



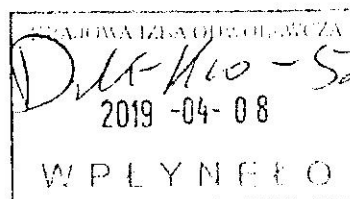
WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 20 grudnia 2018r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Gospodarczy, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący: SSO Paweł Kieta (spr.)
Sędziowie: SSO Alicja Dziekańska
SSO Wiktor Piber
Protokolant: Sekr. sądowy Arkadiusz Bogusz



po rozpoznaniu 13 grudnia 2018r. w Warszawie na rozprawie
sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego
z udziałem:

zamawiającego: [REDACTED]

odwołujących wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [REDACTED]

z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED]

wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego [REDACTED]

wykonawcy zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego [REDACTED]

akcyjnej w [REDACTED]

w przedmiocie skargi [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED]

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 27 lutego 2018 r., sygn. akt KIO
266/2018

1. oddala skargę,
2. zasądza od [REDACTED] spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w [REDACTED] na rzecz [REDACTED] 12 500 zł (dwanaście tysięcy pięćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego.

SSO Alicja Dziekańska

SSO Paweł Kieta

SSO Wiktor Piber

UZASADNIENIE

Zamawiający - [REDAKTOWANE] - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Zarządzanie Kontraktem i pełnienie nadzoru nad zadaniem Projekt i budowa drogi ekspresowej S7 Warszawa - Kraków, odcinek granica województwa świętokrzyskiego -Kraków odc. realizacyjny węzeł Szczepanowice (z węzłem) - węzeł Widoma (z węzłem), długości ok. 14km”, nr sprawy: O.KR.D-3.2410.1.2017.

W dniu 12 lutego 2018 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum Firm: [REDAKTOWANE] - Lider z siedzibą w [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] - Partner z siedzibą w [REDAKTOWANE] - dalej Odwołujący lub Konsorcjum [REDAKTOWANE]

Odwołujący wniósł odwołanie wobec: niezgodnej z przepisami ustawy PZP czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez [REDAKTOWANE] siedzibą w [REDAKTOWANE] (dalej także: Przystępujący [REDAKTOWANE], skarżący, wykonawca) oraz zaniechania wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] do złożenia wyjaśnień.

Dnia 22 lutego 2017 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i stwierdził, że zarzuty postawione w odwołaniu, są uzasadnione w zakresie: czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przystępującego [REDAKTOWANE] jako najkorzystniejszej, a przez to naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy pzp; czynności Zamawiającego polegającej na ocenie wyjaśnień złożonych przez Przystępującego [REDAKTOWANE]; zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego [REDAKTOWANE]; i tym samym uwzględnił w części odwołanie unieważniając wybór oferty Przystępującego [REDAKTOWANE] jako najkorzystniejszej. W związku z powyższym wniósł o umorzenie postępowania

W pozostałej części, tj. zaniechania wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz [REDAKTOWANE] do złożenia wyjaśnień Zamawiający uznał odwołanie za bezzasadne i wniósł o: odrzucenie odwołania w tym zakresie ewentualnie jego oddalenie.

Analizując podniesione przez Odwołującego zarzuty, Zamawiający dokonał ponownej weryfikacji oferty złożonej przez Przystępującego [REDAKTOWANE] i postanowił uwzględnić zarzuty

