

WYROK
z dnia 18 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę **J.P.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **TEL-BUD J.P. w Wałbrzychu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Dystrybucja S.A. Oddział we Wrocławiu**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J.P.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **TEL-BUD J.P. w Wałbrzychu** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J.P.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **TEL-BUD J.P. w Wałbrzychu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **J.P.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **TEL-BUD J.P. w Wałbrzychu** na rzecz **Tauron Dystrybucja S.A. Oddział we Wrocławiu** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tauron Dystrybucja S.A. Oddział we Wrocławiu – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wykonanie usługi serwisowej wycinki drzew, krzewów, podrostów i gałęzi w psie czynnych linii elektroenergetycznych SN i WN na obszarze działania Tauron Dystrybucja S.A. Oddział we Wrocławiu i w Wałbrzychu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 grudnia 2015 r., nr 2015/S 236-429470.

W dniu 20 kwietnia 2016 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę **J.P.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **TEL-BUD J.P. w Wałbrzychu**, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej w zakresie części 11 zamówienia oferty złożonej przez wykonawcę **Eco Jarexs sp. z o.o. w Świdnicy**, zwanego dalej wykonawcą **Eco Jarexs**.

Wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Eco Jarexs** w zakresie części 11 zamówienia odwołujący wniósł w dniu 29 kwietnia 2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż pomimo złożonych dodatkowych wyjaśnień oraz dostarczonych dowodów wyjaśnienia te potwierdzają, że oferta wykonawcy **Eco Jarexs** zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji

naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę,

- 2) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy oraz naruszenie innych przepisów wskazanych lub wynikających z uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenie oferty wykonawcy Eco Jarexs z powodu, że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

2

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przywołał w pierwszej kolejności treść odwołania, jakie wniósł w dniu 26 lutego 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 263/16. Przywołał także obszernie fragmenty uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2016 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 263/16. Odwołujący wywiódł, że na skutek częściowego uwzględnienia poprzedniego odwołania zamawiający miał wezwać wykonawcę Eco Jarexs ponownie do złożenia wyjaśnień, wskazać co ma zostać szczegółowo wyjaśnione i udowodnione i miał się przy tym kierować zakresem, który wynika z treści pierwotnych wyjaśnień przedstawionych przez tego wykonawcę. Po otrzymaniu tych wyjaśnień zamawiający miał dokonać ponownej oceny tych wyjaśnień i podjąć decyzję, czy wykonawca udowodnił, czy też nie, że jego cena nie jest rażąco niska.

Odwołujący wskazał, że 29 marca 2016 roku zamawiający wystąpił do wykonawcy Eco Jarexs z ponownym żądaniem złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny swoich robót na poziomie wskazanym w ofercie. Zarzucił, że zamawiający nie był jednak specjalnie zainteresowany wyjaśnieniami wykonawcy Eco Jarexs, a co wywieść należy z treści pisma skierowanego do tego wykonawcy. Sam wykonawca Eco Jarexs zobowiązany do udzielenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w piśmie zamawiającego, był „wiedzem” na rozprawie toczącej się przed KIO w dniu 11 marca 2016 roku i słyszał stawiane jego ofercie zarzuty, jak i wyjaśnienia zarówno po stronie zamawiającego, jak i odwołującego, a tym samym posiadał wiedzę, jakich wyjaśnień oczekuje odwołujący i jakie wątpliwości ma sama Izba. Tym samym udzielenie wyjaśnień winno precyzować w sposób nie budzący ponownie wątpliwości, jak mają być one skalkulowane, w jak precyzyjny sposób, że nie mogą być ogólnikowe, a ich opis ma być rzetelny, logiczny i znajdujący odzwierciedlenie w realiach gospodarczych. Odwołujący przywołał także treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował, że w dniu 31.03.2016r. wykonawca Eco Jarexs złożył ponownie wyjaśnienia uzupełniające do wyjaśnień złożonych już wcześniej w dniu 8 stycznia 2016 roku. Wyjaśnienia uzupełniające nie powinny odbiegać od wyjaśnień pierwotnych, a jedynie stanowić ich uzupełnienie, czy też sprecyzowanie. I tak wykonawca Eco Jarexs podał w wyjaśnieniach z dnia 8 stycznia 2016 r., że do wyceny została zastosowana norma zakładowa oparta na własnych doświadczeniach, z których wynika, że — cytując — „jesteśmy w stanie wykonać należycie zadanie za zaproponowaną kwotę, a różnica w cenach jednostkowych na poszczególne zadania jest podyktowana jedynie odległością od siedziby firmy (bazy sprzętowej — w miejscowości Makowice)”. Nie wiadomo jednak, co to za norma zakładowa i dlaczego dla części 11 pozwoliła ona na tak znaczne obniżenie ceny (gdzie przykładowo w zadaniu 5 takiego obniżenia brak - a to ten sam wykonawca, a można przyjąć domniemanie, że norma — skoro jest normą zakładową — została zastosowana także dla kalkulacji zadania 5). Wezwany wykonawca w ogóle nie odwoływał się do argumentu przeszacowania wartości zamówienia w części 11 — tak, jak czynił to

