

SĄD OKRĘGOWY W TORUNIU_J KRAJOWA IZBA I HW III aWCZA J
SĄD GOSPODARCZY
VI Wydział Gospodarczy
87-100 Toruń, ul. Flekary 51
000571403
Sygn. akt VI Ga 10/13
tel. (56) 61-05-531, fax (56) 5 65-57-06
Nr skr. poczt. 1 65
' £²_04 2013
fe ///

vj P Ł. Y !J P Ł o /

POSTANOWIENIE

Dnia 20 marca 2013 r.

Sąd Okręgowy w Toruniu Wydział VI Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący SSO Jerzy P. Naworski (spr.)

Sędziowie: SO Mirosława Białocerkiewicz, SO Jakub Rusiński

Protokolant st. sekr. sądowy Dorota Kwiatkowska

po rozpoznaniu w dniu 06 marca 2013 r. w Toruniu

na rozprawie

sprawy ze skargi Powiatowego Szpitala w Aleksandrowie Kujawskim sp. z o.o.
w Aleksandrowie Kujawskim

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 listopada 2012 r., sygn. akt KIO
255[^]12 2 y

przy uczestnictwie przeciwnika skargi Krzysztofa Bruskiego
postanowił

Y. uchylić zaskarżony wyrok i umorzyć postępowanie w sprawie,

2. obciążyć Skarb Państwa kosztami sądowymi, od uiszczeniu których skarżący był
zwolniony

4

3tkc

Dorota Kwiatkowska,

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 14 listopada 2012r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako KIO),
w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez
wykonawcę Krzysztofa Bruskiego w postępowaniu prowadzonym przez
zamawiającego Powiatowy Szpital w Aleksandrowie Kujawskim sp. z o.o.
w Aleksandrowie Kuj. (dalej też jako szpital) w trybie przetargu nieograniczonego na
usługi cateringowe dla szpitala (nr. sprawy 22/2010), uwzględniła odwołanie
i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty,
odrzućcenia oferty odwołującego i nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej
oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego i obciążyła go kosztami postępowania.

KIO wskazała, że postępowanie było prowadzone na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm., dalej jako p.z.p.) wobec czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

KIO wskazała, że odwołujący złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę w sytuacji, gdy kryterium ceny wynosi 70 procent. Według odwołującego zaoferowana niska, ale nie zrażąco niska, cena gwarantuje mu uzyskanie zamówienia pomimo złożonych innych ofert i kolejnych kryteriów oceny ofert. W związku z odrzuceniem jego oferty utracił możliwość uzyskania zamówienia, co daje odwołującemu prawo do wniesienia odwołania. Przedmiotem odwołania jest czynność zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego z powodu zrażąco niskiej ceny z uwzględnieniem złożonych wyjaśnień.

KIO na podstawie przeprowadzonych na rozprawie dowodów ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferty odwołującego oraz korespondencji w toku postępowania o udzielenie zamówienia ustaliła, że odwołujący złożył ofertę na kwotę 506.940,00 zł. brutto. Cena jednostkowa osobodnia przy trzech posiłkach

r. <' 7

wynosi 7,84 zł netto, a przy pięciu posiłkach dodatkowo cena netto II śniadania plus podwieczorka 8,74 zł. Z protokołu postępowania wynika, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona na kwotę 802.560,00 zł brutto. Wartość zamówienia