Odwołującego w części, uznając, że Wykonawca w niewłaściwy sposób dokonał wyceny oferty w zakresie środków transportu, tj. Wykonawca przeniósł koszty środków transportu dla personelu Konsultanta do poz. 2.1, 2.2. i 2.3 Formularza Cenowego, w sytuacji, gdy biorąc pod uwagę treść Informacji Dla Wykonawców (dalej: IDW) (15.3 i 15.5) oraz OPZ (2.4), powinien był uwzględnić te koszty w Dziale 1 i 4 Formularza ofertowego. W związku z powyższym Zamawiający uznał, że oferta została w tym zakresie przedstawiona w sposób niezgodny z SIWZ. Podobnie w Dziale 1 i 4 Wykonawca zobowiązany był uwzględnić wszystkie koszty związane z zatrudnieniem personelu. Wykonawca również część tych kosztów przeniósł do pozycji 2.1, 2.2 i 2.3. Z treści wyjaśnień Przystępującego [REDAKTOWANO] wynikało, że część kosztów związanych z zatrudnieniem, tj. koszty zapewnienia zastępstwa w okresie urlopu zostały ujęte w Dziale 2 Formularza Cenowego. Przez to Wykonawca dokonał samodzielnych, nieuprawnionych zmian w Formularzu Cenowym i dlatego jego oferta winna podlegać odrzuceniu. Okoliczności powyższe nie wynikają z samej treści oferty, jednak w złożonych przez siebie wyjaśnieniach Przystępujący [REDAKTOWANO] wprost wskazał, że w pozycji 1.2a dokonał wyceny wyłącznie samochodu dla Zamawiającego natomiast pozostałe środki transportu ujął w Dziale 2 Formularza Cenowego. Nawet przy założeniu, że Wykonawca omyłkowo dokonał wyceny w powyższy sposób, omyłki tej nie można poprawić z uwagi na fakt ustanowionego limitu dla Działu 1, który nie mógł przekroczyć 15%. To z kolei prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Ocena dokonana przez Zamawiającego w tym zakresie okazała się błędna.

W pozostałej części Zamawiający uznał, że zarzuty Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnośnie zarzutu powtórnego wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że w niniejszym postępowaniu złożonych zostało 11 ofert. Dokonując ich badania wstępnego w zakresie zaoferowanej ceny Zamawiający wziął pod uwagę kryterium arytmetyczne, w którym punktem odniesienia jest wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług, ustalona przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Wartość ta wyniosła 9.994.675,58 zł. Przy uwzględnieniu tego kryterium jedynie dwie spośród złożonych ofert zakwalifikowane zostały do obligatoryjnego wyjaśnienia ceny na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy PZP, w tym oferta Przystępującego [REDAKTOWANO], która odbiegała od ustalonej wartości w zakresie 30,19%. Biorąc natomiast pod uwagę kryterium średniej arytmetycznej złożonych ofert, oferta Wykonawcy odbiegała o 22% od ustalonej średniej.

Przechodząc do zarzutu rażąco niskiej ceny Zamawiający wskazał, że nie budziło wątpliwości, że ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy obejmuje pełen zakres przedmiotu zamówienia oraz czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. W toku przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego Przystępujący [REDAKTOWANO] udowodnił, w ocenie Zamawiającego, że zaoferowana przez niego cena ma charakter realny i jest wystarczająca dla należytego wykonania zobowiązań.

Odnosząc się do poszczególnych kwestii, na które Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiający wyjaśnił, że Przystępujący [REDAKTOWANO] w złożonej ofercie przewidział miesięczny koszt przypadający na wynagrodzenie członka Personelu biurowego na poziomie 2.400,00 zł/os.

Zamawiający nie zgodził się również z zarzutem jakoby Przystępujący [REDAKTOWANO] nie uwzględnił w swojej ofercie konieczności wyposażenia stanowiska pracy pracowników biurowych i pomocniczych. W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca jednoznacznie oświadczył, że posiada wyposażenie, które uległo już amortyzacji, przez co uwzględnianie dodatkowych kosztów z tym związanych nie jest konieczne. Zamawiający nie podzielił również stanowiska Odwołującego w zakresie niedoszacowania wynagrodzenia personelu Kluczowego i Ekspertów.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 i 1a ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum [REDAKTOWANO] i [REDAKTOWANO] do złożenia wyjaśnień pomimo, że istotna część ceny oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł, że odwołanie w powyższym zakresie powinno zostać odrzucone, na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, z uwagi na fakt, iż w okolicznościach faktycznych przedmiotowego postępowania wezwanie do złożenia wyjaśnień wykonawców nie było obowiązkiem zamawiającego wynikającym z ustawy. W tej sytuacji zarzut zaniechania przez zamawiającego podjęcia czynności jest całkowicie chybiony i nie może być podstawą konstruowania odwołania.

[REDAKTOWANO] sp. z o.o. w [REDAKTOWANO] wniosła sprzeciw od czynności Zamawiającego polegającej na uznaniu części argumentów odwołania.