3

zamawiający na poprzedniej rozprawie przed KIO. Wezwany wykonawca nie podnosił także okoliczności wycinki zerowej dla tego zadania — tak, jak czynił to zamawiający na poprzedniej rozprawie przed KIO. W treści wyjaśnień wskazano natomiast, że różnica w cenach jednostkowych podyktowana jest jedynie odległością od siedziby firmy. Z treści

wyjaśnień nie wynika w ogóle, jak ten jeden element — mający stanowić źródło różnicy — mógł wpłynąć na ten zakres przedmiotu zamówienia, by doprowadzić finalnie do tak znacznych różnic, co do szacunków zamawiającego, cen innych ofert bądź cen z zakresu innych części zamówienia. Niestety z wyjaśnień uzupełniających również nadal nie można skalkulować przyczyn zastosowania tak niskich cen dla zadania zupełnie odmiennego od zadania nr 5 przez wykonawcę Eco Jarexs.

Odwołujący podniósł, że jak wynika z protokołu postępowania zamawiający bezpośrednio przed otwarciem ofert podał, że na część 11 zamówienia zamierza przeznaczyć 1.974.240 zł brutto. Cena wybranej oferty wynosi 673.975.29 zł brutto. W zakresie części zadania 11 wpłynęły także oferty: odwołującego z ceną 1.602.571,39 zł brutto, oraz wykonawcy Zakład Robót Elektrycznym EL-MONT z ceną 1.970.835,13 zł brutto. Tym samym - mając na uwadze różnice pomiędzy ww. kwotami zamawiający tym bardziej powinien wnikliwie zweryfikować, co pozwoliło wykonawcy na zaoferowanie ceny tak znacznie odbiegającej od szacunków oraz cen innych ofert, a tym samym zażądać w uzupełnieniu szczegółowych danych. Jednak złożone dotychczas wyjaśnienia, nawet w uzupełnieniu z dnia 31 marca 2016 roku są nadal ogólnikowe. Nadal nie zawierają informacji skonkretyzowanych, pomimo ich tabelarycznego ujęcia. „Kalkulacja” tam sporządzona w żaden sposób nie odnosi się do rzeczywistych realiów gospodarczych znanych profesjonalistom, takim jak m.in. Odwołujący, a już z pewnością zamawiający, który na podstawie posiadanej wiedzy w sposób jak najbardziej prawidłowy wyszacował przedmiot zamówienia, a co dało odzwierciedlenie w dwóch pozostałych złożonych ofertach. Również część opisowa przedstawiona w uzupełnieniu wyjaśnień przez Eco Jarexs nie daje podstaw do uznania, że wykonawca ten w sposób przewidziany art. 90 ust. 1 ustawy Pzp rzetelnie wykazał brak podstaw do stwierdzenia wyceny przedmiotu zamówienia za rażąco niską cenę. Oceniając zakres obydwu wyjaśnień złożonych w dniu 8 stycznia oraz 31 marca 2016 roku odwołujący stwierdził, że nadal wyjaśnienia poza informacjami dotyczącymi kosztów sprzętu, w większości nadal wypełnione są stwierdzeniami ogólnymi oraz nieostrymi i można na ich podstawie - w zakresie pozostałych elementów kosztotwórczych, w tym w zakresie kosztów pracy budować nadal jedynie hipotezy, a nie dokonywać rzeczowych ustaleń. wskazał m.in., że jako firma lokalna zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie, co sprowadza koszty dowozu pracowników oraz delegacji do zera. Nie wiadomo jednak, w jakim stopniu przekłada się to na możliwość zaoferowania niższej ceny. Argument dotyczący zerowych kosztów delegacji trudno uznawać za adekwatny, gdy weźmie się pod

4

uwagę, że wykonawca zadeklarował, jako podstawę dysponowania osobami — umowę zlecenia.

