. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą i została potwierdzona w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym

stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile dowody na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. Wprowadzony w art. 537 pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu nie zmienia tego, że w pierw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów ustawy pzp, również gdy chodzi o art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty (nie) jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień (nie) powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku.

W tej sprawie w odwołaniu – jak to powyżej zrelacjonowano i potwierdzono w ramach poczynionych ustaleń – adekwatnie sprecyzowano okoliczności, które świadczą o tym, że Zamawiający nie miał wystarczających podstaw faktycznych, aby negatywnie ocenić złożone na jego żądanie wyjaśnienia.

Dla tej sprawy kluczowe znaczenie ma bowiem kolejny aspekt wspomnianej już powyżej regulacji art. 555 pzp – w przypadku spraw dotyczących odwołań od czynności odrzucenia zakres kognicji Izby nie może wykraczać poza uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego przekazane wykonawcy. Oczywiście jest, że odwołujący się wykonawca może skutecznie zakwestionować tylko znane mu powody odrzucenia jego oferty. W konsekwencji jeżeli w toku postępowania odwoławczego zamawiający przedstawia dodatkowe podstawy faktyczne odrzucenia oferty wykonawcy, nie podlegają one rozpoznaniu w tym sensie, że nie mogą one rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. W tym aspekcie zasada wynikająca z art. 555 pzp chroni wykonawców przed wdaniem się w spór co do nieznanymi im uprzednio motywów decyzji, które zamawiający przez przeoczenie lub celowo nie podał zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp. Przepis ten nakazuje bowiem zamawiającemu niezwłoczne poinformowanie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego, czyli powodów odrzucenia oferty. Stąd w tej sprawie Izba nie wzięła pod uwagę okoliczności, na które Zamawiający powołał się dopiero w toku postępowania odwoławczego, jeżeli wykraczały one poza ramy uzasadnienia faktycznego przekazanego uprzednio Odwołującemu.

Jak już powyżej ustalono, Zamawiający uzasadnił decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego nie tylko niewyczerpująco, a wręcz wbrew faktom wynikającym ze złożenia wyjaśnień o powyżej przytoczonej treści. Na rozprawie Zamawiający konsekwentnie obstawał przy tym, że aby kalkulacja poszczególnych kategorii kosztów z wyjaśnień mogła być przez niego uznana za wiarygodną i zasługują na podanie analizie, konieczne było poparcie jej odrębnymi dowodami, kwestionując wartość dowodową samych wyjaśnień zawierających kalkulację.

Takie stanowisko nie zasługuje jednak na aprobatę, gdyż rygor dowodowy, który ustawa pzp nakłada na wykonawcę w przypadku wezwania go do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie oznacza konieczności składania ściśle określonego katalogu dowodów w każdym przypadku oraz odniesienia się do wszystkich zagadnień wskazanych przykładowo w ustawie pzp. Zwrócić przy tym należy uwagę na to, że w wezwaniu Zamawiający nie domagał się przedłożenia określonych dowodów na potwierdzenie sposobu skalkulowania ceny. Z tych względów nic nie stało na przeszkodzie, aby wykonawca udowodnił brak rażąco niskiej ceny takimi dowodami, które jego zdaniem są wystarczająco uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia.

Parafrazując stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie (działającego jako Sąd Zamówień Publicznych) zaprezentowane w ramach uzasadnienia wyroku z 22 grudnia 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 90/21, zawarta w złożonych wyjaśnieniach kalkulacja nie może być uznana za założenia za niewiarygodną. O ile oczywiście jest, że tak złożone wyjaśnienia obejmujące kalkulację stanowią dokument pochodzący od wykonawcy, o tyle nie pozbawia to go automatycznie jakiegokolwiek mocy dowodowej. Kalkulacje i oświadczenia jak każdy dowód podlegają bowiem ocenie. Tymczasem Zamawiający, przyjmując nazbyt formalistyczne podejście co do braku możliwości traktowania ich jako dowodów, błędnie uważa, że na ich podstawie w ogóle nie jest możliwe przeprowadzenie weryfikacji realności ceny oferty, choćby przez zażądanie informacji uszczegóławiających i ewentualnie stosownych dowodów.