Wyrokiem z dn. 27 lutego 2018r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła częściowo odwołanie nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy [REDAKTOWANO] sp. z o.o. w [REDAKTOWANO], nakazała

powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, oddaliła odwołanie co do pozostałych zarzutów, obciążyla wnoszącego sprzeciw wykonawcę kosztami odwołującego Konsorcjum.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego █████, pomimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Przystępującego █████, postanowienia SIWZ wskazywały jednoznacznie, że koszty środków transportu dla personelu Konsultanta oraz Zamawiającego, a także koszty zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych powinny być ujęte w Dziale 1 formularza cenowego. W pkt 2.2.1. OPZ (podpunkt kosztów administracyjnych) dotyczącym Biura Konsultanta wskazano, że Konsultant będzie ponosić koszty środków transportu, co koresponduje z układem formularza cenowego, gdzie w Dziale 1: „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia” w przeliczeniu na miesiąc w pkt 1.1. miały być wykazane koszty Biura Konsultanta. Punkt 2.4. OPZ opisuje szczegółowo wymagania dotyczące środków transportu zarówno dla Zamawiającego jak i personelu Konsultanta. Jednocześnie Izba zaznaczyła, że wyłącznie w pkt 1.2a oraz 4.2a formularza cenowego wymieniono wprost „środek transportu”. W ocenie Izby koszty środków transportu personelu Konsultanta winny być ujęte w pkt 1.1. formularza cenowego i odpowiednio 4.1. Nie ulegało wątpliwości, że powinien być to Dział 1 i odpowiednio Dział 4, nie jak twierdzi Przystępujący Dział 2 dotyczący kosztów Usługi nadzoru i zarządzania. Takiej interpretacji, zdaniem Izby nie sposób wywieść z postanowień SIWZ.

Podobnie w odniesieniu do kosztów zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych. W formularzu cenowym wprost wskazano, że koszty te winny zostać wykazane w pkt 1.3. i 1.4. - koszty zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego. W pozycjach tych Wykonawca był zobligowany przewidzieć wszystkie koszty, również w zakresie zastępowalności personelu. Zgodnie z pkt 15.3. SIWZ każda cena jednostkowa zawarta w ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/iłości rozliczenia w formularzu cenowym. Nie ma w ocenie Izby uzasadnienia dla przerzucenia tychże kosztów do Działu 2 formularza, nie wynika to również z postanowień umowy, na które powoływał się Przystępujący. Ponadto w wyjaśnieniach z dnia 5 grudnia 2017 r. w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego wskazał, że koszty planowanych nieobecności i zastępowalności Personelu biurowego i pomocniczego zostały

ujęte w odpowiednich podpozycjach pozycji 2.1. 2.2. i 2.3 odnoszących się do planowanych nieobecności i zastępowalności personelu konsultanta we wszystkich etapach realizacji kontraktu oraz koszty zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że Przystępujący [REDAKTOWANE] w sposób niezgodny z SIWZ przerzucił wymienione powyżej koszty do Działu 2 formularza cenowego. W myśl pkt 15.2. SIWZ Wykonawca nie był uprawniony do samodzielnego wprowadzania zmian do formularza cenowego. Mając na względzie określone przez Zamawiającego limity niezgodności tej nie można było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp. Zamawiający postanowił bowiem, że łączne koszty Działu 1 miały stanowić nie więcej niż 15% wartości wyliczonej w pozycji A formularza (cena łączna netto). Biorąc pod uwagę wyłącznie koszty środków transportu wskazane przez Przystępującego [REDAKTOWANE] limit procentowy zostałby przekroczony, gdyby Wykonawca prawidłowo zakwalifikował te wydatki. W formularzu - rozbieżności oferty cenowej Wykonawca w pkt 2.1.25. wskazał koszty środków transportu w kwocie: 2500,00 zł na miesiąc, łącznie 39 000,00 zł, w pkt 2.2.32. koszty w wysokości: 4900,00 zł na miesiąc, łącznie 137 200,00 zł, w pkt 2.3.11. koszty w wysokości: 1500,00 zł na miesiąc, łącznie 22 500,00 zł. Koszty środka transportu w pozycji 1.2.a wynoszą 2500,00 zł na miesiąc, łącznie 107 500,00 zł, a w pozycji 4.2.a. 1250,00 zł, łącznie: 18 750,00 zł. Kwota łączna w Dziale 1 wynosi: 842 500,00 zł netto, natomiast kwota w pozycji A wynosi: 5 672 690,00 zł netto (15% tej kwoty to: 850 903,50 zł). Różnica między tą kwotą, a kwotą łączną z Działu 1 wynosi: 8 403,50 zł, a łączna wartość środków transportu wynosi: 198 700,00 zł. Punkt 15.4. SIWZ stanowił natomiast, że w przypadku gdy którykolwiek z wymienionych limitów zostanie przekroczony w ofercie wykonawcy, Zamawiający odrzuci taką ofertę.

