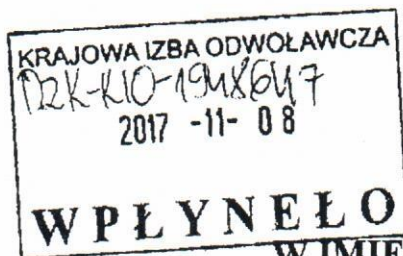


Sygn. akt IV Ca 685/17

ODPIS



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 czerwca 2017 r.

Sąd Okręgowy Warszawa-Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący	SSO Iwona Wróblewska-Pokora (spr.)
Sędziowie	SO Anna Wrembel-Woźniak SO Piotr Niezgodzki
Protokolant	sekretarz sądowy Magdalena Wierzchowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 czerwca 2017 r. w Warszawie

sprawy z odwołania wykonawcy [REDACTED]

przy udziale wykonawcy [REDACTED]

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego [REDACTED]

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 2 marca 2017 r., KIO 344/17

- I. zmienia zaskarżone postanowienie w punkcie 1 i oddala odwołanie;
- II. nie obciąża uczestników kosztami postępowania skargowego.

*Anna Wrembel-Woźniak*

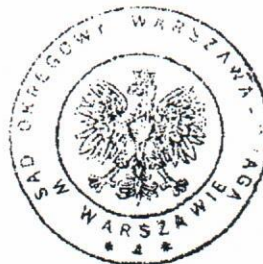
*Iwona Wróblewska-Pokora*

*Piotr Niezgodzki*

Za zgodność z oryginałem

Starszy sekretarz sądowy

*S. Iwaniec*  
Iwona Iwaniec



## UZASADNIENIE

W dniu 25 stycznia 2017 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych zostało opublikowane ogłoszenie nr [REDAKTION] o postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na: [REDAKTION]

[REDAKTION] r., za oznaczeniem [REDAKTION]. Na realizację zamówienia m.st. Warszawa (dalej: Zamawiający) przeznaczyło kwotę [REDAKTION] zł. W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: [REDAKTION] (dalej: Odwołujący) oraz [REDAKTION] (dalej: Wykonawca). Zamawiający oceniał oferty na podstawie kryterium ceny (waga 60%) oraz kryterium czasu reakcji na zgłoszenie (waga 40%). W dniu 16 lutego 2017 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez [REDAKTION] jako najkorzystniejszej.

[REDAKTION] na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2004 r., poz. 177 ze zm., dalej: p.z.p.) wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego w postaci wyboru najkorzystniejszej oferty. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. i art. 91 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę [REDAKTION] w sytuacji, gdy oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, powyższe stanowiło przejaw naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w rozumieniu art. 7 ust. 1 p.z.p. Odwołujący domagał się uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania oferty złożonej przez Wykonawcę [REDAKTION] jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p., dokonania czynności oceny ważnych ofert zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w Specyfikacji Indywidualnych Warunków Zamówienia (dalej: s.i.w.z.) na podstawie art. 91 ust. 1 p.z.p. oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p.

Postanowieniem z dnia 2 marca 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 344/17 Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: KIO) odrzuciła odwołanie Zamawiającego i obciążyła go kosztami postępowania, działając w oparciu o przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p., który

stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. (co ma miejsce w rozpoznawanym przypadku), odwołanie dotyczy innych czynności, niż określone w art. 180 ust. 2 p.z.p. W przepisie tym zawarto katalog wskazujący na następujące czynności, mogące podlegać zaskarżeniu: wybór trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę, określenie warunków udziału w postępowaniu, wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, odrzucenie oferty odwołującego, opis przedmiotu zamówienia i wybór najkorzystniejszej oferty. W ocenie KIO, istotą odwołania [REDAKTION] był zaś zarzut zaniechania wykluczenia Wykonawcy z postępowania, co nie mieści się w katalogu określonym w przywołanym przepisie. Przedmiotu zaskarżenia nie sposób utożsamić z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, o której mowa w art. 180 ust. 2 pkt 2 p.z.p. i która odnosi się jedynie do niedokonania wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w s.i.w.z. Za takim rozumieniem art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. przemawia nie tylko wykładnia literalna i celowościowa (wobec wzrostu znaczenia pozacenowych kryteriów oceny ofert na skutek nowelizacji przepisów p.z.p. z czerwca 2016 r.), ale przede wszystkim systemowa. KIO podkreśliła, że przepis art. 180 ust. 2 p.z.p. ma charakter wyjątku od zasady generalnej, zgodnie z którą w przeciwieństwie do postępowań dotyczących zamówień, których wartość jest równa lub wyższa od tzw. progów unijnych, w przypadku postępowań podprogowych zasadą jest to, że odwołanie nie przysługuje.

