

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 października 2010 roku

SĄD OKRĘGOWY W ŁODZI X WYDZIAŁ GOSPODARCZY

w składzie następującym:

Przewodniczący: S.S.O. Ewa Kulesza

Sędziowie: S.O. Krzysztof Wójcik (spr.), S.R. (del.) Marzena Rudnik - Niewrzał

Protokolant: st. sekr. sąd. Beata Kołaczyńska

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2010 roku w Łodzi

na rozprawie

sprawy ze skargi zamawiającego: Specjalistycznego Psychiatrycznego Zespołu
Opieki Zdrowotnej w Łodzi ••••;

z udziałem: 1) ISS Facility Services spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w
Warszawie, 2) Zbigniewa Górki, Katarzyny Górki, prowadzących działalność
gospodarczą pod firmą GOMI s.c. Zbigniew Górka, Katarzyna Górka w Poniatowej

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2010r. w sprawie sygn. akt
KIO 1225/10 i KIO 1231/10

1) oddała skargę,

2) zasądza od Specjalistycznego Psychiatrycznego Zespołu Opieki
Zdrowotnej w Łodzi na rzecz solidarnie Zbigniewa Górki, Katarzyny Górki,
prowadzących działalność gospodarczą pod firmą GOMI s.c. Zbigniew
Górka, Katarzyna Górka w Poniatowej kwotę 600 (sześćset) złotych tytułem
zwrotu kosztów postępowania.

Sygn. akt X Ga 338/10

UZASADNIENIE

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 6 lipca 2010 roku Krajowa Izba Odwoławcza w
Warszawie w sprawie sygn. akt KIO 1225/10 i KIO 1231/10 uwzględniła odwołania
zarówno ISS Facility Services spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie

(sygn. akt KIO 1225/10) oraz Zbigniewa Górki i Katarzyny Górki - prowadzących działalność pod firmą Gomi s.c. Zbigniew Górka Katarzyna Górka z siedzibą w Poniatowej (sygn. akt KIO 1231/10) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Łodzi przy udziale Zbigniewa Górki i Katarzyny Górki prowadzących działalność pod firmą Gomi s.c. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie sygn. akt KIO 1225/10 i nakazała Specjalistycznemu Psychiatrycznemu Zespołowi Opieki Zdrowotnej w Łodzi unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty SERENISSIMA POLSKA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi.

W uzasadnieniu Krajowa Izba Odwoławcza wskazała między innymi:

a) w sprawie sygn. akt KIO 1225/10:

Pierwszą okolicznością podlegającą ocenie była prawidłowość czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na kwotę 4.839.492,30 zł brutto i oświadczył na rozprawie, że dokonał tego na podstawie aktualnych kosztów realizacji usługi oraz obserwacji cen na rynku. Według Izby brak jest podstaw do przyjęcia, że kwota ta nie została oszacowana należycie. Serenissima Sp. z o.o. złożyła ofertę z ceną 3.852.630 zł brutto, Gomi s.c. z ceną 4.131.081, 68 zł, odwołujący z ceną 4.346.187,20 zł, GREK RTC S.A. z ceną 4.610.844 zł. W ocenie Izby różnica między przywołanymi cenami ofertowymi oraz wartością przedmiotu zamówienia w stosunku do ceny oferty Serenissima Sp. z o.o. była znacząca i uzasadniała wystąpienie do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy. Jednocześnie Izba nie dała wiary stanowisku zamawiającego zaprezentowanemu na rozprawie, że wystąpił o wyjaśnienia „z ostrożności”. Izba wskazała, że kryterium arytmetyczne, ukształtowane w doktrynie i orzecznictwie, nie stanowi jedynego punktu odniesienia przy ustaleniu możliwości zaoferowania ceny rażąco niskiej, zaś celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę i jest zdolny do wykonania umowy z należytą starannością na warunkach złożonej przez siebie oferty. Podstawowym celem art. 90 ustawy jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, ponadto wspieranie zasady rzeczywistej konkurencji w zamówieniach publicznych. Postępowanie wyjaśniające ma na celu utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie.