Wobec powyższego Izba uwzględniła zarzuty w tym zakresie, mając również na uwadze zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Konkludując, w ocenie Izby, Przystępujący [REDAKTOWANE] w sposób nieuprawniony przerzucił koszty środków transportu oraz kosztów zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych do Działu 2 formularza cenowego. Treść oferty Przystępującego Inko nie odpowiadała postanowieniom SIWZ, a niezgodności tej nie można usunąć w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, dlatego też Izba z ww. powodów nakazała odrzucenie oferty Przystępującego [REDAKTOWANE].

O kosztach postępowania odwoławczego orzekła na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b oraz art. 192 ust. 9 ustawy PZP, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 2 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.

Od powyższego orzeczenia skargę wniosła [REDAKTOWANE] sp. z o. o. w [REDAKTOWANE].
Zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie:

1. art. 190 ust. 7 PZP w zw. z art. 191 ust. 2 PZP poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego materiału dowodowego i w szczególności całkowite pominięcie treści wezwania skierowanego przez Zamawiającego w dniu 19.10.2017 r., pominięcie treści wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku rozprawy, co do rzeczywistych przesłanek faktycznych wyodrębnienia pozycji w Formularzu Cenowym, pominięcie sposobu interpretacji ujęcia kosztów w innych ofertach, pominięcie treści wzoru Istotnych dla Stron Postanowień Umowy, jak również uznanie za niemające znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy dowodów przedłożonych przez Skarżącego na okoliczność interpretacji przez Zamawiającego tożsamyh postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w innych postępowaniach przetargowych i w konsekwencji wydanie orzeczenia w oparciu o błędnie ustalony stan rzeczy, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż doprowadziły do częściowego uwzględnienia odwołania mimo braku ku temu podstaw,
2. art. 190 ust. 7 PZP w zw. z art. 191 ust. 2 PZP w zw. z art. 29 ust. 1 PZP w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 3, 10 i 12 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 14 ust. 1 PZP w zw. z art. 65 § 1 KC poprzez brak wszechstronnej oceny dowodów i dokonanie błędnej wykładni postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w szczególności w zakresie Opisu Przedmiotu Zamówienia (OPZ), Istotnych dla Stron Postanowień Umowy, oraz treści Formularza Cenowego, bez uwzględnienia obowiązku Zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz bez uwzględnienia zasady rozstrzygania wątpliwości co do treści dokumentacji przetargowej na korzyść wykonawcy, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż doprowadziły do częściowego uwzględnienia odwołania mimo braku ku temu podstaw,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 PZP poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, iż treść oferty złożonej przez Skarżącego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zachodzą przesłanki jej odrzucenia, a postępowanie w którym została wybrana było prowadzone w sposób naruszający zasadę uczciwej

konkurencji i równego traktowania wykonawców, w sytuacji gdy treść oferty Skarżącego odpowiadała w całości treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności Skarżący nie dokonał jakiegokolwiek mającego stanowić niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia tzw. „przerzucenia” kosztów, a zatem jego oferta w żadnym razie nie powinna zostać odrzucona, a to właśnie jej odrzucenie naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż doprowadziły do częściowego uwzględnienia odwołania mimo braku ku temu podstaw,