została ustalona w dniu 25 września 2012 r. na podstawie ilości zapotrzebowania łącznej wartości zamówień w terminie poprzednich 12 miesięcy. Na otwarciu ofert, bezpośrednio przed ich otwarciem podano cenę 802.560,00 zł netto. Złożono pięć ofert na następujące kwoty brutto: 804.500,00 zł, 675.388,80 zł, 707.270,40 zł, 722.600,00 zł i oferta odwołującego 506.940,00 zł. Zamawiający odrzucił dwie oferty, w tym ofertę odwołującego, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. z uwagi na zrażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zamawiający powziął wątpliwość porównując cenę oferty odwołującego z pozostałymi złożonymi ofertami i kwotą ustaloną przez zamawiającego. Zamawiający stwierdził, że kwotę obliczył zgodnie z obowiązującymi przepisami. Cena oferty odwołującego jest niższa o 41,51% od ceny brutto ustalonej przez zamawiającego. Cena odwołującego jest niższa o 27,76% od ceny uśrednionej pozostałych oferentów. Zamawiający dwukrotnie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień w dniach 10 i 15 października 2012 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi pismami z dnia 10 i 16 października 2012 r. Złożone wyjaśnienia w ocenie zamawiającego mają charakter ogólnikowych twierdzeń i nie wskazują konkretnych okoliczności, w związku z którymi odwołujący doszedł do zaoferowanej ceny. Nie uwzględnił jaki wpływ na cenę ma transport od zamawiającego do kuchni odwołującego to jest 40 km. Nie przedstawił dowodów jakie koszty ponosi w związku z zakupami surowców. Odwołujący łączy kontrakty bez wiedzy wykonawców, a zamawiający nie godzi się na łączenie kontraktów. W porównaniu do pozostałych ofert i wartości rynkowych oferta odwołującego nie pozwala na wykonanie zamówienia. Wyjaśnienia nie pozwalają na dokonanie oceny, czy cena jest zrażąco niska. Zrażąco niska cena powoduje nienależyte wykonanie umowy z uwagi na użycie nieodpowiednich surowców do produkcji za doktryną i orzecznictwem.

KIO uznała odwołanie za zasadne podkreślając, że zamawiający zastosował art. 89 ust.1 pkt 4 p.z.p. odrzucając ofertę odwołującego z powodu zrażąco niskiej ceny. Mimo udzielonych wyjaśnień oraz zajęcia stanowiska w sprawie przez odwołującego zamawiający, po zbadaniu całości sprawy, podjął czynność odrzucenia oferty odwołującego stwierdzając, że dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, iż oferta zawiera zrażąco niską cenę, co w ocenie zamawiającego wypełnia przesłanki z art. 90

ust.3 p.z.p. uprawniające zamawiającego do odrzucenia oferty. Zamawiający wziął

pod uwagę stosunek zaoferowanej ceny przez odwołującego do wyceny dokonanej przez niego oraz cen jakie zaoferowali pozostali oferenci w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego podkreślił, że wartość zamówienia ustalił zgodnie z obowiązującymi przepisami. Poza taką uwagę nie zamieścił żadnych innych informacji czy wyjaśnień co do ustalenia wartości zamówienia po jego stronie. Z kolei z protokołu postępowania wynika, że ustalona wartość netto na kwotę 802.560,00 zł została ustalona w oparciu o poprzednio obowiązujące stawki u zamawiającego w okresie ostatnich dwunastu miesięcy („wartości zamówień w terminie poprzednich 12 miesięcy”). Jak wynika z dokonanych ustaleń, zamawiający do tej pory organizował wyżywienie pacjentów szpitala przy wykorzystaniu własnej kuchni szpitalnej. Po raz pierwszy organizuje wyżywienie na zasadach dowozu żywienia do szpitala sporządzonego na zewnątrz czyli na zasadach cateringu. Na podstawie powyższej okoliczności odwołujący w swoim stanowisku zawartym w odwołaniu oraz w złożonych wyjaśnieniach w dniu 16 października 2012 r. podniósł, że wycena zamawiającego jest niemiernodajna do obowiązujących cen rynkowych posiłków dowożonych do zamawiającego czyli na zasadach tzw. cateringu. Tym samym odwołujący zakwestionował wycenioną usługę przez zamawiającego, który tzw. osobodzień wycenił na poziomie ponad 13,00 zł, a odwołujący na poziomie ponad 8,00 zł. Z kolei odwołujący odnosząc się do zaoferowanej przez niego stawki osobodnia porównał ją z cenami na rynku i wskazał w swoich wyjaśnieniach z dnia 16 października 2012 r. na przykładzie 6 ośrodków zamawiających ze wskazaniem ich nazw, adresów, telefonów oraz wykonawców, którzy dla żywienia szpitalnego zaoferowali stawki na niższym poziomie lub porównywalnym z ofertą odwołującego. Według oświadczenia odwołującego zawartego w wyjaśnieniu z dnia 16 października 2012 r. co najmniej jeszcze w kilkudziesięciu innych ośrodkach również zaoferowano ceny porównywalne z jego

ofertą. Ponadto odwołujący zauważył, że są to zarówno ośrodki porównywalne, większe, a nawet aglomeracje miejskie, gdzie koszty są wyższe a mimo to ce