Następnie Krajowa Izba odwoławcza wywiodła, że wystąpienie do wykonawcy w trybie przywołanego przepisu, ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia, w związku z czym, przy udzielaniu wyjaśnień trybie art. 90 ust. 1 ustawy, dowód braku zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy, na którego ustawodawca nałożył obowiązek złożenia wyjaśnień pozwalających zamawiającemu na ocenę, czy cena oferty nie jest rażąco niska. Skoro jednak zamawiający uznał złożone wyjaśnienia i nie dokonał czynności odrzucenia oferty odwołującego się (?), to obowiązkiem wykonawcy jest dowiedzenie, zgodnie z klasyczną regułą rozkładu ciężaru dowodu art. 6 k. c w związku z art. 14 ustawy oraz w art. 190 ust. 1 ustawy, że złożone wyjaśnienia nie obalają domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej. Ocena złożonych wyjaśnień stanowi podstawę do uznania za potwierdzone zaoferowania rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 3 Pzp), co powoduje, że rozpoznanie zarzutów odwołania przez Izbę dotyczyć musi prawidłowości oceny wyjaśnień przez zamawiającego.

Dalej Izba podniosła, że wobec braku wypracowania jasnych wskazań co do kryteriów oceny wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy, każdy przypadek należy badać indywidualnie *ad casum*, z uwzględnieniem całokształtu występujących w nim okoliczności. W niniejszej sprawie Zamawiający pismem z 24 maja 2010r. (znak: SPZ - ANZP/332/48/10, w aktach sprawy) wystąpił do Serenissima Sp. z o.o. wymagając, aby w terminie do 28 maja 2010r. udzieliła wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej. Zamawiający prosił o przedstawienie szczegółowej kalkulacji ceny jednego osobodnia z zaproponowanych jadłospisów, gdyż powziął wątpliwości co do wysokości ceny diety złożonej z 3 posiłków - 7,95 zł. Zamawiający uznał, że skoro wsad do kotła wynosi nie mniej niż 5 zł, a do ceny należy doliczyć jeszcze koszty pośrednie:

pracownicze, zużycie mediów, czynsz, transport, amortyzację, zaopatrzenie szpitala w wamiki, termosy, naczynia jednorazowe to zaproponowana cena wydaje się być niska.

Zamawiający wezwał do wyjaśnienia przyczyn wysokości zaoferowanej ceny oraz do przedstawienia sposobu jej kalkulacji, z uwzględnieniem wszystkich elementów mających wpływ na jej wysokość, w szczególności powołanych wyżej. Serenissima Sp. z o.o. w wymaganym terminie udzieliła odpowiedzi (pismo z dnia 27 maja 2010 r., L. dz. SI—236 w aktach sprawy) w której podała, że zaproponowana cena została wyliczona z zachowaniem wszelkich reguł finansowych i handlowych, zawiera składniki obejmujące wszelkie istotne ośrodki kosztów w firmie. Wskazała, że misją firmy jest dostarczanie rozwiązań adekwatnych do potrzeb klientów z wykorzystaniem nowoczesnych technologii produkcyjnych i logistycznych. Oświadczyła, że czerpiąc z międzynarodowego ponad 25 - letniego doświadczenia Grupy Serenissima jest w stanie kalkulować oferty w sposób atrakcyjny finansowo z zachowaniem standardów jakościowych. Wskazała również, że taka polityka realizowana wobec wielu klientów instytucjonalnych w Polsce spotyka się z ich uznaniem. Serenissima Sp. z o. o. przedstawiła kalkulację kosztów pośrednich w wysokości 7,58 zł, na które składają się wsad do kotła - min. 5 zł, koszty produkcji/media czynsz, amortyzacja - 0,57 zł, transport - 0,33 zł, naczynia jednorazowe - 0,21 zł, koszty termosów, GN, wamików - 0,17 zł, koszty pracownicze - 1,30 zł. Do wyjaśnień zostały dołączone dwie kalkulacje jadłospisów dla diety ogólnej, z wartością wsadu do kotła w kwocie 5,19 oraz 5,21 zł.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że treść wyjaśnień udzielonych przez Serenissima Sp. z o. o. oraz wyniki postępowania przed Izbą nie pozwalają na przyjęcie, że cena oferty Serenissima Sp. z o. o. została skalkulowana prawidłowo i że jej wysokość pozwala na należyte wykonanie zamówienia. Odpowiedź udzielona przez Serenissima Sp. z o. o. w piśmie z 27 maja 2010 r. nie stanowi wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 2 ustawy. Po pierwsze: Serenissima Sp. z o. o. nie odniosło się w nim, wbrew wymaganiu zamawiającego, do wszystkich elementów tworzących cenę, gdyż suma poszczególnych kosztów pośrednich nie tworzy ceny osobodnia, a przeznaczenie pozostałej różnicy nie zostało wskazane. Kalkulacja wartości wsadu do kotła jest nieprecyzyjna i nawet w stosunku do wartości przykładowych jadłospisów rodzi wątpliwości, czy nie została zaniżona. Koszty produkcji zostały, wbrew wymaganiom zamawiającego, przedstawione łącznie, co uniemożliwia ich ocenę. Po drugie: nie zawiera też żadnych zindywidualizowanych i zobjektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny, nie może zatem stanowić uzasadnienia wysokości całości ceny oferty. Wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny ofertowej powinny mieć charakter na tyle konkretny, by ich ocena przez zamawiającego była konkretna i obiektywna. Tylko w takim przypadku cel udzielenia wyjaśnień zostaje spełniony, a wybór oferty najkorzystniejszej następuje z zachowaniem zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy.

Izba oceniła, że zamawiający nie dokonał weryfikacji wyjaśnień udzielonych przez Serenissima, Sp. z o. o., komisja przetargowa przyjęła je w sposób bezkrytyczny, bez żadnej analizy. Stanowisko zaś prezentowane na rozprawie uznać należało za przyjęte wyłącznie na użytek sporu. Wyjaśnienia Serenissima Sp. z o. o. nie wskazują przeznaczenia kwoty 0,47 zł - różnicy między kalkulacją 3 - daniowego posiłku w kwocie 7,95 zł wskazanej w ofercie, a sumą 7,58 zł wynikającą z kalkulacji. Zamawiający oświadczył na rozprawie, że oczywiste jest, że kwota ta zawiera zysk oraz będzie przeznaczona na ewentualne zwiększenie wartości wsadu do kotła. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter pisemny, zatem domniemywanie treści udzielonych wyjaśnień w zakresie ceny oferty jest nieuprawnione.

Izba podkreśliła ponadto, że zamawiający nie przedstawił żadnych kontrargumentów na prezentowaną już w treści odwołania tezę o niżeniu wartości naczyń jednorazowych. Wobec złożonej na rozprawie przez odwołującego faktury, dotyczącej jedynie części zastawy niezbędnej do serwowania posiłków nie przedstawił dowodu na twierdzenie przeciwne, mimo, że stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy może czynić to do zamknięcia rozprawy, a skoro zarzut ten był podniesiony już w odwołaniu to zamawiający powinien był ustosunkować się do tego zarzutu, czego zaniechał. Izba oceniła zatem jako uprawdopodobnione zaniżenie przez Serenissima Sp. z o. o. kosztów naczyń jednorazowych.

Na zakończenie tej części rozważań Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że złożenie wyjaśnień nie uzasadniających zaoferowanej ceny jest zrównane w skutkach prawnych z niezłożeniem wyjaśnień w ogóle i prowadzi do odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę. Ustawowym obowiązkiem wykonawcy jest złożenie wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena zaproponowana w ofercie nie jest rażąco niska. Udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy, prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym w ogóle nie zostały udzielone. Izba uznała, że zamawiający dokonał błędnej oceny pisma Serenissima Sp. z o. o. z 27 maja 2010 r., gdyż winien odrzucić ofertę Serenissima Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp z uwagi na podstawę wynikającą z art. 90 ust. 3 Pzp. Zarzuty zatem naruszenia art. 90 ust. 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy, zdaniem Izby, potwierdziły się.

Zdaniem Izby na uwzględnienie zasługiwał również zarzut dotyczący niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wadium wniesionego przez Gomi s.c. w formie gwarancji bankowej. Gwarancja bankowa wystawiona przez PKO BP S.A Oddział Nr 1 w Opolu Lubelskim 18 maja 2010 r. o numerze 13012032350000549600126151 głosi, pozwala na zaspokojenie się z niej w sytuacji, gdy oferent nie zastosował się do warunków oferty i mimo wygrania przetargu nie podpisał umowy lub odmówił wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykładnia literalna treści gwarancji bankowej wskazuje na zabezpieczenie wyłącznie sytuacji po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej. Art. 46 ust. 4a ustawy wskazuje, że zatrzymanie wadium wraz z odsetkami następuje, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Hipoteza tego przepisu obejmuje etap postępowania przed wyborem oferty najkorzystniejszej i zabezpiecza rezultat inny, niż zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy na podstawie złożonej oferty, gdyż odnosi się do warunków podmiotowych stawianych wykonawcom.

Złożenie wadium w formie gwarancji bankowej jest czynnością jednostronnie zobowiązującą, zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu. Powoływanie się na inne oświadczenia, złożone wraz z ofertą nie jest zatem trafne, w szczególności wobec abstrakcyjnego charakteru gwarancji. Nie budzi wątpliwości Izby, że dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4 a oraz 46 ust. 5 ustawy. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana. Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej. Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP/537/08). Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Uznanie stanowiska zamawiającego, że wadium jest wniesione skutecznie, bo w postępowaniu nie ziszczyły się przesłanki zatrzymania wadium, prowadziłoby do relatywizmu w ocenie treści gwarancji wadialnych przez uzależnienie skuteczności jego wniesienia od okoliczności faktycznych postępowania. Przyjęcie takiego poglądu godziłoby w wynikający z art. 45 ust. 3 Pzp oraz art. 70⁴ k.c. wymóg zabezpieczenia oferty począwszy od daty jej złożenia, w sposób odpowiadający wszystkim wymaganiom ustawy.

W konkluzji Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy potwierdził się i w konsekwencji zamawiający naruszył również art. 24 ust. 4 ustawy nakazujący uznanie *ex lege* oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą. W badanym postępowaniu zamawiający w konsekwencji uchybił również art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

b) w sprawie sygn. akt KIO 1231/10:

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, zgodnie z którym postanowienie zawarte w rozdziale III pkt A ppkt 13 SIWZ posiada inny zakres przedmiotowy, niż postanowienie w rozdziale VII pkt „e”. Analiza ich treści prowadzi do wniosku, że zamawiający wymagał od wykonawcy podania zakładanego czasu reakcji na zmiany ilości (zwiększenia lub zmniejszenia) i rodzajów posiłków, jednak w ramach narzuconego przez siebie restrykcyjnego 1 - godzinnego wymogu. Tym samym zaoferowanie 3 - godzinnego czasu reakcji stanowi oczywistą sprzeczność treści oferty Serenissima Sp. z o. o. z treścią SIWZ.

Izba uznała, że odwołujący zasadnie podnosi zarzut naruszenia art. 87 ust.1 ustawy. Przepis ten daje zamawiającemu możliwość wyjaśnienia treści złożonych ofert. W orzecznictwie przyjmuje się, że wyjaśnienia takie, stanowiące rodzaj wykładni autentycznej, mają na celu wyjaśnienie zaistniałych w ofercie nieścisłości uniemożliwiających precyzyjne ustalenie treści oświadczenia stanowiącego ofertę. *Ratio legis* art. 87 ust. 1 ustawy polega przede wszystkim na tym, aby zapobiec odrzuceniu oferty oferującej świadczenie odpowiadające opisanym w treści SIWZ wymaganiom zamawiającego. Zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy ma umożliwić poprawną interpretację oferty, uzyskanie wyjaśnień, co do jej treści. Nie może natomiast prowadzić do zmiany treści oferty, która w sposób oczywisty pozostaje w sprzeczności z wymaganiami zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniła, że zamawiający w sposób błędny zastosował przywołany przepis, gdyż oświadczenie złożone przez Serenissima Sp. z o. o. w piśmie z 2 czerwca 2010 r. w sposób oczywisty zmienia treść oferty złożonej przez tego wykonawcę. Jednocześnie jednak Izba wskazała, że konstatacja ta nie powoduje automatycznie odrzucenia oferty Serenissima Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Przepis ten nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, który statuuje obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie omyłek innych, niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty z SIWZ, a nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Obowiązkiem zamawiającego, którego zaniechał, była ocena zaistniałej niezgodności pod kątem spełnienia przesłanek zawartych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jeżeli zamawiający ustaliłby, że zapisanie dłuższego, niż wymagany, czasu reakcji jest wynikiem pomyłki Serenissima Sp. z o. o., a jej charakter nie jest istotny z punktu widzenia całości oferowanego świadczenia, winien dokonać poprawienia omyłki i niezwłocznie poinformować Serenissima Sp. z o. o. o dokonanej poprawie. Dopiero jeśli Serenissima Sp. z o. o. w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodzi się na poprawienie omyłki, zamawiający winien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy.

Izba uznała ponadto, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy, zarzut dotyczył treści oferty Serenissima Sp. z o. o. nie zaś wykazania warunków stawianych wykonawcom.