4. art. 192 ust. 7 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP poprzez ich błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie poprzez pominięcie, że ewentualne skutki błędów w zakresie obliczenia ceny lub kosztu w ofercie (które w ocenie Skarżącego również w żaden sposób nie występują w treści jego oferty) uregulowane są wyłącznie w treści postanowienia szczegółowego tj. art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP, a zarzut naruszenia tegoż przepisu przez Zamawiającego w ogóle nie został podniesiony w odwołaniu, a w konsekwencji rozpoznanie i orzeczenie co do zarzutu dotyczącego faktycznie rzekomego błędnego sposobu obliczenia ceny lub kosztu w ofercie mimo braku jego podniesienia w odwołaniu, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż doprowadziły do częściowego uwzględnienia odwołania mimo braku ku temu podstaw,
5. art. 179 ust. 1 PZP poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, polegające na błędnym uznaniu, że Odwołującemu przysługuje interes prawny we wniesieniu odwołania oraz że może ponieść szkodę na skutek rozstrzygnięcia postępowania, w sytuacji, gdy Odwołujący złożył czwartą (4) pod względem korzystności ofertę w postępowaniu, a jego zarzuty podniesione w odwołaniu względem korzystniejszych niż jego ofert złożonych przez konsorcjum ██████████ Sp. z o.o. Sp.k. i ██████████ Sp. z o.o. oraz ██████████ S.A. został w całości oddalony, a zatem odwołanie Odwołującego winno być oddalone także co do zarzutów podniesionych względem Skarżącego, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż doprowadziły do częściowego uwzględnienia odwołania mimo braku ku temu podstaw,
6. art. 192 ust. 2 PZP poprzez częściowe uwzględnienie odwołania, mimo iż nie miały miejsca wskazane w odwołaniu naruszenia przepisów ustawy, które miałyby mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, które to naruszenia miały istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż doprowadziły do częściowego uwzględnienia odwołania mimo braku ku temu podstaw.

Mając powyższe na uwadze wniosł o:

1. zmianę zaskarżonego Wyroku poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Odwołującego w całości tj. oddalenie go także w zakresie zarzutów uwzględnionych w pkt 1 zaskarżonego Wyroku,
2. zmianę pkt 3 zaskarżonego Wyroku i obciążenie kosztami postępowania w całości Odwołującego,
3. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Skarżącego kosztów postępowania skargowego, w tym w szczególności kosztów opłaty od skargi oraz kosztów zastępstwa procesowego wg, norm przepisanych,
4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej przed Krajową Izbą Odwoławczą, sygn. akt KIO 266/18, oraz w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego nr O.KR.D-3.2410.1.2017 - na okoliczności ich treści oraz stanu faktycznego sprawy podniesione w uzasadnieniu niniejszej skargi, a w związku z tym wniesiono, aby Sąd wystąpił do Krajowej Izby Odwoławczej - w zakresie akt postępowania przed Izbą, i do Zamawiającego - w zakresie akt postępowania o udzielenie zamówienia, o przesłanie ww. akt,
5. dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu Skargi,

Zamawiający wniosł o oddalenie skargi oraz zasądzenie kosztów postępowania.

Pismem z 27 czerwca 2018 r. [REDAKTED] sp. z o.o. w [REDAKTED] oraz [REDAKTED]

[REDAKTED] w [REDAKTED] cofnęli odwołanie z dnia 12 lutego 2018 r. i wniesli o umorzenie postępowania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga jest bezzasadna. Sąd Okręgowy w całości aprobuje ustalenia faktyczne Izby i ich ocenę prawną.

Na początek Sąd Okręgowy pragnie odnieść się do cofnięcia odwołania przez Konsorcjum [REDAKTED]

Zgodnie z art. 187 ust 8 PZP odwołujący pozostaje dysponentem odwołania i w każdym momencie, aż do zamknięcia rozprawy, podczas której rozpoznawane jest przedmiotowe odwołanie, może je wycofać. Z kolei Izba jest związana oświadczeniem odwołującego o cofnięciu odwołania. Dlatego też niezależnie od dotychczasowego przebiegu rozprawy (o ile nie doszło do jej zamknięcia) zobowiązana jest do umorzenia postępowania odwoławczego w

przypadku złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu odwołania. Umorzenie postępowania musi nastąpić pomimo ewentualnych stanowisk zamawiającego lub przystępujących, nawet tych którzy przystąpili po stronie odwołującego, którzy mieliby interes w popieraniu takiego odwołania i uzyskaniu orzeczenia co do meritum. Cofnięcie odwołania i umorzenie postępowania będzie w rezultacie miało taki sam skutek, jakby odwołanie zostało zwrócone lub nie zostało w ogóle wniesione – z wyjątkiem kwestii kosztów postępowania odwoławczego.

Sąd stanął na stanowisku, że nie jest możliwe takie cofnięcie na etapie postępowania sądowego, po skutecznym wniesieniu skargi, biorąc pod uwagę treść przepisów o zamówieniach publicznych i ich stosunek do przepisów KPC. Przepisy PZP regulują w zakresie prawie wyczerpującym postępowanie o udzielnie zamówienia. Jeżeli chodzi o środki ochrony prawnej to mamy tutaj do czynienia z odwołaniem i skargą.