/ »

zaoferowanego wyżywienia dla tych ośrodków są porównywalne z ofertą

odwołującego. Tak więc dokonane zestawienie ceny zaoferowanej w ofercie odwołującego z cenami rynkowymi wskazanymi w wyjaśnieniach odwołującego z dnia 16 października 2012 r. nie wskazuje na to, że jego oferta nie jest na poziomie rynkowym lub odbiega od niego. Natomiast zamawiający na rozprawie nie zakwestionował prawdziwości podanych cen rynkowych w wyjaśnieniu odwołującego. Wskazywał na przykłady, że występują również wyższe stawki i to nawet w okolicach zamawiającego.

W tym stanie rzeczy, skoro odwołujący podał przykłady niższych cen bądź porównywalnych z ceną przez niego zaoferowaną na tego samego rodzaju usługi u tego samego rodzaju zamawiających, to nie można postawić zarzutu ofercie odwołującego, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro zatem zamawiający nie zaprzeczył prawdziwości informacji o cenach rynkowych wskazanych w powołanym piśmie odwołującego ani w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty, ani na rozprawie, to należy przyjąć, że zarzut rażąco niskiej ceny wobec odwołującego jest bezpodstawny skoro na rynku funkcjonują ceny jeszcze niższe bądź porównywalne z cenami odwołującego.

Pomimo, że odwołujący wykazał, że jego cena nie odbiega od cen rynkowych to w piśmie z dnia 16 października 2012 r. wyjaśnił okoliczności zastosowania niskiej, ale jak podkreślił, nie rażąco niskiej ceny. Na rozprawie uzupełniając wyjaśnił, że zastosowanie stosunkowo niskiej ceny podyktowane było z jego strony okolicznością, że pozostałe kryteria oceny ofert w jego ocenie miały charakter nader subiektywny.. Przedstawiając w tym zakresie argumentację oraz wyjaśnienia, odwołujący zastosował się do wezwania zamawiającego, zwłaszcza zawartego w drugim wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Nie można zarzucić odwołującemu, że nie zastosował się do wezwania zamawiającego. Wyjaśnienia są wyczerpujące i wskazują na indywidualną sytuację odwołującego wynikającą w szczególności z faktu wydzierżawiania kuchni szpitalnej w Publicznym Specjalistycznym Zakładzie Opieki Zdrowotnej w Inowrocławiu (dalej szpital w Inowrocławiu), dla którego odwołujący już realizuje kontrakt i, jak oświadczył, trwający przez okres 48 miesięcy. Natomiast na rozprawie zamawiający podważył co do zasady okoliczność, przyznaną w wyjaśnieniach odwołującego z dnia 16 października 2012 r., z której wynika, że koszty dzierżawy

kuchni szpitalnej w Inowrocławiu nie będą wliczane w koszty usługi zaoferowanej dla zamawiającego. Zamawiający wprost oświadczył na rozprawie, że na taki rozkład kosztów, a właściwie nie obciążanie zamawiającego kosztami dzierżawy kuchni szpitalnej Inowrocław, nie zgadza się. Według wiedzy zamawiającego, odwołującemu takie prawo nie przysługuje bez zgody szpitala w Inowrocławiu, ale również bez zgody wykonawców w przedmiotowym postępowaniu i to pod rygorem unieważnienia umowy czy to ze szpitalem w Inowrocławiu, czy również ze szpitalem zamawiającego, w związku ze świadczonymi usługami żywieniowymi przez odwołującego.

Rozumowanie zamawiającego jest nieuzasadnione prawnie, ponieważ inną kwestią jest wydzierżawianie kuchni szpitalnej, a inną kwestią kalkulowanie cen usług i to zarówno na rzecz szpitala w Inowrocławiu, jak i szpitala zamawiającego. W zakresie kalkulowania cen będących przedmiotem niniejszego postępowania zamawiający nie zawarł żadnych wymogów co do sposobu i metody ich kalkulowania. Również nie ma w tym zakresie żadnych obowiązujących bezwzględnie przepisów prawa. W takiej sytuacji pozostają jako porównywalne i miarodajne do oceny, czy nie występuje okoliczność rażąco niskiej ceny, ceny rynkowe, a nie sposób i metody kalkulowania cen.