Skargę na powyższy wyrok w całości wniósł zamawiający - Specjalistyczny Psychiatryczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Łodzi, w której zarzucił:

1. W zakresie odwołania przeciwnika skargi ad) 1:

bezpodstawne przyjęcie, iż cena oferty Serenissima Sp. z o.o. stanowiła rażąco niską cenę w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp spowodowane min. błędnym zastosowaniem reguły rozkładu ciężaru dowodu (art. 6 kc w zw. z art. 14 pzp oraz art. 190 ust. 1 pzp), przy niewłaściwym zastosowaniu przepisów art. 90 ust. 1 i 3 pzp abstrahującym od treści zapytania Zamawiającego (Skarżącego) i treści SIWZ; ostatecznie odniesieniem się tylko do jednego elementu ceny, a nie ceny jako całości w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp; przede wszystkim zaś na dokonaniu oceny zgromadzonego materiału dowodowego jako „uprawdopodobnienia zaniżenia przez Serenissima Sp. z o. o. kosztów nacyjń jednorazowych” przy rażącym przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów

wyrażonej w przepisie art. 190 ust. 7 pzp;

a w konsekwencji także

błędnym zastosowaniu w takim przypadku przepisu art. 192 ust. 2 oraz art. 179 ust.

1 pzp dla zarzutu dotyczącego nieprawidłowości gwarancji wadialnej dla firmy GOMI s.c, w sytuacji gdy wszelkie ewentualne naruszenia procedury przetargowej dotyczące oferty przeciwnika skargi a.d. 2 (GOMI s.c.) nie mają znaczenia w sprawie, jeżeli prawidłowo oceniono jako spełniającą wszelkie warunki ofertę najtańszą (gdy jedynym kryterium wyboru była cena) tj. ofertę Serenissima sp. z o.o.;

a z ostrożności procesowej

dotatkowo wskazał na istotną dla wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp okoliczność, iż w niniejszym postępowaniu nie występowała sytuacja opisana normą przepisu art. 46 ust. 4a pzp oraz dokonaną w piśmie gwaranta z 24.06.2010r. (złożonym na rozprawie) wykładnię treści gwarancji, w którym gwarant potwierdza, iż udzielona przez niego gwarancja obejmuje wszystkie przypadki przewidziane przez pzp;

niezależnie od powyższego

wskazał na sprzeczność pomiędzy sentencją skarżonego wyroku, a wytyczną zawartą w jego uzasadnieniu odnośnie odrzucenia *ex lege* oferty przeciwnika skargi a.d. 2 (GOMI s.c.).

2. W zakresie odwołania przeciwnika skargi ad) 2:

- naruszenie przepisu art. 179 ust. 1 pzp mające wpływ na treść rozstrzygnięcia poprzez bezpodstawne przyjęcie, iż przeciwnik skargi ad) 2 był uprawniony do wniesienia skargi jako mający interes prawny, jeżeli i tak *ex lege* należało uznać jego ofertę za odrzuconą;
- naruszenie art. 60 i 65 kc w zw. z art. 14 pzp, a także art. 190 ust. 7 pzp poprzez błędną wykładnię, iż pojęcia zawarte w rozdziale III pkt A ppkt 13 siwz oraz w rozdziale VII pkt e są pojęciami tożsamymi.

W konkluzji skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie obydwu odwołań w całości (ewentualnie oddalenie odwołania ad 1 i odrzucenie odwołania ad 2) i zasądzenie zwrotu kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych (w tym stosowne rozliczenie kosztów postępowania odwoławczego), ewentualnie o zmianę polegającą na nie nakazywaniu odrzucenia oferty Serenissima Polska sp. z o.o. przy ponownej czynności badania ofert.

Uczestnik postępowania - Zbigniew Górka i Katarzyna Górka - prowadzący działalność pod firmą Goni s.c. Zbigniew Górka Katarzyna Górka z siedzibą w Poniatowej w odpowiedzi na skargę wnieśli o oddalenie skargi w całości i zasądzenie od skarżącego na ich rzecz kosztów zastępstwa procesowego wg norm prawem przewidzianych, (k. 104)

Uczestnik postępowania - ISS Facility Services spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie w piśmie procesowym z dnia 7.10.201 Or. poinformowała, że nie przedłużyła terminu ważności wadium, wobec jej nie wezwania do tego przez Zamawiającego przed ostatecznym terminem wygaśnięcia ważności Gwarancji przetargowej i w związku z tym, zgodnie z art. 85 pkt 2 ustawy PZP oferta wykonawcy przestała go wiązać z dniem 2.10.2010r. Wskazał, że w związku z tym nie posiada legitymacji do występowania w procesie przetargowym i nie czuje się również w tym przypadku przeciwnikiem skargi wniesionej przez Zamawiającego do Sądu Okręgowego. (k.120)

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna. Odnosząc się do zarzutów w niej zawartych stwierdzić należy, co następuje.

Zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 4) ustawy PZP zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę jeżeli zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uzasadnieniem dla tej regulacji jest z jednej strony obawa o nienależyte wykonanie zamówienia, z drugiej zaś brak zgody na zachowania wykonawców, które godzą w uczciwą konkurencję.

Jednakże w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia zamawiający jest zobowiązany zastosować przed odrzuceniem oferty procedurę określoną w art. 90 ustawy. Stosownie do art. 90 ust. 1 zamawiający zobowiązany jest zwrócić się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Art. 90 ust. 2 ustawy wskazuje, jakie między innymi obiektywne czynniki musi wziąć pod uwagę zamawiający przy dokonywaniu oceny wyjaśnień wykonawcy, a mianowicie: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów. W myśl z kolei ust.3 art. 90 zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W niniejszej sprawie zasadnie zamawiający uznał, że oferta Serenissima spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (różnica wynosiła bowiem około 1.000.000 zł). Prawidłowo więc zastosował procedurę z art. 90 ust.2 ustawy PZP, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W tym momencie dochodzi do sytuacji, w której ciężar dowodu, tj. ciężar udowodnienia, wykazania, iż cena nie jest rażąco zaniżona, że jest to cena wiarygodna i gwarantująca realizację oferty, przechodzi na wykonawcę, oferującego tą cenę. To wykonawca - oferent musi w swoich wyjaśnieniach w sposób przekonujący wykazać, że cena nie jest zaniżona, a więc, że oferta jest rzetelna i jej wybór nie narazi zamawiającego na niebezpieczeństwo jej niezrealizowania przez wykonawcę, taki jest bowiem cel tej instytucji. Stąd można stwierdzić, że w tym momencie powstaje niejako domniemanie ceny rażąco zaniżonej, które powinien obalić wykonawca składający daną ofertę, w niniejszej sprawie - Serenissima spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

Mając powyższe na uwadze należy dojść do wniosku, że wyjaśnienia złożone w przez Serenissimę w jej piśmie z dnia 27 maja 2010r. były bardzo ogólne, nie wyjaśniały przyczyn tak niskich cen w stosunku do przedmiotu zamówienia i do ofert konkurencji. Wykonawca ten powinien przede wszystkim wskazać konkretne przyczyny niskich cen, zarówno co do surowców, jak i kosztów produkcji, transportu itd. Tymczasem Serenissima spółka z o.o. jedynie podała kwoty z danych kategorii, ale bez żadnej choćby próby uprawdopodobnienia ich. Takie proste podanie cen i wysokości kosztów było więc niewystarczające do dokonania rzetelnej, realnej oceny przez zamawiającego czy cena ta jest zaniżona (nierealna) czy też nie. Uwaga ta dotyczy również cen surowców - składników tzw. wsadu do kotła. Oczywiście, wartość wsadu, zgodnie z SIWZ nie mogła być mniejsza niż 5 zł, ale podane przez wykonawcę przykłady jadalospisów zawierały ceny składników tego wsadu bez żadnego uprawdopodobnienia, że są one realne.

Wymaga podkreślenia okoliczność, że to w interesie wykonawcy - oferenta leży złożenie takich wyjaśnień oraz materiałów uprawdopodobniających te wyjaśnienia, aby usunąć wszelkie wątpliwości co do tego czy cena nie jest rażąco zaniżona. Zasadnie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że na tym etapie złożone wyjaśnienia przez Serenissimę spółka z o.o. nie były dostateczne do rozwiania tych wątpliwości, zatem oferta winna zostać odrzucona. Wbrew stanowisku skarżącego nie miało już znaczenia

udowadnianie na etapie odwołania (a także skargi do Sądu) czy oferta ta rzeczywiście była rażąco niska czy nie, ponieważ etap ten nie służy temu celowi. Dla przykładu: kwestia kosztu zakupu naczyń jednorazowych - już w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego wykonawca winien wyjaśnić skąd taka niska cena, wyjaśnianie i udowadnianie tego dopiero na etapie odwołania czy obecnie skargi do sądu jest spóźnione, podobnie jak dowód w postaci faktury zakupu. Na etapie odwołania można jedynie wykazywać, że na podstawie wyjaśnień i materiałów złożonych przez wykonawcę w terminie określonym przez zamawiającego w trybie art. 90 ust.1 PZP, nie można było oferty uznać za rażąco zaniżoną. Ciężar dowodu spoczywa na tym, kto chce to wykazać.