Wykonawca wskazał następnie, że wszystkie zatrudnione osoby otrzymują pensje w wysokości minimum najniższego wynagrodzenia za pracę. Dodatkowo wszyscy pracownicy odbyli już niezbędne do wykonywania prac szkolenia, badania oraz zdobyli odpowiednie uprawnienia. Ponadto, wykonawca wskazał, że posiada wprowadzony system zarządzania jakością, który usprawnił organizację pracy w sposób pozwalający na obniżenie kosztów pracy pracowników podnosząc jej efektywność. Z powyższych ogólnikowych twierdzeń nie wynikają żadne konkretne informacje, które dawałyby obraz kosztów osobowych, jakie, zostały przeznaczone na tę część zamówienia, w jaki sposób koszty, te zostały skalkulowane, przy jakich założeniach, przykładowo, co do czasu zaangażowania pracowników i czy założenia te przystają do przedmiotu zamówienia. Obrazu tego również nie dają wypełnione tabele, w ujęciu zastosowania kosztów tylko w sposób wiadomy wykonawcy Eco Jarexs, a nie nadające się do zweryfikowania do stanu rzeczywistego.

Odwołujący argumentował również, że wykonawca wskazał także, że posiada własny sprzęt i urządzenia do realizacji przedmiotu zamówienia, co skutkuje niższymi kosztami oraz brakiem konieczności, ponoszenia dodatkowych kosztów związanych z zakupem sprzętu. Ponadto, wyjaśniono, że jako firma prężnie współpracująca z różnymi dostawcami wykonawca uzyskał liczne i stałe rabaty na zakup m.in. paliwa, sprzętu, odzieży, roboczej jak i. serwisu i napraw maszyn. Także ta część wyjaśnień ogranicza się do ogólników. W części 5 zamówienia wykonawca w wykazie narzędzi i urządzeń technicznych również wskazał na posiadanie w większości sprzętu na własność. Należy przy tym domniemywać, że powoływane liczne i stałe rabaty, system zarządzania jakością, etc. powinny analogicznie przekładać się na wycenę innych części zamówienia. W części 5 wybrany wykonawca zaoferował kwotę tożsamą, jak dla części 11 (gdzie szacunkowa wartość zamówienia dla

części 5 jest zdecydowanie niższa, a dodatkowo części te istotnie różnią się liczbą kilometrów linii podlegających usłudze serwisowej). Dla obu tych części wykonawca zaoferował w formularzu cenowym taki sam rozkład cen. Nie wiadomo jednak, bynajmniej złożone wyjaśnienia nie dają ku temu podstaw, co pozwoliło wykonawcy dla zadania 11 praktycznie dwukrotnie większego zaoferować taki sam poziom ceny.

Odnosząc się jednocześnie do argumentów zawartych w treści złożonych wyjaśnień należy wskazać, że odwołanie się do posiadania sprzętu, czy fakt płacenia wynagrodzenia minimalnego, to argumenty których nie można uznać za jakieś szczególnie sprzyjające okoliczności, wyjątkowe metody wykonania, czy argumenty korespondujące z innymi podstawami wskazanymi w art. 90 ust. 1 Pzp.

Twierdzenia zamawiającego wskazywane na rozprawie w dniu 11.03.2016 roku o przeszacowaniu wartości zamówienia nie mogły tworzyć koronnego argumentu dla kierunku

5

rozstrzygnięcia tej sprawy. Ceny innych ofert nie odbiegały od tych szacunków tak znacznie, jak w przypadku oferty wybranego wykonawcy. Cena wybranej oferty w zakresie części 11, nawet przy pominięciu szacunków zamawiającego, w bardzo znacznym zakresie odstaje od cen innych ofert. W żadnej innej części zamówienia tego rodzaju dysproporcje nie występują. Odwołujący wskazał na pierwszej rozprawie przed KIO, że podawany przez zamawiającego argument o wycince zerowej z 2015 r. dotyczy w części 11 zamówienia stosunkowo niewielkiego zakresu — w istocie 2 pozycje spośród 34; reszta pozycji (oprócz pozycji z adnotacją o wycince zerowej w 2012 r.) odnosi się do wycinki z 2013 lub 2014 r. Argumenty zamawiającego podczas pierwszej rozprawy, co do okresowego zaangażowania pracowników (wskazywany okres 2 miesiące w roku, kiedy praca ma być faktycznie wykonywana), to zbyt daleko idące uproszczenie sprawy. Przedmiot zamówienia obejmuje szereg działań, nie tylko czynności pielęgnacyjne. Jak wynika natomiast z opisu przedmiotu zamówienia, zakres prac dotyczy wycinki serwisowej (prewencyjnej) wykonywanej sukcesywnie na całej długości powierzonych w zadaniu linii, w okresie od dnia podpisania umowy do 21.12.2019 r. Występuje szereg obowiązków po stronie wykonawcy, których nie eliminuje nawet przeprowadzona w okresie wcześniejszym wycinka zerowa. Dodatkowo, zamawiający wprowadził katalog kar umownych, przewidując m.in. kary w wysokości nawet 10.000 zł, co także musi skutkować, po stronie wykonawcy, koniecznością uwzględnienia określonych ryzyk przy wycenie oferty. Należy także wskazać, że zamawiający postawił przed wykonawcą obowiązek niezwłocznego reagowania w przypadku stwierdzenia bezpośredniego zagrożenia dla prawidłowej pracy linii (w ciągu 24 godzin), co również musi przekładać się na organizację pracy, a więc i wycenę oferty.