Dopóki nie ma żadnych ogólnie obowiązujących reguł kalkulowania cen w przedmiocie będącym sporem rozwiązania lub też reguł ustalonych na poczet przedmiotowego postępowania przez zamawiającego to nie można skutecznie postawić zarzutu odwołującemu, że nie skalkulował kosztów pracy kuchni szpitalnej w kalkulacji oferty na rzecz zamawiającego.

Zresztą sam odwołujący wprost przyznaje w wyjaśnieniach z dnia 16 października 2012 r., że koszty dzierżawy kuchni szpitalnej w Inowrocławiu obciążają kontrakt żywieniowy szpitala w Inowrocławiu, a zatem koszty te nie będą obciążać kontraktu z zamawiającym pomimo, że kuchnia ta ma pracować na rzecz kontraktu z zamawiającym i nie ma w tym żadnego naruszenia prawa, wbrew przekonaniu zamawiającego. Tak należy ocenić zaistniałą w sprawie sytuację prawną, skoro nie ma obowiązujących zasad kalkulacji ceny wskazujących obligatoryjne elementy kalkulacji ceny. I

W konsekwencji, jak podkreśliła KIO, zamawiający nie wykazał rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast odwołujący przywołał ceny w innych ośrodkach szpitalnych na poziomie niższym lub porównywalnym z jego ceną czemu zamawiający nie zaprzeczył ani w odrzuceniu oferty z powodu rażąco niskiej ceny, ani na rozprawie w postępowaniu odwoławczym. Odwołujący wskazał na główną przyczynę ujęcia w jego ofercie świadomie niskich cen zaproponowanych zamawiającemu. Przyczyną jest subiektywna ocena w pozostałych kryteriach oceny ofert poza kryterium cenowym oraz możliwość pokrycia kosztów dzierżawy kuchni szpitalnej w Inowrocławiu w innych kontraktach już zawartych. Powyższa sytuacja z kuchnią szpitalną umożliwiła wykonawcy zaoferowanie niższej ceny zamawiającemu i przez to konkurencyjność jego oferty w stosunku do pozostałych wykonawców, natomiast sam fakt, że cena oferty odwołującego jest niższa o 41,51% od ceny brutto ustalonej przez zamawiającego i około 27% ceny średnio ważonej oferentów w przedmiotowym postępowaniu, nie jest podstawą do stwierdzenia rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego. Już sama okoliczność, że zamawiający wycenił wartość usług według poprzednio obowiązujących zasad prowadzenia własnej kuchni szpitalnej, wskazuje na zawyżenie wyceny zarówno co do kosztów materiałowych, jak i osobowych, w stosunku do usług dowozu żywności z zewnątrz (catering). Natomiast zasady wyceny sporządzonej przez pozostałych oferentów są nieznane i nieporównywalne, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu nie ma ustalonych reguł kalkulacji kosztowej ceny.

Co do podnoszonych na rozprawie argumentów przez zamawiającego, że odwołujący nie uwzględnił jaki wpływ na cenę ma (np. transport od zamawiającego do kuchni odwołującego to jest 40 km), nie przedstawił dowodów jakie koszty ponosi w związku z zakupami surowców, odwołujący w poszczególnych kwestiach wyjaśnił, że koszty transportu są uwzględnione w pozycji usługi obce, a faktury zakupu surowców np. jabłek nie dadzą zamawiającemu obrazu, co do zaoferowanej ceny. Odnosnie do kosztów transportu, to ujęte są w pozycji usługi obce. Jeśli chodzi o przywoływane środki czyszczące i podobne to ujęte one są w materiałach i energii.

Na podstawie udzielonych przez odwołującego wyjaśnień, zwłaszcza w dniu 16 października 2012 r., oraz udzielonych na rozprawie odpowiedzi na argumentację

zamawiającego, KIO nie stwierdziła po stronie odwołującego wystąpienia ceny rażąco niskiej w porównaniu do przedmiotu zamówienia poprzez porównanie do wartości rynkowych podobnych zamówień. Tym samym nie potwierdziło się stanowisko zamawiającego, że zaoferowana cena przez odwołującego uniemożliwia wykonanie zamówienia.