Nie ma to oczywiście istotnego znaczenia w sprawie, ale znamienne jest, że Serenissima spółka z o.o. nie przystąpiła do postępowania odwoławczego jako uczestnik, pozbawiając się tym samym możliwości przedstawiania dowodów.

Podsumowując dotychczasową część rozważań - chybiony jest zarzut skarżącego, iż Krajowa Izba Odwoławcza naruszyła przepisy art. 89, art. 90, art. 190 ust. 1 i 7 ustawy PZP, a także art. 6 k.c. w zw. z art. 14 i 190 ust.1 ustawy PZP.

Odnosząc się następnie do zarzutu błędnego zastosowania art. 192 ust.2 oraz art. 179 ust.1 PZP dla zarzutu dotyczącego nieprawidłowości gwarancji wadialnej firmy GOMI s.c., a także przepisów art. 24 ust.2 pkt 2 w zw. z art. 46 ust.4a wskazać należy, że sentencja zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej nie zawiera nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty GOMI s.c. Tymczasem, zgodnie z art. 198a ust.1 ustawy PZP skargę wnosi się na orzeczenia Izby, a zatem na rozstrzygnięcia zawarte w sentencji orzeczenia, a nie na poglądy wyrażone w jego uzasadnieniu. Brak zamieszczenia określonego rozstrzygnięcia w sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej winien być usunięty w trybie wniosku o uzupełnienie orzeczenia. Skoro wniosek taki nie został złożony i orzeczenie nie zostało uzupełnione, to obecnie nie jest dopuszczalne wnoszenie skargi na rozstrzygnięcia, które nie znalazły się w wyroku. W tym więc zakresie skarga jest bezzasadna.

Co do zarzutu naruszenia przez Krajową Izbę Odwoławczą art. 60 i art. 65 k.c. w zw. z art. 14 PZP, a także art. 190 ust.7 PZP poprzez błędną wykładnię, iż pojęcia zawarte w rozdziale III pkt A pkt 13 SIWZ oraz w rozdziale VII pkt e są pojęciami tożsamymi wskazać należy, iż niewątpliwa nieprecyzyjność zapisów SIWZ w tym zakresie uzasadniała przyjęcie poglądu zaprezentowanego przez Izbę. Kwestia ta nie ma jednak istotnego znaczenia z punktu widzenia rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę, jak i obecnie skargi zamawiającego przez Sąd. Należy mieć bowiem na uwadze, że Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że przyjęcie jej poglądu nie powodowało automatycznego odrzucenia oferty Serenissima spółki z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, ponieważ art. 87 ust.2 pkt 3 statuuje obowiązek zamawiającego poprawienia w ofercie omyłek innych niż oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe, polegające na niezgodności oferty z SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający winien zatem dokonać poprawienia omyłki i niezwłocznie poinformować Serenissimę o dokonanej poprawie, która z kolei miałaby prawo nie zgodzić się z tym w terminie 3 dni. Warto powtórzyć, że wobec zasadności odwołania co do oferty Serenissima spółki z o.o. w pozostałej części, skutkującej nakazaniem odrzucenia tej oferty, pogląd wyrażony przez Izbę co do tego zarzutu i tak nie miał znaczenia z punktu widzenia rozstrzygnięcia zarówno odwołania, jaki i skargi.

Mając powyższe na uwadze, uznając wszystkie zarzuty skargi za niezasadne, Sąd Okręgowy na podstawie art. 198 fust. 2 PZP oddalił skargę.

Na podstawie art. 198 fust. 5 ustawy PZP Sąd zasądził od skarżącego na rzecz solidarnie Zbigniewa Górki, Katarzyny Górki kwotę 600 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania. Na kwotę tą złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego, ustalone na podstawie § 10 pkt 4) w zw. z § 5 w zw. z § 12 ust.1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. Nr 163, poz. 1349).