Na podstawie art. 198b ust. 4 zd. 1 p.z.p. w zw. z art. 198a ust. 1 p.z.p. oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 p.z.p. skargę od postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 marca 2017 r. wywiódł Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, który domagał się zmiany zaskarżonego orzeczenia w całości i rozstrzygnięcia co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania, rozstrzygnięcia w przedmiocie kosztów postępowania na mocy art. 192 ust. 10 p.z.p. w zw. z art. 198f ust. 5 p.z.p. i nieobciążania żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego. Zaskarżonemu postanowieniu zarzucono naruszenie art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż pojęcie „wybór najkorzystniejszej oferty” oznacza wyłącznie niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert. Konsekwencją powyższego było nieprawidłowe uznanie, że w postępowaniach o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę, który winien był zostać wykluczony z udziału w postępowaniu lub którego oferta winna była zostać odrzucona,



nie kryje w sobie natomiast, zdaniem Izby, zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy, jak też czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Ze stanowiskiem Izby nie sposób się zgodzić. Poprzez dodanie art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. ustawodawca dopuścił możliwość wniesienia odwołania od czynności „wyboru najkorzystniejszej oferty”, przy czym w żadnym przepisie nie uszczegółowił tego zakresu pojęciowego. Ustawa zawiera jedynie definicję legalną „najkorzystniejszej oferty” (art. 2 pkt 5 p.z.p.), natomiast w analizowanym przypadku mamy do czynienia ze zwrotem „wybór najkorzystniejszej oferty”, który pojęciowo jest oczywiście szerszy, albowiem zawiera w sobie również proces dokonywania „wyboru”. Terminem „wybór najkorzystniejszej oferty” został zatytułowany cały rozdział 4 p.z.p., zatem zdaniem Sądu II instancji, odwołując się do literalnej wykładni tego zwrotu, należy przez niego rozumieć cały proces wyboru, z wszelkimi koniecznymi dla jego zaistnienia przesłankami, a nie jedynie wąską definicję legalną „najkorzystniejszej oferty” z art. 2 pkt 5 p.z.p. W ocenie Sądu Okręgowego zawężająca wykładnia stosowania art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. przyjęta przez Izbę jest nieuprawniona. Brak jest ku temu jakichkolwiek ustawowych przesłanek – zresztą gdyby intencją ustawodawcy było ograniczenie możliwości wniesienia odwołania do zakresu wskazywanego przez KIO, to w treści art. 180 ust. 2 p.z.p. użyte zostałyby inne pojęcie np. „wskazanie” najkorzystniejszej oferty. Skoro zaś użyto sformułowania „wybór”, to należy brać pod uwagę wszelkie przesłanki tego wyboru i całego procesu, którego elementy na ostateczny wybór się składają.

Wbrew wywodom KIO, również wykładnia celowościowa art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. nie uzasadnia odrzucenia odwołania [REDACTED]. Przyświecającym ostatniej nowelizacji art. 180 ust. 2 p.z.p. celem ustawodawcy było bowiem rozszerzenie podstaw składania odwołań w postępowaniach podprogowych (świadczy o tym zarówno nowe brzmienie przepisu, jak i uzasadnienie ustawy zmieniającej). Postępowania podprogowe stanowią przeważającą część postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a odwołania od czynności dokonanych w tych postępowaniach wnoszone były dotychczas niezwykle rzadko - z uwagi na ograniczenia ustawowe. Wymagało to interwencji ustawodawcy w kierunku dopuszczenia szerszej możliwości kwestionowania bezprawnych czynności Zamawiających w postępowaniach podprogowych. Czynność wyboru oferty zgodnie z obowiązującymi przepisami niewątpliwie jest najistotniejszą czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyłączenie możliwości zakwestionowania wyboru oferty podlegającej odrzuceniu lub oferty Wykonawcy, który podlegał wyłączeniu, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., tj. w ramach zaskarżenia „wyboru oferty najkorzystniejszej”, stwarzałoby pole do pozostających poza jakąkolwiek