Z przedstawionych względów odwołanie zostało uwzględnione, ponieważ wykazane naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust.3 p.z.p. przez zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, co nakazało uwzględnienie odwołania. O kosztach KIO orzekła stosownie do wyniku sprawy (k. 22- 27, s. 2).

Zamawiający złożył skargę na ten wyrok, któremu zarzucił naruszenie:

I. przepisów prawa materialnego,

1. art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 p.z.p. i art. 405 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p. przez ich pominięcie, a w szczególności przyjęcie, że w sytuacji, gdy koszty kontraktu zawartego z zamawiającym będą pokrywane w dużej części z kontaktu zawartego pomiędzy wykonawcą a szpitalem w Inowrocławiu nie naruszają żadnego przepisu prawa, podczas gdy rażąco naruszają wymienione przepisy, albowiem we wskazanym stanie faktycznym takie ukształtowanie ceny przez wykonawcę (z uszczupleniem majątku szpitala w Inowrocławiu) odpowiada bezpośrednio instytucji bezpodstawnego wzbogacenia, a to z kolei przesądza, że zaproponowana cena jest rażąco niska, co nakazuje odrzucenie oferty,

2. art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14, 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 p.z.p. przez ich pominięcie, w szczególności przyjęcie, że przyszły kontrakt między zamawiającym a wykonawcą będzie mógł w ogóle dojść do skutku po przeprowadzeniu postępowania z uwzględnieniem oferty wykonawcy, podczas gdy treść stosunku prawnego wynikającego z przyszłej umowy sprzeciwiałaby się ustawie i zasadom współżycia społecznego, albowiem ustalenie przez wykonawcę ceny poniżej kosztów wytworzenia usługi, w sposób odpowiadający bezpodstawnemu wzbogaceniu i w oderwaniu od przedmiotu zamówienia, świadczy dobitnie o rażąco niskiej cenie co powoduje naruszenie powołanych unormowań,

3. art. 3 i 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst. Jeden . Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.) w zw. z art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 p.z.p. przez pominięcie treści i znaczenia tych przepisów, w szczególności przyjęcie, że w sytuacji, gdy koszty kontraktu zawartego z zamawiającym będą pokrywane w dużej części z kontaktu zawartego pomiędzy wykonawcą a szpitalem w Inowrocławiu nie naruszają żadnego prawa, podczas gdy naruszają je ewidentnie, albowiem cena zaproponowana przez wykonawcę nie odpowiada kosztom wytworzenia usługi, a może być skalkulowana wyłącznie wówczas, gdy wykonawca będzie otrzymywał quasi dopłaty z kontraktu szpitala w Inowrocławiu na rzecz świadczenia usług przez zamawiającego, co ewidentnie wskazuje na rażąco niską cenę w celu eliminacji innych oferentów,

4. art. 90 ust. 3 i art. 7 ust. 1 p.z.p. oraz art. 9 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 333 ze zm.) poprzez ich pominięcie, a w szczególności przyjęcie, że w sprawie nie naruszono żadnych przepisów prawa, podczas gdy narzucenie przez wykonawcę rażąco niskiej ceny z zamiarem wyeliminowania konkurentów stanowi zakazane zachowanie kwalifikowane jako nadużywanie pozycji dominującej,

5. art. 26 ust. 2b i art. 44 p.z.p. przez ich pominięcie w sytuacji, w której wykonawca złożył oświadczenie o spełnieniu warunków w sytuacji, w której powołał się na potencjał innego podmiotu, tj. szpitala w Inowrocławiu, a zatem naruszył powołane przepisy i tym samym nie wykazał, że będzie dysponował tymi zasobami,

6. art. 32 p.z.p. przez jego niezastosowanie uznając, że zamawiający wykazał tylko, że wartość zamówienia ustalił zgodnie z obowiązującymi przepisami, podczas gdy zgodnie z dyspozycją tej normy prawnej zamawiający prawidłowo określił wartość zamówienia,

7. art. 26 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 26 ust. 2 i art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez ich pominięcie, gdyż wykonawca miał obowiązek wykazania przy przedstawionej kalkulacji ceny rzeczywistych kosztów uiszczenia podatków i składek na Ubezpieczenie zdrowotne w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz podania liczby osób niezbędnych do jego wytworzenia realnie, a nie w oderwaniu od obowiązujących standardów; wskazanie na zerowy składnik podatków i udział składek z tytułu

ubezpieczeń społecznych w zaproponowanej cenie na poziomie 2,3% jest niewiarygodne i dalece odbiegające od wskaźników rynkowych,