Argumentował, że wyjaśnienia żądane od wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie mogą być ogólnikowe — przeciwnie muszą być rzetelne i muszą dawać zamawiającemu nie tylko możliwość dokonania ich oceny, ale także muszą dawać możliwie najlepszy obraz tego, co pozwoliło konkretnemu wykonawcy na zaoferowanie takiej ceny.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez wykonawcę Eco Jarexs, wezwanie zamawiającego z 05.01.2016 r. skierowane do wykonawcy Eco Jarexs o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

6

wyjaśnienia wykonawcy Eco Jarexs z 08.01.2016 r., zawiadomienie zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17.02.2016 r., odwołanie z 26 lutego 2016 r. wniesione przez odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 263/16, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2016 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 263/16, wezwanie zamawiającego z 29.03.2016 r. skierowane do wykonawcy Eco Jarexs o wyjaśnienie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, wyjaśnienia wykonawcy Eco Jarexs z 31.03.2016 r., zawiadomienie zamawiającego o wyborze

oferty najkorzystniejszej w zakresie części 11 zamówienia z 20.04.2016 r., odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron oraz zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 2 maja 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego pochodzące od wykonawcy Eco Jarexs. W trakcie posiedzenia Izby odwołujący oświadczył, że nie otrzymał od zgłaszającego przystąpienia kopii zgłoszenia przystąpienia. Obecny w trakcie posiedzenia zgłaszający przystąpienie – wykonawca Eco Jarexs - nie wykazał faktu przystąpienia kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu.

Stosownie do art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, *wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Zaniechanie przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego odwołującemu jest brakiem formalnym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że ustawa Prawo

7

zamówień publicznych nie zna instytucji usunięcia braków formalnych zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego (w przeciwieństwie do instytucji usunięcia braków formalnych odwołania – art. 187 ust. 3 ustawy Pzp). Powyższe skutkowało koniecznością uznania za bezskuteczne zgłoszenia przystąpienia wykonawcy Eco Jarexs do analizowanego postępowania odwoławczego. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż *brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 185 ust. 2 p.z.p., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie opisanego w art. 186 ust. 2 ustawy. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego* (tak m.in. postanowienie KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 348/10). Podzielono w omawianym zakresie również stanowisko wyrażane w piśmiennictwie, zgodnie z którym *Wobec braku przepisów ustalających zasady uzupełniania braków formalnych w interwencji ubocznej ich ewentualne wystąpienie sankcjonowane będzie odrzuceniem interwencji* (por. Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, komentarz LEX 2010, Komentarz do art. 185 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.).

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający podniósł, że termin związania ofertą upływał odwołującemu w dniu 4 kwietnia 2016 r. Zdaniem zamawiającego upływ tego terminu oznaczał, że oferta odwołującego straciła ważność, a odwołujący utracił prawo do kontynuowania udziału w postępowaniu.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że termin składania ofert upływał w dniu 22 grudnia 2015. Wyznaczony przez zamawiającego w pkt 4.2.4.1 SIWZ 60-dniowy termin związania ofertą liczony od dnia upływu terminu składania ofert upływał 19 lutego 2016 r. Na wezwanie zamawiającego odwołujący przedłużył termin składania ofert o 30 dni to jest do dnia 20 marca 2016 r. Na skutek wniesienia odwołania z 26 lutego 2016 r., rozstrzygniętego przez Izbę w dniu 11 marca 2016 r., termin ten uległ przedłużeniu o okres zawieszenia biegu terminu związania ofertą do 4 kwietnia 2016 r. Nie było również sporne pomiędzy stronami, że odwołujący nie przesłał zamawiającemu oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Jednocześnie jednak wyrażał wielokrotnie zainteresowanie uzyskaniem zamówienia

8

składając do zamawiającego wnioski o udostępnienie informacji o stanie postępowania, a także wnosząc 29 kwietnia 2016 r. odwołanie, w którym domagał się wybrania jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie części 11 zamówienia.