Izba zważyła, że Zamawiający po otrzymaniu wyjaśnień, pomimo że zrodziły u niego określone wątpliwości, nie próbował ich wyjaśnić, pomimo że mógł i powinien to uczynić, gdyż w powyżej ustalonych okolicznościach przepisy ustawy pzp – w tym art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp lub art. 224 ust. 6 pzp rozpatrywane w kontekście wyrażonych w art. 16 pkt 1 pzp zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie stały temu na przeszkodzie, a wyrażona w art. 16 pkt 3 pzp zasada proporcjonalności

wręcz obligowała do tego, skoro niewyjaśnione stały się przyczyną odrzucenia oferty. Przy stosowaniu art. 224 ust. 6 pzp należy mieć bowiem na uwadze, że zgodnie z art. 69 ust. 3 zd. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE {dalej: „dyrektywa klasyczna”} – czyli przepisem, który podlegał implementacji do krajowego porządku prawnego instytucja zamawiająca ocenia dostarczone informacje w drodze konsultacji z oferentem (analogiczny przepis zawierała również uchylona dyrektywa 2004/18/WE). Stąd procedura wyjaśniająca cenę oferty nie zawsze może lub powinna ograniczać się do jednokrotnego wezwania do wyjaśnień i ich oceny przez zamawiającego. Użycie sformułowania „konsultacje” jednoznacznie wskazuje nie tylko na większą aktywność obydwu stron, ale i na dopuszczenie etapowego przebiegu tej procedury.

Możliwość wielokrotnego wzywania do udzielenia wyjaśnień potwierdzają też opinie prawne Urzędu Zamówień Publicznych (np. zawarte w „Informatorze...” nr 11 z 2013 r.) oraz dotychczasowe orzecznictwo sądów powszechnych, np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 5 lipca 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z 9 grudnia 2010 r. sygn. akt V Ga 122/10, w których uzasadnieniach jednoznacznie wskazuje się, że brak jest przeszkód do ponownego wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jeżeli pierwotne wyjaśnienia zamawiającego nie rozwiązały wątpliwości zamawiającego związanych z rażąco niską ceną. Stanowisko to nie jest również odosobnione w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która wielokrotnie wskazywała, że szczególnie w sytuacji, gdy pierwotne wezwanie Zamawiającego jest ogólnikowe i niekonkretne – jak to miało również miejsce w niniejszej sprawie – wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji zaniechania odpowiedniego sformułowania wezwania, a co za tym idzie, zamawiający winien ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, wskazując, które kwestie wymagają uszczegółowienia i w jakim zakresie. Nie ma również żadnych przeszkód, aby ponownie wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sytuacji, gdy pierwotnie złożone wyjaśnienia wzbudziły określone nowe szczegółowe wątpliwości (tak np. w uzasadnieniach wyroków wydanych: 23 czerwca 2015 r. sygn. akt KIO 1143/15 czy 18 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 150/16).

Wobec tego, rozpoznając sprawę w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że należy uznać je za zasadne, gdyż Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie dotychczas złożonych wyjaśnień, których zakres odpowiadał wystosowanemu wezwaniu. Działanie takie należy uznać za nieodpowiadające zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 pzp w sytuacji, gdy nic nie stało na przeszkodzie, aby Zamawiający uzyskał wyjaśnienie swoich wątpliwości, zamiast przedwcześnie i arbitralnie podejmować decyzję eliminującą definitywnie Odwołującego z postępowania.

[drugi zarzut samoistny]

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący następująco uzasadnił swoją legitymację do wniesienia odwołania w pkt III odwołania [pisownia oryginalna]: *Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy, jako Wykonawca, który miał i nadal ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Oferta złożona przez Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą, gdyby nie została odrzucona z naruszeniem prawa. Zatem to Odwołujący powinien uzyskać zamówienie publiczne. Powyższe dowodzi o spełnieniu przesłanki do skorzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy.*

Powyższy wywód odnosi się wyłącznie do zarzutów dotyczących odrzucenia oferty M.B.. Ewentualne uwzględnienie odwołania w tym zakresie i uczynienie zadość żądaniu unieważnienia odrzucenia oferty M.B. jest konieczne dla unieważnienia wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, a zarazem wystarczające dla możliwości uzyskania tego zamówienia przez Odwołującego. Tym samym odwołanie nie zawiera żadnych okoliczności dotyczących legitymacji do podniesienia zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Według art. 505 ust. 1 ustawy pzp środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale [IX, gdzie mowa jest o odwołaniu właśnie oraz skardze na orzeczenia Izby do sądu powszechnego] przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Stąd, jak jednolicie jest to postrzegane w doktrynie i orzecznictwie, dla skutecznego wniesienia środka ochrony prawnej nie jest wystarczające zaliczanie się do jednej z kategorii podmiotów wymienionych w art. 505 ust. 1 pzp. Każdy z podmiotów korzystających ze środków ochrony prawnej uregulowanych w ustawie pzp musi także bowiem wykazać kumulatywnie, że: po pierwsze – ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia (lub nagrody w konkursie), po drugie – poniósł lub może ponieść szkodę, po trzecie – szkoda ta jest wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów

ustawy pzp, czyli zachodzi pomiędzy nimi tzw. adekwatny związek przyczynowy. Innymi słowy konieczne jest wykazanie przez taki podmiot, że dzięki łącznemu spełnieniu tych tzw. materialnoprawnych przesłanek wniesienia środka ochrony prawnej jest do tego legitymowany (legitymacja czynna). Przy czym ukształtowała się tradycja, że każdy przypadek braku kumulatywnego zajścia powyższych przesłanek określany jako braku po stronie wnoszącego odwołanie interesu w jego wniesieniu, co jest pewnym uproszczeniem.

W doktrynie i orzecznictwie nie budzi również wątpliwości, że organ orzekający ocenia legitymację czynną danego podmiotu na moment wniesienia środka ochrony prawnej wyłącznie na podstawie informacji zawartych w odwołaniu lub skardze. Odnośnie tej kwestii reprezentatywny jest wywód zawarty w uzasadnieniu wyroku Izby z 3 stycznia 2024 r. sygn. akt KIO 3777/23: *Obowiązek wykazania posiadania legitymacji czynnej spoczywa na podmiocie korzystającym ze środka ochrony prawnej: „Odwołujący (...) winien wykazać w jaki sposób działania lub zaniechania Zamawiającego których dotyczą podnoszone w niniejszym odwołaniu zarzuty naruszenia ustawy – rzutowały na sytuację prawną Odwołującego skutkując poniesieniem lub możliwością poniesienia przez Odwołującego szkody. Izba nie może się domyślać wykazania przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, nie może jej domniemywać czy też wnioskować z przedstawionego uzasadnienia faktycznego odwołania czy tym bardziej z innego postępowania odwoławczego. Wykonawca wnoszący odwołanie musi wykazać spełnienie tych przesłanek, co oznacza że nie tylko musi wykazać że faktycznie one są spełnione ale w ogóle podnieść argumentację w tym zakresie (wyr. KIO z 3.3.2022 r., 427/22, tak też wyr. KIO z 26.10.2020 r., KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20).*

Takie stanowisko prezentuje również Sąd Okręgowy w Warszawie jako Sąd Zamówień Publicznych, który zwrócił uwagę, że: *Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp stanowi implementację do prawa krajowego dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U.L 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31), czyli tzw. dyrektywy odwoławczej. Analiza omawianego przepisu ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że w celu korzystania ze środków ochrony prawnej wykonawca zobowiązany jest wykazać nie tylko interes w uzyskaniu zamówienia, ale także poniesienie lub możliwość poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obydwie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Ponadto między szkodą grożącą wykonawcy, a naruszeniami ustawy Pzp zarzucanymi w odwołaniu, musi zostać wykazany adekwatny związek przyczynowo-skutkowy. Powyższe wynika z charakteru postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze ma bowiem na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej, a nie ochronę interesu publicznego przez sprawowanie nadzoru nad prawidłowością prowadzenia postępowania.*

Jeżeli odwołanie zawiera więcej zarzutów dotyczących innych czynności czy zaniechań zamawiającego, legitymacja czynna do wniesienia odwołania musi być wykazana w odniesieniu do każdego z tych zarzutów. Izba podziela stanowisko wynikające z uzasadnienia wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 2 kwietnia 2015 r. sygn. akt X Ga 85/15 (oddalającego zresztą skargę na wyrok Izby z 19 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2605/14 Prezesa Urzędu, który prezentował zgola odmienne zapatrywanie), które pozostaje w następującym zakresie aktualne w odniesieniu do art. 505 ust. 1 ustawy pzp. Otóż sam fakt zaskarżenia przez odwołującego wszystkich czynności zamawiającego, które uznał za sprzeczne z przepisami ustawy pzp, co dotyczyło również czynności podjętych (zaniechanych) względem konkurencyjnego wykonawcy (przystępującego), nie wykazuje interesu. Skoro oferta odwołującego była najkorzystniejsza, zarzuty skierowane wobec wykonawcy, którego oferta oceniona została jako mniej korzystna niż oferta odwołującego, nie mogą spowodować poniesienia przez niego szkody w danym postępowaniu. Stąd spośród zaskarżonych w odwołaniu czynności jedynie czynności polegające na odrzuceniu jego oferty miały bezpośredni wpływ na sytuację odwołującego w postępowaniu i na wybór złożonej przez niego w tym postępowaniu oferty jako najkorzystniejszej. Sąd stwierdził, że nawet w razie niezasadności tych zarzutów, czyli nieuzyskania przez odwołującego stanu, w którym jego oferta może być wybrana jako najkorzystniejsza, wszystkie dalsze zarzuty, w tym skierowane wobec oferty przystępującego powinny być również traktowane jako pozostające bez wpływu na wynik postępowania [obecnie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp].

W przytoczonej powyżej *in extenso* części odwołania Odwołujący nie wykazał, że przysługuje mu legitymacja do zaskarżenia czynności i zaniechań Zamawiającego objętych zarzutami odwołania dotyczącymi oferty Przystępującego, gdyż nie wykazał żadnej z trzech przesłanek. Po pierwsze, podnoszenie zarzutów dotyczących oferty Przystępującego nie jest związane z interesem w uzyskaniu tego zamówienia, który w pełni zaspokajają zarzuty zmierzające do unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Po drugie, nie została wykazana szkoda, jaką może ponieść Odwołujący w związku z naruszeniami przepisów ustawy pzp objętymi zarzutami dotyczącymi oferty Przystępującego. Po trzecie, w konsekwencji na podstawie powyżej przywołanego uzasadnienia legitymacji procesowej czynnej nie sposób stwierdzić, czy i w jaki sposób podnoszony tam interes i szkoda pozostają w związku przyczynowym z przepisami wskazywanymi jako naruszone w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego.

Znajdująca na gruncie art. 505 ust. 1 pzp zastosowanie charakterystyczna dla prawa cywilnego teoria adekwatnego związku przyczynowego oznacza, że dla istnienia legitymacji czynnej konieczne jest, aby zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom Prawa zamówień publicznych, czego normalnym następstwem jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody. Normalne następstwo to zdarzenie typowe, spodziewane w zwykłej kolejności zdarzeń, które z reguły z danej okoliczności wynika. Skoro szkoda wynikać ma z pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia publicznego, legitymacja czynna związana być musi ze stworzeniem dla wykonawcy ponownej szansy na uzyskanie zamówienia, której został pozbawiony wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. *Obowiązkiem odwołującego jest więc wykazanie, że zarzucane zamawiającemu uchybienia skutkują w normalnym biegu zdarzeń poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody przez odwołującego. Następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia (por. wyr. KIO z 9.9.2010 r., KIO/UZP 1881/10; wyr. KIO z 22.11.2012 r., KIO 2396/12; wyr. KIO z 2.10.2012 r., KIO 1989/12; wyr. KIO z 8.5.2012 r., KIO 829/12; wyr. KIO z 26.3.2012 r., KIO 495/12). Powyższe rozumienie normalnego związku przyczynowo-skutkowego znajduje oparcie także w stanowisku SN, który w uzasadnieniu wyr. z 19.6.2008 r. (V CSK 18/08) wskazał m.in., że następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia (z uzasadnienia wyroku Izby z 4 grudnia 2015 r. sygn. akt KIO 2533/15) [M. Śledziwska (red.), Proces udzielania zamówień publicznych. Komentarz praktyczny z orzecnictwem, Wyd. 2, Warszawa 2024].*

Tymczasem Odwołujący przeszedł do porządku dziennego nad obowiązkiem wykazania, że niemożność uzyskania przez niego zamówienia pozostaje w adekwatnym związku przyczynowym z zarzucanymi w niniejszej sprawie naruszeniami przepisów ustawy pzp, czyli jest normalnym następstwem czynności lub zaniechań Zamawiającego, których dotyczy odwołanie. Otóż o ile nieuzyskanie przez Odwołującego tego zamówienia jest normalnym następstwem odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, o tyle nie pozostaje w takim związku przyczynowo-skutkowym z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego.

W orzecznictwie Izby ukształtowała się praktyka, że stwierdzenie braku legitymacji do wniesienia odwołania prowadzi do jego oddalenia, a nie jest przesłanką formalną skutkującą odrzuceniem odwołania na podstawie *de lege lata* art. 528 pkt 2 ustawy pzp, jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Jednocześnie skutkuje oddaleniem odwołania bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Trafność tego stanowiska, uzasadnionego chociażby względami ekonomiki procesowej, już dawno została potwierdzona w orzecznictwie drugiej instancji na tle analogicznej regulacji zawartej w poprzedniej ustawie pzp z 2004 r.: *...prawidłowo przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, że po stronie skarżącego nie został wskazany przez niego fakt naruszenia jego interesu prawnego. (...) W związku z tym trafne jest rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej, skutkujące oddaleniem odwołania tylko i wyłącznie już z tego względu [zob. uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Lublinie z 5 maja 2008 r. sygn. akt IX Ga 44/08]. Wydaje się, że nie budzi ono również zastrzeżeń w doktrynie, przynajmniej w aspekcie zbędności merytorycznego rozpoznawania poszczególnych zarzutów odwołania.*

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. i 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego i Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożonymi rachunkami), orzeczono w pkt 4. sentencji stosownie do ustalonego wyniku sprawy, tj. na podstawie art. 557 ustawy pzp oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) obciążono nimi po połowie Odwołującego i Zamawiającego, w tym zniesiono pomiędzy nimi koszty dotyczące pełnomocników.