kontrolą nadużyć ze strony Zamawiających (zwłaszcza, że w postępowaniach podprogowych możliwość zaskarżenia zaniechania czynności przez Zamawiającego jest co do zasady niedopuszczalna). Wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. dokonana przez KIO pomija zatem zasadniczy cel ustawy, jakim jest wyłonienie Wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i złożył najkorzystniejszą ofertę, odpowiadającą obowiązującym przepisom prawa.

W konkluzji należy stwierdzić, że wykładnia art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 3 p.z.p. powinna prowadzić do przekonania, iż zaskarżeniu odwołaniem w postępowaniach przez KIO podlegają wszystkie zachowania (czynności i zaniechania) Zamawiającego w ramach badania i oceny ofert, prowadzące do wadliwego, niezgodnego z przepisami ustawy wyboru najkorzystniejszej oferty – w tym również zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego Zamawiający zobowiązany był wykluczyć i zaniechanie odrzucenia oferty, która winna była zostać przez niego odrzucona. Powyższe oznacza dopuszczalność odwołania [REDAKTION] wniesionego w rozpoznawanej sprawie. Odrzucając to odwołanie, KIO dopuściła się naruszenia art. 189 ust. 2 pkt 6 p.z.p., co implikuje konieczność zmiany zaskarżonego postanowienia i merytorycznego rozpoznania odwołania.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że podobne stanowisko zostało już wyrażone w szeregu orzeczeń Sądów Okręgowych (por. m.in. wyroki: Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 9 marca 2017 r., II Ca 145/17 i z dnia 20 stycznia 2017 r., XII Ga 1018/16; Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 13 lutego 2017 r., XIX Ga 3/17; Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 14 marca 2017 r., II Ca 1626/16 i z dnia 22 grudnia 2016 r., II Ca 1461/16; Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 16 lutego 2017 r., I Ca 399/16; Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 29 marca 2017 r., II Ca 115/17 i in.).

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania odwołania [REDAKTION] należy stwierdzić, że nie zasługuje ono na uwzględnienie. Sąd Okręgowy nie dopatrył się sygnalizowanych przez Odwołującego naruszeń obowiązujących przepisów prawa.

Wbrew zarzutom Odwołującego, brak było podstaw do odrzucenia oferty [REDAKTION] na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny i złożenie wyjaśnień, które potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Podkreślić w tym miejscu należy, że nawet duża rozbieżność pomiędzy ceną zaproponowaną przez Wykonawcę, a kwotą przewidzianą przez Zamawiającego, nie daje sama w sobie

podstaw do stwierdzenia, że cena wskazana przez Wykonawcę jest rażąco niska. Za cenę rażąco niską należy uznać taką, która jest całkowicie oderwana od realiów prowadzenia działalności gospodarczej i oczywiście nieekwiwalentna do wartości zamówienia przy uwzględnieniu cen rynkowych podobnych świadczeń.