Izba stwierdziła, że zakaz zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą znajdował oparcie na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym do dnia 23 października 2008 r. W ówczesnym stanie prawnym zamawiający miał obowiązek zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie nie krótszym niż 7 dni od dnia przekazania zawiadomienia o wyborze oferty, jednak nie później niż przed upływem terminu związania ofertą. Zmiana stanu prawnego w zakresie art. 94 ust. 1 ustawy Pzp dokonana ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), a która weszła w życie 24 października 2008 r. zerwała jednak z tą zasadą, pozostawiając jedynie terminy minimalne. Od 24 października 2008 r. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą jest zatem dopuszczalne, co potwierdził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu postanowienia z dnia 24 lutego 2010 r., sygn. akt SK 22/08.

W ślad za stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przytoczonego w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z 2 listopada 2012 r (sygn. akt KIO KD 85/12), podkreślić należy, że doktryna prawa cywilnego – stosowanego pomocniczo w procedurze udzielania zamówienia na podstawie art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych – uznaje, że okres związania ofertą wyznacza de facto okres ważności oferty. Jednakże podkreślić należy z całą mocą, że zasada związania ofertą sformułowana przez art. 66 k.c. doznaje modyfikacji na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych. To nie wykonawca składający ofertę określa termin związania ofertą, ale zamawiający, jedynie w takich granicach, jakie określa art. 85 ust. 1 ustawy. To nie wykonawca formułuje treść zobowiązań wynikających z ewentualnego przyjęcia oferty przez zamawiającego, lecz jest ona wyznaczona postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie, oferta składana przez wykonawcę stanowi rodzaj przyjęcia zaproszenia, niejako „oferty” zamawiającego w zakresie ustalenia przedmiotu zamówienia.

Oferta, o której mowa w art. 66 kodeksu cywilnego, jest oświadczeniem wyrażającym stanowczą decyzję oferenta dotyczącą zawarcia umowy, przy czym sens tej stanowczości polega na tym, że zbędne są już po stronie oferenta jakiegokolwiek dalsze oświadczenia, aby umowa doszła do skutku. Ta właśnie stanowczość powoduje po stronie oferenta stan związania, polegający na tym, że oblat może przez samo przyjęcie oferty doprowadzić do zawarcia umowy o treści określonej w ofercie. Z uwagi na znaczną uciążliwość związania dla oferenta, stan ten został ograniczony terminem – po upływie którego związanie ofertą wygasa. W konsekwencji, po upływie tego terminu oferta w rozumieniu art. 66 k.c. traci swoją

9

podstawową właściwość, jaką jest stanowczość woli zawarcia umowy skutkująca automatycznym zawarciem umowy w przypadku przyjęcia oferty przez oblata, a zatem nie może już być uznawana za ofertę skuteczną i ważną.

Oferta składana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego waloru stanowczości, w rozumieniu wskazanym powyżej, nie posiada. Należy bowiem zauważyć, że dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej nie powoduje powstania pomiędzy nim, a wykonawcą stosunku umownego (automatycznego zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego), a jedynie uprawnia go do żądania od wykonawcy złożenia kolejnego oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy. Związanie ofertą na gruncie

zamówień publicznych oznacza zatem jedynie powstanie po stronie wykonawcy obowiązku złożenia – w przypadku wyboru jego oferty – oświadczenia woli w przedmiocie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku, gdy wykonawca obowiązku tego nie dopełni, umowa nie zostanie zawarta.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, upływ terminu związania ofertą nie powoduje zatem utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu oblatowi (zamawiającemu) doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych upływ terminu związania ofertą nie decyduje o skuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, która nie wiąże wykonawcy, straciła cechy oferty. A zatem, zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego po upływie terminu związania ofertą, jest na gruncie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszczalne.

Analogiczne stanowisko wyrażone zostało także w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych (por. wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z 17 stycznia 2013 r. sygn. akt IX Ga 392/13, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 listopada 2014 r., sygn. akt XXIII Ga 924/14). Jednocześnie przyznać należy rację zamawiającemu, że w orzecznictwie prezentowane jest też stanowisko odmienne (por. wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie z 13 lutego 2014 r. sygn. akt I Ca 495/13), zaś stan niejedności orzecznictwa utrzymuje się od kilku lat. W tej sytuacji ujednoliceniu orzecznictwa sprzyjałoby rozstrzygnięcie tego zagadnienia prawnego przez Sąd Najwyższy. Jednakże Krajowa Izba Odwoławcza nie została wyposażona w prawo do zwrócenia się do Sądu Najwyższego o zajęcie stanowiska w omawianym zakresie. Prawo takie przysługuje Sądowi II instancji rozpoznającemu skargę na orzeczenie Izby, w trybie art. 390 KPC. Z wnioskami do Sądu Najwyższego o podjęcie uchwały mającej na celu wyjaśnienie przepisów prawnych budzących wątpliwości w praktyce lub których stosowanie wywołało rozbieżności w orzecznictwie mogą występować także inne organy na podstawie przepisów regulujących zakres ich działania (np. Rzecznik Praw