8. art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez błędną wykładnię i ich zastosowanie uznając, że w sytuacji, gdy zgodnie ze stwierdzonym przez KIO stanem faktycznym cena usługi zaproponowana przez wykonawcę zawiera w sobie elementy bezpodstawnego wzbogacenia (koszty usługi skalkulowane z uwzględnieniem uszczuplenia majątku szpitala w Inowrocławiu) i nieuczciwej konkurencji (koszty usługi skalkulowane poniżej kosztów wytworzenia),

9. art. 6 ustawy z dnia 27 sierpnia 2007 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 157, poz. 1240 ze zm.) w zw. z art. 2 pkt 9 p.z.p. poprzez pominięcie ich treści i znaczenia, w szczególności przyjęcie, że w sytuacji, gdy koszty kontraktu zawartego z zamawiającym będą pokrywane w dużej części z kontraktu zawartego przez wykonawcę ze szpitalem w Inowrocławiu nie naruszają żadnego przepisu prawa, podczas gdy je naruszają w sposób rażący,

II. naruszenie przepisów postępowania, tj.

1. art. 190 ust. 7 p.z.p. przez jego zastosowanie bez uwzględnienie wszystkich okoliczności sprawy, przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, w szczególności bezpodstawnego i pozostającego w kolizji z materiałem dowodowym przyjęcia, że:

- a) zamawiający nie kwestionował podanych przez wykonawcę „cen rynkowych”,
- b) zarzut zamawiającego w przedmiocie ceny rażąco niskiej jest bezpodstawny, gdyż na rynku funkcjonując ceny jeszcze niższe bądź porównywalne,
- c) odwołujący się posiada kontrakt zawarty zgodnie z prawem na 48 miesięcy,
- d) zamawiający nie musiał żądać od odwołującego się dowodów na potwierdzenie kosztów transportu, usług obcych, faktur zakupu surowców gdyż niebyły to elementy istotne dla sprawdzenia, czy zaproponowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska,
- e) ustalony przez KIO fakt łączenia kontraktów przez finansowanie usługi zamawiającego przez szpital w Inowrocławiu nie stanowi naruszenia prawa,

/

f) przedstawione przez odwołującego ceny wybranych usługodawców mogą stanowić podstawę do uznania, że są to ceny rynkowe bez krytycznego odniesienia do materiału

dowodowego i twierdzeń zamawiającego, iż wskazania te mogą stanowić rynek nieuczciwej konkurencji,

2. art. 192 ust. 2 p.z.p. przez brak wykazania i wskazania przy uwzględnieniu odwołania zarówno w sentencji wyroku, jak i w jego uzasadnieniu, naruszenia jakich przepisów p.z.p. dopatrzyła się KIO, które miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, ograniczając się do wskazania, że wskazane naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 p.z.p. przez zamawiającego ma wpływ na wynik postępowania, co nakazywało uwzględnienie odwołania bez określenia na czym naruszenie polegało,

3. art. 160 ust. 6 w zw. z art. 190 ust. 7 p.z.p. przez nieuwzględnienie faktów powszechnie znanych oraz znanych z urzędu, a mających zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, tj.:

- a) dokonania oceny faktu, że odwołujący się zaoferował zamawiającemu cenę cateringową w wysokości 8,47 brutto zł same posiłki, jak w szpitalu w Inowrocławiu, za które od tego szpitala pobiera kwotę 13,88 brutto, co stanowi dowód uszczuplenia majątku tego szpitala na rzecz zamawiającego, a także czyn nieuczciwej konkurencji,
- b) dokonanie oceny fakt, że dla uzyskania zamówienia wykonawca powołuje się kontrakt zawarty ze szpitalem w Inowrocławiu na okres 48 miesięcy uzyskanych na okres 48 miesięcy uzyskany na kwotę ponad 7 mln złotych bez przetargu

w kontekście korzystania z potencjału technicznego, zatrudnionych osób i potencjału ekonomicznego przez okres niezbędny dla wykonania zamówienia,

III. nowe fakty i dowody; po wydaniu orzeczenia i przesłaniu wezwania do przedłużenia terminu związania oferty przeciwnik skargi nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i nie potwierdził wniesienia wadium co oznacza rezygnację z udziału w przetargu, a ponadto świadczy o tym, że cena byłaby ceną nierealną bez udziału majątku szpitala w Inowrocławiu, a tym samym cena była rażąco niska.