W ocenie Sądu ustawodawca tak skonstruował możliwość cofnięcia odwołania jak opisał to w art. 187 ust 8 PZP. Do czasu zamknięcia rozprawy przed KIO można złożyć takie oświadczenie. Skoro, zatem ustawodawca w sposób wyraźny określił krańcowy moment cofnięcia odwołania, wobec tego, przy odpowiednim stosowaniu przepisów KPC do skargi, nie można było uniknąć stwierdzenia, że nie mają zastosowania przepisy o cofnięciu pozwu do odwołania z uwagi na to, że ustawodawca w PZP w sposób wyczerpujący uregulował kwestię cofnięcia odwołania włącznie z wyraźnie zakreślonym momentem, w którym takie oświadczenie może być złożone.

Dlatego Sąd Okręgowy odmówił umorzenia tego postępowania na podstawie art. 187 PZP.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że dysponentami postępowania na etapie postępowania skargowego są strony tego postępowania. W tym przypadku będą to skarżący XXXXXXXXXX (jako podmiot, który sprzeciwił się uznaniu zarzutów przez Zamawiającego) i sam Zamawiający, którego stanowisko uznające częściowo odwołanie doprowadziło do w konsekwencji do złożenia sprzeciwu i wydania wyroku przez KIO. W tej sytuacji to już tylko ich dyspozycje dot. skargi będą miały wpływ na stanowisko Sądu, natomiast cofnięcie odwołania przez dotychczasowego odwołującego, mającego w procesie charakter analogiczny do interwenienta ubocznego, będzie niedopuszczalne w świetle przywołanych przepisów KPC i braku statusu strony.

Sąd Okręgowy nie uwzględnił wniosków dowodowych zgłoszonych w skardze, albowiem nie miały one wpływu na postępowanie w niniejszej sprawie. Przedstawione przez skarżącego fragmenty dokumentów, czy też wnioski dotyczące złożenia akt innego postępowania przed

KIO tj. SIWZ odnoszącego się do usługi *pełnienia nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Budowa północnej obwodnicy Kędzierzyna - Koźla w ciągu drogi krajowej nr 40”* jak również odpowiedź udzielona przez zamawiającego w tym postępowaniu na pytanie nr 43 dotyczą innego postępowania. Każde z postępowań ma indywidualny charakter, specyficzne zapisy SIWZ i porównywanie tych spraw bez znajomości całokształtu okoliczności im towarzyszących jest chybione.

KIO posłużyło się zaoferowanym materiałem dowodowym, wyjaśniło także w uzasadnieniu dlaczego nie uwzględniło materiału dowodowego, który przyjęło do akt sprawy.

Dlatego też Sąd Okręgowy uznał za niezasadne zarzuty natury procesowej oparte na treści art. 190 ust. 7 PZP i art. 191 ust. 2 PZP

Odnosząc się do pozostałych zarzutów skargi o charakterze materialnym Sąd również wskazuje na ich niezasadność.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 179 ust. 1 PZP i twierdzenie, że odwołujący nie miał interesu prawnego w odwołaniu, ponieważ złożył czwartą pod względem oceny ofertę.

Co do zasady środka ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP.

Należy podkreślić, że odwołujący wskazywał w odwołaniu zarzuty dotyczące innych, wyprzedzających go oferentów i w przypadku ich uwzględnienia miałyby szansę na powtórzenie procedury wyboru oferty w korzystniejszych dla siebie warunkach i uzyskania w konsekwencji umowy w postępowaniu o zamówienie publiczne. W momencie złożenia zatem środka ochrony prawnej Konsorcjum [REDAKTOWANE] miało interes prawny w występowaniu przeciwko wykonawcy [REDAKTOWANE] g. KIO nie mogła zatem uznać, że argumenty odwołującego dotyczące [REDAKTOWANE] sp. o.o. należy pominąć bowiem niezasadne są zarzuty odwołania wobec pozostałych wykonawców, ponieważ dokonywała merytorycznej oceny wszystkich zarzutów, natomiast na etapie skargi to nie on składał skargę tylko jego dotychczasowy przeciwnik.