10

Obywatelskich). Wreszcie uzyskanie stanowiska Sądu Najwyższego może być także efektem ewentualnego wniesienia skargi kasacyjnej Prezesa UZP, któremu jako jedynemu przysługuje prawo do wniesienia tego środka w trybie art. 198g ust. 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji stwierdzono, że odwołujący wykazał przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego w zakresie części 11 zamówienia została sklasyfikowana na miejscu drugim - za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty wybranej skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej, w zakresie części 11 zamówienia. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba oddaliła odwołanie gdyż stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty podniesione w odwołaniu.

W pierwszej kolejności należało poczynić rozważania natury ogólnej. Analiza zarzutów przedstawionych w odwołaniu prowadziła do wniosku, że odwołujący uczynił treścią odwołania de facto rozważania Izby zamieszczone w uzasadnieniu faktycznym wyroku z 11 marca 2016 r. wydanego w sprawie o sygn. akt KIO 263/16. Taki sposób konstruowania przez odwołującego zarzutów obarczony był zasadniczą wadą. Wada ta wynikała z tego, że wyrok z 11 marca 2016 r. i jego uzasadnienie uwzględniało stan faktyczny sprawy aktualny na dzień wyrokowania w tamtej sprawie. W szczególności przedmiotem oceny Izby w poprzednim orzeczeniu nie mógł być proces oceny przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy Eco Jarexs z 31 marca 2016 r., które nie istniały w dacie poprzedniego wyrokowania.

Pomimo szczegółowej analizy treści odwołania ciężko było uchwycić jakich uchybień, zdaniem odwołującego, miał się dopuścić zamawiający w procesie oceny wiarygodności powtórnych wyjaśnień wykonawcy Eco Jarexs z 31 marca 2016 r. Odwołujący, pomimo, że wykonawca Eco Jarexs złożył szczegółową kalkulację kosztów, nie podjął żadnej szczegółowej, merytorycznej polemiki z tymi wyliczeniami. Odwołujący nie podjął trudu nie tylko wykazania, ale nawet zarzucenia zamawiającemu konkretnych błędów w procesie

oceny wyjaśnień. Zamiast tego odwołujący sformułował zarzuty ogólnej natury odnoszące się do małego stopnia szczegółowości wyjaśnień czy ich lakoniczności, w istocie cytując obszernie uzasadnienie faktyczne wyroku Izby z 11 marca 2016 r. Tymczasem czynność zamawiającego z 20 kwietnia 2016 r., którą zaskarżono w obecnym postępowaniu odwoławczym, znacząco różniła się od poprzednio kwestionowanej czynności z 17 lutego 2016 r. O ile na etapie wydawania poprzedniego orzeczenia można było mówić o ocenie przez zamawiającego wyjaśnień wykonawcy Eco Jarexs, które nie zawierały pewnych

11

informacji wskazanych w uzasadnieniu poprzedniego wyroku Izby, o tyle braki te zostały usunięte w wyjaśnieniach z 31 marca 2016 r. W tej sytuacji odwołujący formułując zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp powinien je odnieść do konkretnych okoliczności danej sprawy. Innymi słowy odwołujący powinien zarzucić, dlaczego wyjaśnienia wykonawcy Eco Jarexs są nieprzekonujące, a ich ocena przez zamawiającego nieprawidłowa. Tymczasem odwołujący nie tylko nie przedstawił własnej kalkulacji minimalnych kosztów, ale nawet nie sprostął obowiązkowi wskazania w odwołaniu, jakie elementy kalkulacji jego konkurenta są niedoszacowanie i dlaczego. Elementy takiej argumentacji pojawiły się dopiero w trakcie rozprawy, podczas której odwołujący zakwestionował, choć również w sposób ogólny, prawidłowość tej części kalkulacji, która odnosiła się do kosztów pracowniczych. Zarzut ten nie mógł być jednak przedmiotem oceny Izby. Odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie podniósł, że błędne jest wyjściowe założenie wykonawcy dla oszacowania kosztów osobowych, które ten poczynił na podstawie wizji lokalnej geodety, zgodnie z którym poziom zadrzewienia poszczególnych linii miał nie przekraczać poziomu 37 %, a w większości linii nie przekraczać poziomu 10 %. Odwołujący nie wdał się także w spor co do wysokości pozostałych kosztów. Nie oświadczył jaka powinna być wysokość tych kosztów i dlaczego. Taki poziom ogólności zarzutów, a de facto ich brak, wymusił również ogólne odnoszenie się do zarzutów przez zamawiającego. Zamawiający nie mając informacji, które elementy kalkulacji są kwestionowane, polemizował jedynie z wielokrotnie akcentowaną przez odwołującego tezą o ogólności wyjaśnień i ich nieprzekonującym charakterze.