. Wskazując na te postawy skarżący na podstawie art. 198f p.z.p. wniósł o zmianę

) wyroku przez oddalenie odwołania przeciwnika skargi i zasądzenie kosztów postępowania.

W piśmie procesowym z dnia 07 stycznia 2013 r. uzasadnieniu skarżący przedstawił szeroką argumentację odnoszącą się do poszczególnych zarzutów skargi. Podkreślił, że jego skargę potwierdza to, że przeciwnik, mimo korzystnego orzeczenia KIO, nie przedłużył terminu związania ofertą oraz nie wniósł wymaganego wadium o oznacza, że nie wyraża woli i nie ma zamiaru uczestniczenia w dalszych czynnościach przetargowych. W konsekwencji zaskarżone orzeczenie nie może wywołać skutków i staje się bezprzedmiotowe, gdyż bez uczestnictwa w czynnościach przetargowych przeciwnika skargi komisja przetargowa nie ma podstaw do zmiany wyrażonego poprzednio stanowiska (k. 15-32).

Przeciwnik skargi nie udzielił odpowiedzi na skargę, a na rozprawie w dniu 06 marca 2013 r. przyznał, że zrezygnował z przetargu, a jego oferta nie jest ważna (00.15.25-00.18.42, k. 75).

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p., z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Na etapie odwołania kwestię przedłużenia ważności wadium innego niż w pieniądzu reguluje art. 184 zd. 1 p.z.p. Stosownie do tego przepisu, zamawiający wzywa wykonawców do przedłużenia ważności wadium albo wniesienia nowego wadium nie później niż na 7 dni przed upływem ważności wadium. Powołane unormowanie powtarza sankcję z art. 24 ust. 2 pkt 2 stanowiąc *expressis verbis* o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, stwierdzając że zachodzi okoliczność implikująca konieczność wykluczenia z postępowania, obowiązany jest czynności tej dokonać. O wykluczeniu zamawiający informuje wykonawcę, niezwłocznie po podjęciu tej czynności, podając uzasadnienie prawne (wskazując odpowiedni przepis ustawy) oraz faktyczną okoliczności, które wypełniają przesłankę wykluczenia. Na czynność wykluczenia

z postępowania wykonawcy przysługują środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie.

W rozpoznawanej sprawie poza sporem jest, że przeciwnik skargi nie przedłużył ważności wadium, co powoduje obowiązek zamawiającego wykluczenie go z dalszego postępowania. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy Sąd odwoławczy rozpoznając skargę na wyrok KIO uwzględniający odwołanie wykonawcy i nakazujący unieważnienie wyboru oferty, odrzucenie oferty odwołującego i nakazujący ponowną

ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego, który następnie nie przedłużył ważności wadium, powinien rozpoznać ją merytorycznie, czy też rozstrzygnięcie powinno być formalnie.

Sąd Okręgowy opowiada się za tym drugim rozwiązaniem. Wykluczenie oferty przeciwnika skargi będące obowiązkiem zamawiającego powoduje, że ponowna ocena i wybór najkorzystniejszej oferty, z pominięciem oferty odwołującego, byłaby oczywista. W związku z tym merytoryczne rozstrzygnięcie skargi ni miałoby sensu.

W konsekwencji należało na podstawie art. 198f ust. 3 p.z.p. uchylić zaskarżony wyrok i umorzyć postępowanie w sprawie.

W myśl art. 198f ust. 5 p.z.p., strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku; określając wysokość kosztów w treści orzeczenia, sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. Z uwagi na umorzenie postępowania wywołane nieprzedłużeniem ważności wadium przez przeciwnika skargi nie ma podstaw do zasądzenia od skarżącego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. To samo dotyczy jednak kosztów poniesionych przez skarżącego.

Kosztami postępowania, od uiszczenia których skarżący był zwolniony należało natomiast obciążyć Skarb Państwa na podstawie art. 113 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jeden . Dz. U. z 2010 r. Nr

90, poz. 504 ze zm.).

Dorota Kwitńska Starszy Sekretarz Sądowy