W dniu 7 lutego 2017 r. Zamawiający, zgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. stosownie do treści art. 90 ust. 1 p.z.p., wezwał Wykonawcę [REDAKTOWANE] do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi, w dniu 13 lutego 2017 r. Wykonawca złożył wyczerpujące wyjaśnienia, załączając do nich dowód w postaci kalkulacji kosztów kosztorysu ofertowego, czym przekonał Zamawiającego do zasadności proponowanej przez niego ceny. Wyjaśnienia Wykonawcy są przekonujące również dla Sądu Okręgowego. [REDAKTOWANE] dostatecznie wyjaśnił, na czym polegają jego działania powodujące obniżenie kosztów własnych. W szczególności przekonująca wydaje się być okoliczność, że Wykonawca w chwili obecnej świadczy usługi związane z utrzymaniem placów zabaw w innych dzielnicach Warszawy – na Bemowie, Ursynowie, Żoliborzu, Pradze - Południe oraz w Wilanowie, co pozwala poczynić oszczędności w zakresie kosztów pracy, sprzętu i materiałów. Wykonawca posiada własne zaplecze techniczne i bazę zlokalizowaną w sąsiedniej dzielnicy Praga – Północ przy [REDAKTOWANE]. Wykonywanie tożsamyh umów w innych dzielnicach Warszawy pozwoli Wykonawcy na korzystanie z tego samego potencjału narzędziowego czy szybką wymianę pracowników w nagłych wypadkach (np. choroba). Nadto Wykonawca ma możliwości zakupu piasku po preferencyjnych cenach, z uwagi na niedawno dokonany zakup ponad 800m<sup>3</sup> piasku w celu wymiany nawierzchni na placach zabaw na Bielanach i na Ursynowie. Wykonawca dysponuje również własnym materiałem, który pozostał z niezrealizowanej inwestycji. Wbrew zarzutom Odwołującego, brak było konieczności wyjaśniania, czy piasek, który jest w posiadaniu Wykonawcy, jest dobrej jakości i czy odpowiada normie PN-EN 1176-1:2009, albowiem kwestia ta nie miała wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i Zamawiający informacji tego typu nie wymagał. Wykonawca wyjaśnił, że działa na rynku lokalnym i zatrudnia pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie placów zabaw, co pozwala ograniczyć koszty dowozu pracowników praktycznie do zera. [REDAKTOWANE] posiada zaś wieloletnie doświadczenie w branży konserwacji placów zabaw. Wykonawca przekonywał także, że dysponuje pojazdami o niskim stopniu spalania oraz pojazdami napędzanymi gazem, co znacząco redukuje koszty dojazdów do placów zabaw, jak również wyjaśnił, że kontrole robót dokonywane przez p. [REDAKTOWANE] będą odbywały się jedynie raz w roku, zatem ich koszt nie wpłynie znacząco na cenę całkowitą.

Zdaniem Sądu Okręgowego, Wykonawca, w myśl art. 90 ust. 2 p.z.p. zdołał wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wbrew wywodom Odwołującego, wyjaśnień Wykonawcy nie można uznać za nielogiczne, niespójne, zdawkowe czy ogólnikowe. Odwołujący zarzucał liczne wątpliwości co do wyjaśnień Wykonawcy, lecz w treści odpowiedzi na skargę Wykonawca każdą z tych wątpliwości skutecznie rozwiął. Materiał dowodowy zgromadzony w sprawie nie pozwala stwierdzić, że cena proponowana przez Wykonawcę jest oderwana od realiów rynkowych i wykonanie zamówienia publicznego za taką kwotę, w okolicznościach tej konkretnej sprawy, nie jest możliwe.

Brak jest również przekonujących argumentów i dowodów, by zarzucić Wykonawcy stosowanie praktyk nieuczciwej konkurencji, a Zamawiającemu zaniechanie przeciwdziałania powyższemu, co miałyby stanowić podstawę wykluczenia Wykonawcy i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p. Należy podkreślić, że samo złożenie oferty z niską ceną, która nie została uznana za rażąco niską, nie może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym wykonawcom dostępu do rynku. To, że inny Wykonawca nie znajduje się w tak korzystnej w danych okolicznościach sytuacji i nie jest w stanie do tego stopnia zredukować kosztów wykonania zamówienia publicznego, jak Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie oznacza jeszcze, że konkurencja nosi cechy nieuczciwości.

Z opisanych wyżej przyczyn odwołanie [REDAKOWANE] nie mogło odnieść zamierzonego skutku. Sąd Okręgowy działając w oparciu o przepis art. 198f ust. 2 p.z.p. zmienił zaskarżone postanowienie i orzekł o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł przy zastosowaniu art. 106 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 p.z.p. oraz art. 102 k.p.c.

*Anna Wręmbel-Woźniak*

*Iwona Wróblewska-Pokora*

*Piotr Niezgodzki*



Za zgodność z oryginałem

Starszy sekretarz sądowy

*I. Iwaniec*  
Iwona Iwaniec