Przypomnienia wymaga, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Zaś za „zarzut” uznaje się wskazanie okoliczności faktycznych, które mają świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

W dalszej kolejności Izba odniosła się do zarzutów w takim zakresie, w jakim udało się je uchwycić w treści odwołania.

W ocenie Izby sam zarzut ogólności złożonych wyjaśnień nie zasługiwał na uwzględnienie. Podnieść należy, że szczegółowość wyjaśnień zależy od konkretnego postępowania i okoliczności danego przypadku. Wykonawca Eco Jarexs złożył kalkulację wszystkich elementów cenotwórczych w formie tabelarycznej (koszty osobowe, koszty

12

eksploatacyjne samochodów i pił, koszty odzieży ochronnej, koszty paliwa do samochodów i pił, koszty uzyskania zgód, koszty interwencji awaryjnych, koszty odszkodowań dla właścicieli). Nadto ujawniono założenia dla kalkulacji w samej tabeli, jak w części opisowej (ustalenie dni roboczych w kwartale, koszty paliwa, koszty usuwania awarii, koszty sprzętu). Taka szczegółowość wyjaśnień poddawała się weryfikacji i umożliwiała prześledzenie na tej podstawie procesu dochodzenia do ustalenia ceny. W tej sytuacji teza odwołującego o ogólnym charakterze wyjaśnień pozostawała w sprzeczności z treścią wyjaśnień wykonawcy z 31 marca 2016 r. i okazała się niezasadna.

Nie stanowiło wystarczającego dowodu do ustalenia, że wykonawca Eco Jarexs zaoferował w części 11 cenę rażąco niską porównanie wysokości ceny oferty tego wykonawcy z ceną zaoferowaną przez tego wykonawcę za wykonanie części 5 zamówienia.

Rzeczywiście wykonawca Eco Jarexs zaoferował za wykonanie części 5 zamówienia kwotę analogiczną jak za wykonanie zadania 11, pomimo że część 5 obejmowała mniejszą liczbę linii energetycznych do utrzymania. Nie zostało jednak wykazane w żaden sposób, aby stopień zadrzewienia linii w obu częściach zamówienia był porównywalny. Wzięto pod uwagę, że w świetle treści SIWZ w ramach części 5 wycinka całkowita miała miejsce w 2012 r. Tymczasem w części 11 wycinkę całkowitą przeprowadzono w latach 2012-2014, a więc w znacznej części później aniżeli w zakresie części 5. W szczególności odwołujący nie wykazał, aby założenia wykonawcy Eco Jarexs z pisma z 31 marca 2016 r. co do poziomu zadrzewienia linii w zakresie części 11 zamówienia były nieprawidłowe. W wyjaśnieniach tych wykonawca Eco Jarexs argumentował, że poziom zadrzewienia linii miał nie przekraczać poziomu 37 %, a w większości linii wręcz nie przekraczać poziomu 10 %.

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego przedstawionym w odwołaniu, jakoby zamawiający – pomimo wyraźnych wskazówek Izby co do konieczności szczegółowego wezwania wykonawcy Eco Jarexs do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny - ponownie skierował do wykonawcy wezwanie o charakterze ogólnym. Izba po dokonaniu analizy treści wezwania z 29 marca 2016 r. stwierdziła, że zamawiający wykonując wyrok Izby z 11 marca 2016 r. poprosił wykonawcę o przedstawienie szczegółowej kalkulacji. Poprosił także o doprecyzowanie jaki stan zatrudnienia przyjęto w wycenie zadania w poszczególnych miesiącach realizacji usługi, jak również wskazania jak ten zakres zatrudnienia ma się do zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia. Ponadto zamawiający wezwał wykonawcę do przedstawienia sposobu kalkulacji nie tylko dla prac bieżących ale i zgłoszeń awaryjnych. Wreszcie poprosił o wyjaśnienia na poparcie tezy, że przez zasadniczy okres realizacji zamówienia stan zatrudnienia może być niższy od wymaganego w SIWZ, bez zagrożenia realizacji obowiązków umownych. Nie można było zatem utrzymywać, że wezwanie to było ogólne.

13

Nie można było się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, jakoby wykonawca Eco Jarexs w przesłanych wyjaśnieniach z 31 marca 2016 r. nie ujawnił czynników i założeń kalkulacyjnych. Przeciwnie, kalkulacja wszystkich elementów cenotwórczych została przedstawiona w formie tabelarycznej. Nadto w tabeli tej, a także w części opisowej ujawniono założenia poczynione przez wykonawcę do kalkulacji.