Zarzut naruszenia art. 192 ust. 2 PZP również nie zasługiwał na uwzględnienie. Ww. przepis stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów, które miało lub może mieć wpływ na wynik postępowania. *A contrario*, takie naruszenia przepisów, które pozostają bez wpływu na wynik postępowania nie powodują uwzględnienia odwołania. Należy wskazać, że KIO może uwzględnić część zarzutów odwołania i rozstrzygnąć na ich podstawie – żaden z przepisów PZP tego nie zabrania. Nigdzie nie ma przepisu

wskazującego, że wszystkie zarzuty muszą być uwzględnione lub tylko takie zarzuty, które będą prowadziły ostatecznie do uwzględnienia wszystkich celów odwołania. Wystarczy natomiast, że jeden z zarzutów będzie zawierał w sobie elementy, które doprowadzą do spełnienia się przesłanki z art. 192 ust. 2 PZP, aby można było uznać, iż odwołanie było skuteczne.

Odnosząc się do kwestii związanych z niezgodnością treści oferty skarżącego z SIWZ należy wskazać, że w formularzu cenowym w Dziale pierwszym miały być zawarte „Koszty administracyjne od rozpoczęcia Usługi do wystawienia ostatniego Świadczenia Przejęcia” w przeliczeniu na miesiąc. W pkt 1.1. **koszty Biura Konsultanta**, w pkt 1.2. koszty Biura Zamawiającego, w pkt 1.2a. koszty środka transportu, w pkt 1.3. i 1.4. koszty zatrudnienia personelu biurowego i pomocniczego. Koszty te miały stanowić nie więcej niż 15% wartości wyliczonej w pozycji A formularza (cena łączna netto). W Dziale drugim miały zostać zawarte ryczałtowe koszty Usługi nadzoru i zarządzania.

Zgodnie z zapisem IDW pkt. 2.2.1. Koszty administracyjne - Biuro Konsultanta:

„ (...) Konsultant będzie ponosić **wszystkie koszty** związane z urządzeniem, utrzymaniem i likwidacją **biura Konsultanta**, w szczególności:

- a) koszty zainstalowania wszystkich niezbędnych urządzeń, sprzętu, instalacji, dróg dojazdowych i wewnętrznych, miejsc parkingowych, wyposażenia biura i zabezpieczeń,
- b) koszty eksploatacyjne związane z użytkowaniem biura - m.in. opłaty za energię elektryczną, Internet, usługi telekomunikacyjne, ogrzewanie, wodę, wywóz nieczystości, śmieci, odprowadzenie ścieków, ochronę mienia, dzierżawę terenu, opłaty za wynajem pomieszczeń, **koszty środków transportu**,
- c) koszty usunięcia wszystkich urządzeń, instalacji dróg dojazdowych i wewnętrznych, biur, placów, zabezpieczeń, oczyszczenie terenu i doprowadzenie do stanu pierwotnego (jeśli to konieczne).

Koszty ubezpieczeń (...).”

Do kosztów związanych zatem z biurem Konsultanta zaliczono koszty środków transportu dotyczących Konsultanta.

W takiej sytuacji skoro w myśl zapisów zamieszczonych w uwagach pod Formularzem Cenowym:

„1. Dział musi obejmować **całość kosztów** związanych z prawidłową realizacją usługi zgodnie z Umową i OPZ.

2. Pozycja „Personel Biurowy” musi obejmować **całość kosztów** związanych z zapewnieniem osób niezbędnych do prawidłowego funkcjonowania **biura Konsultanta**.

3. Pozycja „personel pomocniczy” musi obejmować **całość kosztów** związanych z zapewnieniem wszelkich innych asystentów, pracowników, którzy są niezbędni do prawidłowego wykonania usługi zgodnie z Umową i OPZ.”

to niewątpliwie koszty środków transportu dotyczące Konsultanta należało umiejscowić w dziale 1.1. jako koszty administracyjne. Kwestie środków transportu niewątpliwie były wskazywane w taki sposób jak zostało to przedstawione w orzeczeniu KIO.

Podobnie należało ocenić sprawę umiejscowienia w Formularzu cenowym kosztów zastępowalności pracowników biurowych i pomocniczych. Pojęcie „całość kosztów” zawarta w pkt 3 U汪 pod Formularzem Cenowym dotyczy wszystkich kosztów ogólnie rozumianych pracowników niezbędnych do prawidłowego wykonania usługi. Skoro zatem osoby zastępujące personel np. z uwagi na jego choroby zostały zatrudnione oznaczało to, że były one niezbędne dla realizacji umowy, a tym samym koszty z nimi związane powinny być ujęte w odpowiednich pozycjach działu 1 formularza ofertowego.

W przedmiotowej sprawie koszty zostały zaprezentowane zatem przez Inko niezgodnie z obowiązkami wynikającymi z SIWZ. Jak wynika z wyjaśnień złożonych przez Inko Consulting sp. z o.o. w trybie art. 87 ust 1 i 90 ust. 1 i la) ustawy PZP koszty związane z zapewnieniem samochodów Konsultanta oraz zastępstwa w czasie urlopów pracowników Konsultanta pomocniczych i biurowych zostały ujęte w Dziale 2 Formularza Cenowego, mimo iż - zgodnie z przywołanymi powyżej zapisami - powinny być uwzględnione w jego Dziale 1 i odpowiednio 4.

Biorąc przy tym pod uwagę wysokość ceny zaoferowanej w Dziale 1, taka zmiana umiejscowienia kosztów spowodowała, że wykonawca ominął ustalony 15% limit kosztów.

W ocenie Sądu Okręgowego sformułowanie opisu w SIWZ było wystarczająco jasne, aby było możliwe umieszczenie wszystkich tych wartości w Dziale 1, a nie umiejscawianie ich w Dziale 2, tak jak to opisał w swoich wyjaśnieniach skarżący i które stanowiły podstawę ustaleń faktycznych KIO. Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, że takie zapisy były jednoznaczne i stanowiło to niezgodność oferty z SIWZ.

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Przepis ten jest skorelowany z art. 82 ust. 3 PZP, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności

zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem zaoferowania, którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.

Z tego punktu widzenia były dokonywane rozważania KIO. W ocenie Sądu Okręgowego nie można podnosić zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 6 czyli błędu w obliczeniu ceny lub kosztu ponieważ KIO wskazała, że błędnie zamieszczano te wartości w dziale 2, a nie w 1, wobec czego należało się zastanowić, czy mógł to zamawiający poprawić jak oczywistą omyłkę.

Poprawienie ww. zapisów spowodowałoby, że przy prawidłowym obliczeniu kosztów skarżącego (rachunkowe obliczenie dokonane przez KIO w uzasadnieniu – nie kwestionowane przez strony) przekroczyłyby wartości wskazane przez Zamawiającego.

W ocenie Sądu takie zatem działanie było niedopuszczalne, ponieważ była określona wartość 15% ceny łączne netto, a przeniesienie spornych wyliczeń spowodowałoby przekroczenie progu 15 % i także odrzucenie oferty. W tej sytuacji nawet poprawienie oferty spowodowałoby jej odrzucenie tyle, że na innej podstawie.

Na koniec w ocenie Sądu Okręgowego nie może być mowy naruszeniu przez Zamawiającego i KIO zasady, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6) PZP. Koszty bowiem zostały wyliczone, natomiast inną kwestią było ich umiejscowienie w ofercie tj. czy zgodnie z SIWZ, czy też nie – miało to bowiem znaczenie dla zastosowania ograniczeń opisanych w Dziale 1 Formularza Cenowego.

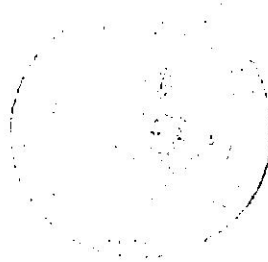
Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 198f ust. 2 zd.1 PZP Sąd Okręgowy oddalił skargę, jako bezzasadną.

O kosztach postępowania Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., art. 99 k.p.c. i art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 PZP oraz § 2 pkt 9) §10 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (w brzmieniu obowiązującym od dn. 27 października 2016r.), zgodnie z zasadą odpowiedzialności finansowej za wynik sprawy. Ponieważ Skarżący przegrał postępowanie w całości, zwróci Zamawiającemu wszystkie poniesione przezeń koszty w wysokości 12 500 zł, o czym orzeczono w punkcie 2 sentencji wyroku.

SSO Alicja Dziekańska

SSO Paweł Kieta

SSO Wiktor Piber



Wyroki, postanowienia i uchwały
Sądu Okręgowego w Poznaniu
[Signature]
2016