Nie stanowiło wystarczającego dowodu do ustalenia, że wykonawca Eco Jarexs zaoferował cenę rażąco niską porównanie wysokości ceny oferty tego wykonawcy z wartością szacunkową zamówienia określoną przez zamawiającego czy średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert. Rzeczywiście zamawiający oszacował wartość części 11 zamówienia na poziomie 1.974.240 zł brutto. Cena oferty wykonawcy Eco Jarexs wyniosła 673.975.29 zł brutto, cena oferty odwołującego - 1.602.571,39 zł brutto, zaś cena oferty wykonawcy Zakład Robót Elektrycznym EL-MONT - 1.970.835,13 zł brutto.

Na podstawie dowodów z dokumentów - wykazu ofert w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w 2014 roku nr OZ5/MB-2911-026/2014, umowy z 19.05.2014 r. dotyczącej ww. postępowania zawartej z panem K.M., rozstrzygnięcia ww. postępowania z 25.04.2014 r., załącznika nr 1 do ww. umowy stanowiącego opis przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu, stwierdzono, że istniały co najmniej poważne wątpliwości co do prawidłowości oszacowania wartości zamówienia w obecnie analizowanym postępowaniu. Z umowy z 19.05.2014 r. wynikało bowiem, że cena za 1 km usługi serwisowej wyniosła niecałe 100 zł/1km rocznie. Tymczasem wartość zamówienia oszacowano przy założeniu ceny na poziomie aż około 890 zł/1km rocznie. Natomiast jeśli chodzi o ofertę wykonawcy Eco Jarexs cena ta kształtowała się na poziomie około 300 zł/1 km rocznie

Niezależnie jednak od rozważań co do prawidłowości oszacowania wartości zamówienia należało podkreślić, że nie może prowadzić do ustalenia zaoferowania ceny rażąco niskiej sam fakt rozbieżności pomiędzy ceną oferty a cenami innych ofert czy wartością szacunkową zamówienia. Taki argument może prowadzić co najwyżej do powzięcia wątpliwości co do kalkulacji ceny oferty, czego skutkiem jest konieczność wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje choćby treść art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast fakt ten nie może prowadzić, sam przez się, do ustalenia zaoferowania ceny rażąco niskiej. Stanowisko odwołującego oznaczałoby bowiem de facto, że domaga się odrzucenia oferty konkurenta z powodów czysto arytmetycznych, co należało uznać za niedopuszczalne. Izba podkreśla akcentowany w

orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd „Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom

14

Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa Dona Alfonso”).

Nie znalazło potwierdzenia stanowisko odwołującego, jakoby wykonawca Eco Jarexs nie podał zamawiającemu kosztów pracy i że w tym zakresie można było jedynie budować hipotezy, a nie dokonywać rzeczowych ustaleń. Przeciwnie, koszty osobowe zostały wyliczone i przedstawione w formie tabelarycznej. Nadto ujawniono założenia poczynione przez wykonawcę do kalkulacji tych kosztów. Zatem – wbrew stanowisku odwołującego – wiadomo było w jaki sposób założenia te przełożyły się na cenę. W szczególności – wbrew stanowisku odwołującego - w wyjaśnieniach zarówno w części opisowej jak i tabelarycznej podano czas zaangażowania pracowników w wykonanie przedmiotu zamówienia.

Chybione okazało się stanowisko odwołującego jakoby wykonawca Eco Jarexs miał skalkulować cenę oferty przy założeniu, że praca będzie świadczona przez 2 miesiące w roku i obejmować wyłącznie czynności pielęgnacyjne. Wręcz przeciwnie, szczegółowa analiza przedstawionej kalkulacji prowadziła do wniosku, że w cenie oferty skalkulowano również pozostałe elementy przedmiotu zamówienia. W szczególności uszło uwadze odwołującego, że oferent w przedstawionej przez siebie kalkulacji ujawnił wysokość kosztów związanych z usuwaniem awarii w wysokości aż 20% kosztów osobowych, przewidział i oszacował koszty uzyskania niezbędnych zgód, decyzji i pozwoleń, koszty wypłaty odszkodowań, koszty ewentualnych kar umownych.

Wobec niepotwierdzenia się zarzutów naruszenia art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia zasady równego traktowania wykonawców wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zarzut ten bowiem, ujęty przez odwołującego jak wtórny, dzielił los zarzutów podstawowych.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem

15

było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

W konsekwencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w

piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. Ponieważ odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący, to tę stronę postępowania Izba obciążyła w całości kosztami tego postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: