



WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 lipca 2023 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:

Przewodniczący: Sędzia Sylwia Paschke

Sędziowie: Bernard Litwiniec

Anna Gałas

Protokolant: sekr. sądowy Dariusz Książyk

po rozpoznaniu w dniu 16 czerwca 2023 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy o udzielenie zamówienia publicznego z udziałem:

zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W.

odwołującego (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

wykonawcy (...) spółka akcyjna w W. (przystępującego w postępowaniu odwoławczym po stronie odwołującego)

na skutek skargi (...) S.A.S. w N. (Francja)

od pkt 2 i 4 wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 13 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 259/23

orzeka:

- I. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 2 w taki sposób, że nadaje mu treść:
 - częściowo uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:
 - 2.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2.2. odrzucenie oferty (...) S.A.S. w N. (Francja) z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 pzp),
 - 2.3. powtórzenie badania i oceny ofert,
 - a w pozostałym zakresie oddala odwołanie.

II. zmienia zaskarżony wyrok w pkt 4 w taki sposób, że nadaje mu treść:

kosztami postępowania odwoławczego w części $\frac{3}{4}$ obciąża odwołującego (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. oraz w części $\frac{1}{4}$ obciąża wykonawcę (...) S.A.S. w N. (Francja),

4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. tytułem wpisu od odwołania,

4.2. zasądza od wykonawcy (...) S.A.S w N. (Francja) na rzecz (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 3750,00 zł (trzy tysiące siedemset pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu $\frac{1}{4}$ wpisu uiszczzonego odwołania,

4.3. zasądza od (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz (...) S.A.S. w N. (Francja) 1800,00 zł (tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym,

III. w pozostałym zakresie oddala skargę,

IV. zasądza od zamawiającego (...) spółki akcyjnej w W.

na rzecz (...) S.A.S. w N. (Francja) 22 250,00 zł (dwadzieścia dwa tysiące dwieście pięćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego,

V. znosi wzajemnie między (...) S.A.S. w N. (Francja) i (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w W. koszty postępowania skargowego.

Bernard Litwiniec

Sylwia Paschke

Anna Galas

UZASADNIENIE

Zamawiający - (...) spółka akcyjna w W., jednostka prowadząca postępowanie Centrum Realizacji inwestycji Region (...) w S. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Pełnienie nadzoru nad „Realizacją robót budowlanych oraz wykonaniem projektu wykonawczego i realizacją robót budowlanych na zabudowę urządzeń sterowania ruchem kolejowym, urządzeń kolejowych sieci telekomunikacyjnych, systemu dynamicznej informacji podróżnych na odcinku B. – K. S.” w ramach projektu „Prace na podstawowych ciągach pasażerskich ((...) i (...)) na obszarze (...), etap I: linia (...) na odcinku B. – K.- K. – K.”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 lutego 2022 r. pod numerem (...) (dalej też jako: postępowanie).

Postępowanie na usługę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: Pzp) jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

Odwolujący wykonawca (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (dalej też odwołujący lub (...)) wniósł 30 stycznia 2023 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego i zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 18 ust. 1- 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: ustawa znk) oraz w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia (ujawnienia) i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez (...) S.A.S. w N. (dalej też jako (...)) jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów:
 - a. oświadczenia i wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz Oświadczenia i wyjaśnienia dotyczące przesłanki wykluczenia określonej w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i załączników do ww. dokumentów,
 - b. aktualizowane wyjaśnienia selfcleaningu dotyczące przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo iż wykonawca ten nie wykazał okoliczności wskazanych w art. 110 ust. 2 Pzp dla wykluczenia, które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 roku w ramach postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w B. na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 25 w m. B.” (dalej też jako: „postępowanie B.”)

3. art. 226 ust 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i/lub 10 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo iż wykonawca ten nie udowodnił Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 Pzp;
4. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo iż (...) nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień, które uzasadniają podaną w ofercie cenę oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez (...) i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
5. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp i w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz poprzez niewłaściwą ocenę wyjaśnień złożonych przez (...) i prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odtajnienie i udostępnienie dokumentów wskazanych w odwołaniu, odrzucenia oferty wykonawcy (...) oraz ponowną ocenę ofert.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wskazał, że uwzględnia odwołanie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła także do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę (...) spółkę akcyjną w W., który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego i wykonawcę (...) który zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego.

W wyroku z 13 lutego 2023 r. Krajowa Izba Odwoławcza **w pkt 1.** umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust 1-3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy znk i w zw. z art. 16 Pzp poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych przez wykonawcę (...) oświadczeń i wyjaśnień dotyczących przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wraz z załącznikami do tych dokumentów oraz zaktualizowanych wyjaśnień selfcleaningu dotyczących przesłanki określonej w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp; **w pkt 2.** częściowo uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu: **w ppkt 2.1** unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, **w ppkt 2.2** odrzucenie oferty wykonawcy (...) z powodu: **a)** wprowadzenia zamawiającego w błąd co do okoliczności wykluczenia wykonawcy,

które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 r. w ramach postępowania B. (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp); **b)** zaoferowania rażąco niskiej ceny w stosunku do

przedmiotu zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp), w **ppkt 2.3** powtórzenie badania i oceny ofert; w **pkt 3.** w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie; w **pkt 4.** kosztami postępowania odwoławczego w części 1/2 obciążyła odwołującego (...) oraz w części 1/2 obciążyła wykonawcę (...) i: w **ppkt 4.1.** zaliczyła na poczet kosztów postępowania 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego (...) tytułem wpisu od odwołania, w **ppkt 4.2** zasądziła od wykonawcy (...) na rzecz odwołującego (...) 7 500 zł tytułem zwrotu połowy wpisu uiszczonego od odwołania, w **ppkt 4.3** zniosła wzajemnie między stronami pozostałe koszty postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Izba nie podzieliła stanowiska (...), który podnosił, że w zakresie zarzutu nr 4 i nr 5 odwołanie powinno zostać odrzucone jako spóźnione. W ocenie (...) termin na postawienie omawianych zarzutów rozpoczął bieg od przekazania wykonawcom zaproszenia do aukcji elektronicznej, czyli uznania przez zamawiającego, że ich oferty nie podlegają odrzuceniu.

Skład rozpoznający przedmiotowe odwołanie opierając się na zgromadzonym materiale procesowym oraz mając na uwadze, że istotna jest treść wezwania, a zarazem treść udzielonych wyjaśnień dotyczących wysokości skalkulowanej ceny, a nie podstawa prawna wezwania podana przez zamawiającego zauważył, że dokumenty te jednoznacznie wskazywały, że po aukcji elektronicznej zamawiający kontynuował badanie i ocenę oferty wykonawcy (...) w przedmiocie zaoferowanej ceny, w zakresie objętym zaskarżeniem, co zakończono wyborem tej oferty jako najkorzystniejszej. Zgodnie więc z art. 515 ust. 1 lit. a Pzp termin na postawienie przedmiotowych zarzutów rozpoczął bieg 19 stycznia 2023 r., czyli od dnia przekazania wykonawcom informacji o wyborze i upłynął 30 stycznia 2023 r., więc został właściwie zachowany przez odwołującego.

Wskutek wniesionego przez wykonawcę (...) sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów nr: 2, 3, 4 i 5 odwołania, mając na uwadze dyspozycję art. 522 ust. 4 w zw. z art. 568 pkt 3 Pzp Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 1 odwołania.

Powołując się na treść art. 554 ust 1 pkt 1 Pzp oraz uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w oparciu o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną pomiędzy

zamawiającym a wykonawcami, mając na względzie zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu, uwzględniając odpowiedź na odwołanie, stanowiska przystępujących oraz oświadczenia złożone w toku rozprawy, Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu nr 2 i nr 5 odwołania, co skutkowało nakazaniem zamawiającemu dokonania unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty przystępującego (...). Oddalone zostały natomiast zarzuty nr 3 i nr 4.

Izba wskazała, że stan faktyczny nie był między stronami sporny, zaś strony różniły się oceną prawną zaistniałych okoliczności faktycznych. Skład orzekający dodatkowo ustalił, iż po wyborze oferty najkorzystniejszej, poza czynnościami składającymi się na badanie i ocenę ofert przed rozstrzygnięciem przetargu, zamawiający w dniu 26 stycznia 2023 r. wezwał (...) do „ustosunkowania się do zarzutów przedłożonych przez Wykonawcę (...) Sp. z o. o. w piśmie z dnia 25.01.2023 r.” (jako podstawę podano art. 128 ust. 4 Pzp). (...) 30 stycznia 2023 r. złożył wyjaśnienia wraz z pięcioma załącznikami, w tym z uzasadnieniem zastrzeżenia informacji tajemnicą przedsiębiorstwa.

W ocenie składu orzekającego rozpoznawany zarzut nr 2 odwołania zasługiwał na uwzględnienie, ponieważ zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego (...) z powodu wprowadzenia w błąd co do okoliczności wykluczenia (...), które miało miejsce 29 listopada 2022 r. w ramach postępowania B. tj. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, mimo niepodzielania w całości oceny prawnej przedstawionej przez odwołującego, który w ramach ustalonych okoliczności faktycznych dopatrywał się także naruszenia art. 110 ust. 2 Pzp i wysnuł w ocenie Izby zbyt daleko idące wnioski dotyczące konieczności przedstawienia zaktualizowanego JEDZ czy zaniechania dokonania samooczyszczenia.

Izba przywołując przepisy art. 125 Pzp oraz 126 Pzp wskazała, że należy je wyklądać w związku ze sobą nie przez pryzmat czynności zamawiającego a przez pryzmat uregulowania stanu, który jest poddawany ocenie. Stan spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia nie jest zatem stanem wyłącznie konkretnego dnia, który może się zmieniać. Wykonawca powinien posiadać odpowiednią sytuację podmiotową od złożenia oferty w przetargu i w momencie wyboru oferty wykonawcy, jako oferty najkorzystniejszej, dalej powinien to być podmiot spełniający warunki udziału w przetargu, wobec którego nie zachodzą podstawy do wykluczenia.

Izba wskazała, że w ustalonym stanie rzeczy, zamawiający 19 stycznia 2023 r. wybrał ofertę (...) jako najkorzystniejszą, kiedy w międzyczasie (po dokonaniu weryfikacji oświadczenia wstępnego i dokumentów oraz oświadczeń składanych w trybie art. 126 Pzp) 29 listopada 2022 r.,

wykluczono tego wykonawcę z innego postępowania – B. (...) tuż przed wyborem oferty, (...) podlegał wykluczeniu z postępowania, którego dotyczy rozpoznawane odwołanie, ze względu na wprowadzenie innego zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 111 ust. 6 Pzp). Zatem zdaniem Izby, ponieważ doszło do okoliczności implikujących konieczność wykluczenia przystępującego (...) z przetargu, zamawiający obowiązany był tej czynności dokonać, niezależnie w jakim momencie i w jaki sposób dowiedział się o utracie wymaganej zdolności podmiotowej przez przystępującego. Skoro zamawiający dokonując wyboru oferty (...) nie był świadomy okoliczności dotyczących konieczności utraty przez tego wykonawcę wymaganej zdolności podmiotowej i wybrał podmiot podlegający wykluczeniu z przetargu, to został przez niego wprowadzony w błąd.

W ocenie składu orzekającego (...) formułując argumentację, w której wskazuje, że przepisy Pzp nie nakładają na wykonawcę obowiązku aktualizowania swojego oświadczenia z własnej inicjatywy, po upływie terminów na przedstawienie dokumentów przesuwają ciężar zakresu analizy wymaganej do rozstrzygnięcia sprawy w inną sferę, która nie jest rzeczywiście do tego niezbędna.

Izba nie miała wątpliwości, że odtwarzając wzorzec należytego zachowania (zgodnie z zasadami ogólnymi Pzp oraz art. 16 ust. 1 Pzp) w takiej sytuacji, inicjatywą w poinformowaniu zamawiającego, że zachodzą wobec wykonawcy podstawy do wykluczenia należało obarczyć wykonawcę, a nie uznać, że skoro zamawiający nie zapytał, to wykonawca nie musiał ujawniać, że należy go wykluczyć, bo jedynym obowiązkiem była odpowiedź na wezwanie (np. w trybie 126 Pzp). Szczególnie, że do wykluczenia doszło już po składaniu oświadczeń i dokumentów w ramach wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, więc zgodnie z procedurą, co do zasady, zamawiający nie wzywa wykonawcy kolejny raz.

Izba zwróciła uwagę, że ustawodawca nie posłużył się formułą, że wykluczeniu podlega wykonawca, który wyłącznie na określoną datę posiada jakieś cechy, tylko taki, który te cechy posiada w ogóle. Wskazała przy tym na zamknięty charakter katalogu podstaw wykluczenia określonego w art. 108 Pzp i 109 Pzp. Izba upatrywała tym samym, wbrew stanowisku (...), podstaw wymagających uczciwego zachowania wobec wykonawcy w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Dodając, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występują zasady naczelne, stanowiące wytyczne dla standardów zachowania się wykonawcy i sankcję za działanie nielojalne, nieuczciwe uregulowaną w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp.

W ocenie Izby, doprowadzenie do naruszenia obowiązku lojalnego zapewnienia aktualności wiedzy zamawiającego przez wykonawcę poprzez zaniechanie wyczerpuje dyspozycję tej normy - wykonawca bowiem poprzez brak działania nie uchyła faktu, że przedstawione przez

nego wcześniej informacje nie są aktualne, a zatem wywołują po stronie zamawiającego stan błędu mający istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu. Zaznaczyła także, że odczytanie tej regulacji w sposób, w jaki oczekiwalby tego (...) skutkowałoby stanem, w którym wykonawca byłby premiowany za „przechytrzenie” zamawiającego, sprytnie ukrycie przed nim rzeczywistych okoliczności faktycznych i dzięki temu zdobycie umowy, której zgodnie z przepisami nie powinien móc realizować. W związku z tym w ocenie Izby przedstawiona przez (...) argumentacja nie była przekonująca, gdyż należało uznać, że art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp wymaga od wykonawcy aktywnego działania celem zapewnienia, że przedstawione przezeń informacje nie wprowadzają zamawiającego w błąd w całym okresie postępowania, a nie tylko w tym momencie, w którym są fizycznie zamawiającemu przedstawiane.

Izba stwierdziła, że przystępujący działał niedbale, co należało ocenić przez zawodowy charakter działalności wykonawcy na rynku zamówień publicznych (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp). Działanie niedbale polegało na braku ustalenia prawidłowego wzorca postępowania, zgodnie z którym wykonawca powinien się zachować, a przez to - chociaż w innych sytuacjach przystępujący potrafił zaktualizować przekazywane zamawiającemu informacje (dokument pt. aktualizacja samooczyszczenia) - to w tym przypadku, w którym było to dla niego niekorzystne, usiłował wywodzić brak takiego obowiązku. Z uwagi zaś na przedstawione przez (...) uzasadnienie swojego rozumowania, co prawda w ocenie Izby nieprawidłowe, to trudno było przypisać temu wykonawcy na tej podstawie działanie umyślne (art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp).

Brak poinformowania przez (...) zamawiającego o fakcie, że 29 listopada 2022 r. w ramach postępowania B. został wykluczony z postępowania, zatem *ex lege* powinien być wykluczony przez innych zamawiających przez okres roku (art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 111 ust. 6 Pzp), wprowadził zamawiającego w błąd i skutkowało wyborem oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, kiedy w ocenie Izby wykonawca powinien zostać wykluczony, więc miało to bezpośredni wpływ na wadliwą decyzję zamawiającego w postępowaniu, czyli nieprawidłowe rozstrzygnięcie przetargu.

Izba zatem uwzględniła zarzut i nakazała zamawiającemu wykluczyć wykonawcę (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Skład orzekający zauważył także, że odwołujący zarzucił przystępującemu (...) brak złożenia aktualizacji samooczyszczenia wobec przetargu w postępowaniu B. w sytuacji złożenia takiego dokumentu po wyeliminowaniu go przez GDDKiA Oddział w K., co było w ocenie odwołującego kontynuacją wzorca zachowania przystępującego. W ocenie Izby jednak niezależnie od tego czy miałyby to być aktualizacja *selfcleaningu*, aktualizacja JEDZ, wyjaśnienia, czy jakakolwiek inna forma informacji, to istotnym jest aby inicjatywa jej przekazania

zamawiającemu była po stronie (...), bez wskazania konkretnej formy, więc obecnie nie doszło do naruszenia art. 110 ust. 2 Pzp.

W przedmiocie zarzutu nr 3 odwołania skład orzekający wskazał, że odwołujący skupił się na rzekomym braku prawidłowego skutku *selfcleaningu* dokonanego przez (...), bez szczegółowego odniesienia się w odwołaniu do okoliczności powodujących konieczność dokonania przez (...) samooczyszczenia i podjętych przez tego wykonawcę środków zaradczych, które opisano na str. 3-5 wyjaśnień z dnia 16 września 2022 r. (które do dnia 07.02.23 r. były zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa). Izba dodała, że przedstawiono jej hipotezę odwołującego o pozornym samooczyszczeniu, która nie poddaje się weryfikacji, ponieważ pierwszym elementem umożliwiającym rozpoczęcie oceny skuteczności dokonanego samooczyszczenia powinno być wykazanie, że do kolejnego wprowadzenia zamawiającego w błąd (postępowanie B.) doszło w zbieżnych okolicznościach faktycznych popełnianego błędu, a nie tylko w ramach jednej podstawy prawnej wykluczenia, czego w odwołaniu zabrakło.

Odwołujący nie kwestionował przy tym prawidłowości/adekwatności podejmowanych przez (...) środków naprawczych w zakresie konkretnego wadliwego zachowania, tylko generalnie ich skuteczność. Izba powołując się na określone w art. 110 ust. 2 Pzp środki naprawcze i ich istotę wskazała, że nie sposób skutecznie wywodzić, że samooczyszczenie było jedynie formalnym wypełnieniem tego obowiązku.

Nadto Izba uwzględniła również stanowisko (...), że przekazanie zamawiającym informacji wprowadzających w błąd w obu przypadkach wykluczenia wynikało z innych przyczyn, dotyczyło odmiennych przedmiotów zamówienia, odbywało się z udziałem różnych regionów (...) i różnych zespołów składających ofertę, a także, iż doszło do zupełnie innego rodzaju uchybień.

W ocenie składu orzekającego nie sposób było uznać, że podejmowane przez (...) środki zaradcze będą skuteczne wobec wszystkich przyszłych rodzajów nieprawidłowości, niezależnie od okoliczności ich powstania, nawet jeżeli uchybienia będą zawierać się w jednej podstawie prawnej do wykluczenia z postępowania (tu wprowadzenie zamawiającego w błąd). Innymi słowy, skoro podjęto środki, które zostały dopasowane do konkretnego uchybienia, to nie sposób generalizować, że będą one efektywne dla wszystkich potencjalnie występujących uchybień, pomimo że ogólnie służą one unikaniu popełniania błędów.

Z uwagi na powyższe Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o pozornym samooczyszczeniu (...) i oddaliła omawiany zarzut nr 3.

W zakresie zarzutu nr 4 i nr 5 dotyczących rażąco niskiej ceny odwołujący zarzucił zamawiającemu nieprawidłowe, wielokrotne wzywianie (...) do składania wyjaśnień

dotyczących poziomu zaoferowanej ceny.

W ocenie składu orzekającego postępowanie dotyczące wyjaśniania ceny oferty (...) zostało przeprowadzone przez zamawiającego w sposób właściwy i skrupulatny. Opierając się na materiale procesowym Izba stwierdziła, że w postępowaniu, w toku badania i oceny ofert, zaistniały uzasadnione podstawy do dopytania (...) o dodatkowe okoliczności skalkulowania ceny, które stanowiły rozwinięcie pierwszych, dość obszernych wyjaśnień. Zatem nie sposób było uznać w ocenie Izby że wezwania zamawiającego dotyczące uszczegółowienia przedłożonej kalkulacji było nieprawidłowe. Wystosowane wezwania do złożenia wyjaśnień należało ocenić prawidłowo, problemem w sprawie okazały się natomiast wadliwie wyciągnięte przez zamawiającego z ich treści wnioski, i to, czego w wyjaśnieniach zabrakło.

Zatem w ocenie Izby zamawiający w sposób należyty przeprowadził badanie ceny oferty przystępującego, dokonując szerokiego, obiektywnie uzasadnionego wezwania do przedstawienia elementów kalkulacji, przez co zarzut nr 4 odwołania został oddalony jako bezpodstawny.

Niemniej jednak skład orzekający podzielił stanowisko odwołującego i uwzględnił zarzut nr 5.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu wadliwą ocenę wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny (...) ponieważ nie wykazano realnych kosztów utrzymania personelu stałego przez cały okres realizacji kontraktu. Zdaniem strony zmniejszenie wynagrodzenia personelu w końcowych etapach realizacji umowy jest na kanwie SWZ niedopuszczalne, więc do prawidłowej kalkulacji należało przyjąć pełne koszty personelu stałego - tożsamo jak w okresie podstawowym, co powodowało zaniżenie tych kosztów w okresie wydłużonym i w okresie wykraczającym poza okres wydłużony.

Izba zgodziła się w całości ze stanowiskiem odwołującego, że istnieje znacząca rozbieżność kalkulacji ceny przystępującego dotycząca kosztów personelu stałego w poszczególnych okresach realizacji zamówienia.

(...) oświadczył, że wziął pod uwagę zmniejszenie liczby i zaangażowania personelu, kiedy SWZ wskazuje na niezmiennosc personelu stałego przez cały okres realizacji zamówienia (por. pkt 3.1 ppkt 6 OPZ ad dostępności tego personelu w wymiarze całego etatu, § 9 ust. 12 wzoru umowy dotyczący zasad zastępowania na czas urlopu/innej uzasadnionej nieobecności, § 9 ust. 7 wzoru umowy dotyczący bezwzględnego zakazu podejmowania dodatkowego zajęcia zarobkowego przez inżyniera projektu i inżyniera rezydenta kontraktu budowlanego i względny zakaz (uchylany za zgodą zamawiającego) dla pozostałych członków zespołu). W szczególności redukcja pracochłonności tej kadry, na późniejszym etapie realizacji zamówienia, nie spowoduje automatycznego zmniejszenia liczebności personelu, ponieważ zależy to od arbitralnej decyzji zamawiającego - także na uznany przez niego okres, o ile zamawiający wyrazi taką zgodę (§ 9 ust.

15 wzoru umowy). Tym samym wykonawca, aby należycie skalkulować cenę oferty powinien założyć, że dokładnie taki sam koszt personelu stałego będzie musiał ponosić w okresie podstawowym i w okresach wydłużonych. Wynika to z faktu, że wymiar zatrudnienia w okresach wydłużonych nie ulega i nie może ulec swobodnej zmianie, co oznacza, że automatycznemu zmniejszeniu nie mogą ulec także koszty wynagrodzenia personelu stałego.

W ocenie Składu rozpoznającego przedmiotowe odwołanie wykonawca ma obowiązek wykazania wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być jednak konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty (wyrok SO w Warszawie z dnia 25 listopada 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 113/21).

Skład orzekający stwierdził, że (...) nie sprostał obowiązkowi wyrażonemu w art. 224 ust. 5 Pzp i nie udowodnił realności swojej ceny, zatem jego oferta powinna zostać przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp. Z przedstawionych przez (...) wyjaśnień wraz z dowodami nie sposób było wywieść, aby obalono domniemanie zaoferowanie ceny rażąco niskiej w zakresie prawidłowej kalkulacji wynagrodzenia zespołu stałego w okresie wydłużonym i w okresie wykraczającym poza okres wydłużony (12 miesięcy + 3 miesiące). Zatem nie można było uznać, że zaoferowana cena jest wartością realną, rynkową i pozwala na należyte wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami umowy. Wyjaśnienia przystępującego było w ocenie Izby niekompletne i niewystarczające. Zamawiający, który wystosował do (...) trzykrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień, oczekiwał przedłożenia szczegółowych założeń, jakie ten, który jest profesjonalnym podmiotem działającym na rynku budowlanym, przyjął na etapie kalkulowania swojej oferty. Czego (...) nie uczynił. Izba dodała, że nawet gdyby przyjąć, że warunki zamówienia umożliwiają zmianę wynagrodzenia personelu stałego - pomimo, że nic takiego z SWZ nie wynika, (...) także nie udowodnił tej okoliczności - to w wyjaśnieniach ceny nie przedstawiono szczegółowej kalkulacji dla poszczególnych osób w okresach wydłużonych. Nie złożono także zamawiającemu żadnych dowodów, że osoby te zgodzą się na redukcję wynagrodzenia, kiedy z doświadczenia życiowego i logiki wynika, że wykwalifikowany personel, któremu przystępujący miesięczne wypłaca wynagrodzenie np. 12 000 zł w okresie podstawowym, w okresie wydłużonym umowy nie będzie pracował za minimalne wynagrodzenie.

Skład orzekający wskazał także, że dowodzenie w zakresie realności zaoferowanej ceny może się odbywać wyłącznie na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu (wyrok SO w Warszawie 7 października 2020 r. sygn. akt XXIII Ga 1131/20, wyrok z 25 października 2021 r.

sygn. akt XXIII Zs 94/21).

Argumentacja (...), który dopiero na rozprawie zaczął szczegółowo wyjaśniać sposób kalkulacji ceny dotyczący zespołu stałego na ostatnich etapach realizacji kontraktu była w ocenie Izby spóźniona i nie mogła świadczyć o zaoferowaniu realnej ceny.

Skład orzekający uwzględnił zarzut nr 5 odwołania ponieważ w weryfikowanych wyjaśnieniach sposobu kalkulacji ceny przedłożonych zamawiającemu przez (...) zabrakło faktycznego wykazania prawidłowości wyliczenia kosztów dotyczących wynagrodzenia personelu stałego przez cały wymagany okres realizacji zamówienia, w konsekwencji brak było możliwości stwierdzenia, że oferta zawiera realną, ekwiwalentną i prawidłowo skalkulowaną cenę. (...) nie obalił zatem domniemania rażąco niskiej ceny, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty przez zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód ze złożonych przez (...) dokumentów (cztery wyciągi z umów) na okoliczności wskazane przez stronę, jednakże dowody te okazały się nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.

Krajowa Izba Odwoławcza częściowo uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na nieprawidłowy wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ wybrano ofertę (...), która powinna zostać odrzucona przez zamawiającego.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania wydano na podstawie art. 575 Pzp obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem brzmienia § 7 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Zdanie odrębne w zakresie punktu 2 podpunkt 2.2 litera a) wyroku z dnia 13 lutego 2023 r. wyraził także jeden z członków składu orzekającego.

W jego ocenie rozstrzygnięcie w zakresie uwzględnienia odwołanie poprzez uznanie za uzasadniony zarzut naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty (...), pomimo iż wykonawca ten nie wykazał okoliczności wskazanych w art. 110 ust. 2 Pzp dla wykluczenia, które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 roku w ramach postępowania prowadzonego przez GDDKiA Oddział w B. na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 25 w m. B.” należy uznać za nietrafne.

Zdaniem członka składu nie było podstaw do przyjęcia, że (...) był zobowiązany „zaktualizować dokumenty samoocyszczenia” czy „poinformować Zamawiającego w ramach niniejszego postępowania, iż w stosunku do niego zaktualizowały się kolejne przesłanki wykluczenia”. W Pzp nie ma przepisu, z którego wynikałaby norma zobowiązująca wykonawcę do poinformowania zamawiającego w jednym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wykluczeniu tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z własnej inicjatywy, w sytuacji, gdy wykonawca ten nie składa w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, czy oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, w zakresie podstawy wykluczenia z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, o którym mowa w § 2 ust. 1 pkt 7) rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy.

Charakter normy sankcyjnej wynikający z przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp wskazuje, że winien on być interpretowany ściśle. W szczególności dotyczy to sformułowania „przedstawił informacje wprowadzające w błąd”, którego wykładnia powinna prowadzić do wniosku, że do „przedstawienia informacji” dochodzi wyłącznie wtedy, gdy wykonawca podejmuje czynność; nie zaś wtedy, gdy niebyło uznać, że (...) wprowadził Zamawiającego w błąd „co do okoliczności wykluczenia wykonawcy, które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 r. w ramach” ww. postępowania, a konsekwencji iż powinien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp.

Skargę na powyższe orzeczenie wniósł wykonawca (...) (dalej też jako skarżący) zaskarżając wyrok KIO w części, tj. w zakresie uwzględniającym odwołanie (...) tj. pkt 2 wyroku i w konsekwencji również w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach (pkt 4 wyroku).

Rozstrzygnięciu zarzucono naruszenie:
przepisów postępowania, tj.:

1. art. 542 ust. 1 Pzp w zw. z art. 552 ust. 1 Pzp oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszechstronnej oceny dowodów oraz zaniechanie rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności błędną ocenę dowodu - wezwania z dnia 21 grudnia 2022 r. i odpowiedzi (...) z dnia 28 grudnia 2022 r., a w konsekwencji uznanie, że stanowiły one kontynuację wyjaśnień ceny oferty (...) oraz błędne przyjęcie, że po aukcji elektronicznej Zamawiający kontynuował badanie i ocenę oferty (...) w zakresie rażąco niskiej ceny, a więc termin na wniesienie odwołania w zakresie rażąco niskiej ceny oferty

(...) rozpoczął bieg w dniu 19 stycznia 2023 r., w konsekwencji zaniechanie odrzucenia odwołania w zakresie zarzutu dot. rażąco niskiej ceny oferty (...),

2. art. 528 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia odwołania wniesionego przez (...) w zakresie zarzutu z pkt 5 odwołania
3. art. 542 ust. 1 Pzp w związku z art. 552 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszechstronnej oceny dowodów oraz zaniechanie rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy, w szczególności błędną ocenę dowodu - wyjaśnień ceny złożonych przez (...), a w konsekwencji uznanie, że (...) nie wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska, a zatem, że podlega ona odrzuceniu,
4. art. 542 ust. 1 Pzp w związku z art. 552 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia wszechstronnej oceny dowodów oraz zaniechanie rozpatrzenia wszystkich okoliczności sprawy i błędne przyjęcie, w ślad za (...), że uproszczone porównanie kosztów personelu stałego w ramach Okresu podstawowego (tj. kosztów z Załącznika 1B) do kosztów przyjętych przez (...) jako koszty realizacji Okresu wydłużonego i Okresu pierwszych trzech miesięcy ponad Okres wydłużony, świadczy o niedoszacowaniu ceny oferty (...),

przepisy prawa materialnego, tj.:

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przez ich nieprawidłową wykładnię i niewłaściwe zastosowanie co doprowadziło do błędnego uznania, że (...) podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp z uwagi na wprowadzenie zamawiającego z błąd co do okoliczności wykluczenia wykonawcy, które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 r. w ramach postępowania B.
6. art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp poprzez nieprawidłową wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że brak samodzielnej aktualizacji złożonych wcześniej dokumentów w zakresie podstaw wykluczenia, stanowi „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd”,
7. art. 126 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której Zamawiający wskutek wniesionego odwołania mógł co najwyżej powziąć informacje co do braku aktualności informacji w zakresie podstaw wykluczenia (...), co w konsekwencji doprowadziło do nakazania odrzucenia oferty (...) zamiast do nakazania wezwania (...) do przedstawienia aktualnych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia;
8. art. 232 ust. 1 Pzp poprzez nieprawidłową wykładnię co doprowadziło do błędnego uznania, że zaproszenie (...) do aukcji elektronicznej nie było równoznaczne z uznaniem oferty (...) za niepodlegającą odrzuceniu,
9. art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 Pzp poprzez nieprawidłową wykładnię i

niewłaściwe zastosowanie co doprowadziło do błędnej oceny złożonych przez (...) wyjaśnień ceny i błędnego uznania, że oferta (...) zawiera rażąco niską cenę i związku z tym podlega odrzuceniu.

Mają powyższe zarzuty na uwadze skarżący wniósł o uwzględnienie skargi oraz zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 13 marca 2023 r. w zakresie pkt 2 i 4 wyroku, tj. poprzez: odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu z pkt 5 petitum odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp, oddalenie odwołania w zakresie zarzutu z pkt 2 petitum odwołania oraz w przypadku nieuwzględnienia zarzutów skutkujących odrzuceniem odwołania w zakresie zarzutu z pkt 5 petitum odwołania, o oddalenia odwołania również w zakresie zarzutu z pkt 5 petitum odwołania oraz obciążenie (...) kosztami postępowania przed KIO a także obciążenie (...) kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym wraz z zasądzeniem kosztów na rzecz Skarżącego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający jako przeciwnik skargi w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie w całości jako bezzasadnej i pozbawionej podstaw oraz o zasądzenie na swoją rzecz od skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg. norm przepisanych.

(...) jako przeciwnik skargi w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie z uwagi na jej bezzasadność oraz zasądzenie od skarżącego na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w wysokości wynikających z właściwych przepisów.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Skarga wykonawcy (...) zasługiwała na uwzględnienie w zakresie, w jakim prowadziła do zmiany zaskarżonego wyroku KIO w zakresie pkt 2. częściowo uwzględniającego odwołanie i nakazującego zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy (...) z powodu: a) wprowadzenia zamawiającego w błąd co do okoliczności wykluczenia wykonawcy, które miało miejsce w dniu 29 listopada 2022 r. w ramach postępowania B. (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp).

Sąd Okręgowy podzielił niesporne ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą, które odnoszą się do opisu przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mające odzwierciedlenie w dokumentach wytworzonych w trakcie tego postępowania

i stanowiskach uczestników. Sąd Okręgowy nie podzielił częściowo ustaleń i oceny, a w konsekwencji uznał za trafny zarzut skarżącego błędnej interpretacji w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Sąd Okręgowy nie prowadził postępowania dowodowego, ani nie zmienił ustaleń faktycznych Krajowej Izby Odwoławczej, dlatego też na podstawie art. 387 § 2¹ k.p.c. (który na podstawie art. 579 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych znajduje odpowiednie zastosowanie również w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi) ograniczył się do przedstawienia jedynie wyjaśnienia podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp 10) z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Inaczej mówiąc wprowadzenie zamawiającego w błąd ma polegać na przedstawieniu, w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, informacji nieprawdziwych, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zarówno KIO jak i przeciwnik skargi wywodzili zaś, że skarżący naruszył ww. przepis ze względu na niepoinformowanie zamawiającego, że oferta (...) (skarżący) została odrzucona w postępowaniu prowadzonym przez GDDKiA Oddział w B. na „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz pełnienie nadzoru autorskiego dla zadania pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 25 w m. B.” na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a. Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

W ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza dokonała nieprawidłowej interpretacji artykułu 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. i rozszerzyła podstawy prawne zarzutu wykluczenia (...) z niniejszego postępowania.

Zgodnie z ustalonym stanem faktycznym wykluczenie wykonawcy (...) z postępowania „B.” nastąpiło już po złożeniu przez tego wykonawcę w niniejszym postępowaniu oferty (16 marca 2022 r.) jak i oświadczenia (16 września 2022 r.), o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp tj. dotyczącym aktualności informacji zawartej w oświadczeniu. Wykluczenie (...) z postępowania „B.” miało zaś miejsce w 29 listopada 2022 r. Wobec tego zarówno w dniu złożenia oferty, jak i w dniu uzupełnienia dokumentów podmiotowych, w tym

aktualizacji JEDZ i samooczyszczenia, skarżący (wykonawca (...)) nie miał i nie mógł mieć wiedzy, że zostanie wykluczony z innego postępowania prowadzonego z jego udziałem. Poza sporem pozostaje fakt, że okoliczności te nastąpiły kilka miesięcy później.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący przekazał zamawiającemu zgodne z prawdą, rzetelne informacje w zakresie braku spełnienia przesłanek wykluczenia, tj. zgodnie z wiedzą skarżącego na dzień sporządzania odpowiednich oświadczeń. W ocenie Sądu nie można zarzucić wykonawcy (...), że w dacie sporządzania przedmiotowych oświadczeń zataił informację o wykluczeniu z postępowania B., czy wprowadził zamawiającego w tym zakresie w błąd, gdyż jak bezspornie wskazuje ustalony stan faktyczny wykonawca ten na tamtym etapie postępowania nie miał wiedzy o takim rozstrzygnięciu. Wskazać także należy, że ustawa prawo zamówień publicznych wbrew stanowisku Izby wyrażonym w uzasadnieniu nie zobowiązuje wykonawcy do samodzielnego dokonywania aktualizacji samooczyszczenia, w sytuacji kiedy ta okoliczność nie miała miejsca tj. w chwili składania oferty, czy dokonywania aktualizacji tego oświadczenia. Co więcej, ustawa prawo zamówień publicznych przewiduje terminy na złożenie stosownych dokumentów. Zatem w świetle obowiązujących przepisów wykonawca nie ma obowiązku, a nawet uprawnienia do składania zamawiającemu dokumentów bez stosownego wezwania do dokonania takiej czynności. Owszem należy zgodzić się ze stanowiskiem Izby, że brak dokonania aktualizacji samooczyszczenia mógłby zostać potraktowany, jako niedochowanie rzetelności, czy też lojalności w standardach, jakie powinny przyświecać postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niemniej jednak, gdyby taki obowiązek istniał, to należy przypuszczać, iż ustawodawca dałby temu odpowiedni wyraz, stosownie to regulując.

W ocenie Sądu Okręgowego okoliczność, że wykonawca (...) przekazał informacje zamawiającemu, które w późniejszym etapie uległy zmianie, nie może być traktowane jako wprowadzenie zamawiającego w błąd. Zauważyć należy, że możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust 1 pkt 10 Pzp zachodzi w sytuacji, gdy spełnione są trzy przesłanki, tj. przedstawienia informacji wprowadzających w błąd; uczynienia tego w wyniku niedbalstwa lub lekkomyślności; przedstawione informacje zaś muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jak wynika zaś z ustalonego stanu faktycznego, czego nie podważa żadna ze stron, skarżący (...) nie przedstawił zamawiającemu informacji wprowadzających błąd, zaś KIO jak i przeciwnik skargi (...) wywodzili jedynie, że wykonawca nie poinformował o zmianie okoliczności dotyczących jego uczestnictwa w postępowaniu. Nie można w ocenie Sądu Okręgowego zrównywać bierności wykonawcy, czy też braku podjęcia czynności przez wykonawcę w sytuacji, gdy nie był do tego zobowiązany, do faktycznego przedstawienia zamawiającemu

informacji wprowadzających w błąd, w szczególności, mając na uwadze skutki, jakie niesie dla wykonawcy naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Zasady ogólne Pzp, jak i charakter samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga zarówno od zamawiającego, jak i wykonawców rzetelności w przedstawianych oświadczeniach. Niemniej jednak nie można zapominać, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się wysokim formalizmem. Mimo, iż formalizm tego rodzaju postępowania nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp, to jednak przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. A nie ulega wątpliwości, że wykonawca (...) 16 września 2022 r. złożył na wezwanie zamawiającego aktualizację wyjaśnień samooczyszczenia dotyczącą przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Zamawiający w późniejszym okresie nie kierował do wykonawcy (...) innego wezwania (w trybie art. 126 Pzp) w tym zakresie ani do uzupełniania dokumentów, jak też do złożenia wyjaśnień.

Izba w ocenie Sądu Okręgowego błędnie przyjęła, że (...) był zobowiązany do samodzielnej aktualizacji samooczyszczenia. W ocenie składu rozpoznającego niniejszą skargę nie ma takiego obowiązku, a prawo zamówień publicznych nie nakłada na wykonawcę takiego obowiązku aktualizowania oświadczenia z własnej inicjatywy w szczególności po upływie terminów na złożenie stosownych dokumentów.

Przechodząc zaś do kolejnych zarzutów skargi, zauważyć należy, że Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do zarzutów odwołania, jak i wywody zawarte w uzasadnieniu wyroku Izby. Zauważyć też należy, iż w istocie wywody zawarte w części merytorycznej skargi, odnoszące się pozostałego zakresu niż omówiony powyżej, sprowadzają się do prezentowania przez skarżącego własnej, a konkurencyjnej wobec Krajowej Izby Odwoławczej oceny faktycznej i prawnej sprawy. W ocenie Sądu Okręgowego, Krajowa Izba w sposób staranny, wyczerpujący i wszechstronny rozważyła wszystkie dowody przeprowadzone w toku rozprawy. Ocena materiału dowodowego została dokonana w sposób wszechstronny i bezstronny, nie naruszała granic oceny swobodnej, była zgodna z zasadami doświadczenia życiowego oraz nie zawierała błędów faktycznych lub logicznych, stąd ustalenia te Sąd Okręgowy uznaje za własne. Sąd Okręgowy w całości podziela także argumentację prawną przedstawioną przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w odniesieniu do pozostałych a nie omówionych powyżej zarzutów skargi.

W szczególności, wbrew zarzutom zawartym w skardze, Krajowa Izba Odwoławcza dokonała prawidłowej oceny przedstawionego i powoływanego w toku postępowania materiału dowodowego w zakresie terminu do wniesienia odwołania w zakresie ceny oferty (...) jak i

braku wykazania przez wykonawcę (...), że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Zauważyć tu bowiem należy, iż rozpoznając odwołanie Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp). W niniejszej sprawie Izba dokonała swobodnej i wszechstronnej oceny zgłoszonych dowodów. W ocenie Sądu sama nawet możliwość wywiedzenia z danego materiału dowodowego innych, niż wywodzi to skarżący wniosków, nie narusza jeszcze zasady swobodnej oceny dowodów i nie świadczy o braku logicznego powiązania przyjętych wniosków z zebraniem materiałem dowodowym.

Odnosząc się zatem do zarzutu zachowania terminu do wniesienia odwołania w przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny, Sąd podzielił ustalenia poczynione przez Izbę jak i wywiedzioną z tego interpretację prawną, jak również podzielił w szczególności interpretację przedstawioną przez wykonawcę (...) jako przeciwnika skargi w odpowiedzi na skargę.

W ocenie skarżącego bieg terminu powinien nastąpić od dnia przekazania wykonawcom zaproszenia do aukcji elektronicznej, czyli uznania przez zamawiającego, że ich oferty nie podlegają odrzuceniu. Tymczasem po aukcji elektronicznej zamawiający wzywał skarżącego do wyjaśnień między innymi wymiaru etatu personelu zespołu stałych oraz kosztu zapewnienia członków personelu, poprzez wskazanie, czy całkowite koszty ponoszone przez skarżącego w związku ze współpracą z osobami wymienionymi w załączniku 1 B do formularza ofertowego, będą ograniczać się do kwot wskazanych w treści tego załącznika. Wezwanie zostało wystosowane w trybie art. 128 ust 4 Pzp w dniu 21 grudnia 2022 r. Mimo oczywiście błędnej podstawy prawnej tego wezwania należy zgodzić się ze stanowiskiem szczegółowo omówionym przez KIO, że w tym zakresie należy oprzeć się na treści tego wezwania. Nie ulega także wątpliwości, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występują podmioty profesjonalne, które w ocenie Sądu mają świadomość wezwania w zakresie wyjaśnienia ceny/kwoty. Zatem wskazanie przez Zamawiającego nieprawidłowej podstawy prawnej nie jest w ocenie Sądu elementem nie mogącym nadać stosownego charakteru temu pismu.

Nie można także tracić z pola widzenia, że odwołanie nie kwestionuje czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, a jedynie czynność wyboru oferty jako najkorzystniejszej, a ta czynność miała miejsce 19 stycznia 2022 r.

Czynność zaproszenia do aukcji nie jest w ocenie Sądu równoznaczna z czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej, czy też nawet z czynnością oceny ofert. W ocenie Sądu Okręgowo wykonawca (...) na tamtym etapie postępowania nie miał podstaw by skarżyć czynność zaproszenia skarżącego do aukcji elektronicznej. Zauważyć należy, na co zwrócił uwagę także (...),

że na ówczesnym etapie postępowania wykonawca (...) nie miał wiedzy o wyjaśnieniach skarżącego, czy też nie miał możliwości zapoznania się z dokumentami podmiotowymi złożonymi przez wykonawcę (...).

Przypomnieć także należy, że zgodnie z art. 74 ust 2 Pzp załączniki do protokołu inne niż oferty udostępnia się dopiero po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania. To również wskazuje na prawidłowość w ustaleniu spornego terminu.

Przyjęcie odmiennego stanowiska skarżącego za prawidłowe doprowadziłoby w ocenie Sądu do zbyt formalistycznego odrzucenia takiego odwołania. Jak zostało to już wskazane powyżej, formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp, zaś przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy. Nie ulega zatem wątpliwości, że dopiero zapoznanie się przez wykonawców z dokumentacją prowadzonego postępowania daje podstawę do znalezienia nieprawidłowości, które w konsekwencji posłużą do próby podważenia dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Słusznie wskazał pełnomocnik wykonawcy (...) na rozprawie 16 czerwca 2023 r., że dopóki wykonawca nie zna pełnej dokumentacji, w szczególności tej zawartej w protokołach, odnośnie wyjaśnień składanych przez oferenta, w niniejszej sprawie przez wykonawcę (...), to nie zna pełnej oferty i nie ma nawet możliwości sformułowania odpowiedniego zarzutu np. rażąco niskiej ceny. W konsekwencji uznanie stanowiska skarżącego w tym zakresie za prawidłowe mogłoby doprowadzić do takich sytuacji, że w postępowaniach, w których jest aukcja elektroniczna, niemożliwym będzie skonstruowanie zarzutu, z uwagi na brak wiedzy w przedmiocie twierdzeń/oświadczeń/wskazań mogących stanowić bazę do jego zbudowania. A poza sporem pozostaje przecież okoliczność, że zarzut rażąco niskiej ceny odnosi się do wyjaśnień składanych przez wykonawców, nie zaś samej oferty.

Powyższe rozważania doprowadziły zatem Sąd do wniosku, że termin ten otworzył się jak słusznie wskazują (...), Zamawiający oraz Izba w chwili, kiedy wykonawca uzyskał pełną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, czyli w niniejszej sprawie oferty (...) tj. 19 stycznia 2023 r. Analiza zaś materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie potwierdziła ponadto, że po zaproszeniu do aukcji elektronicznej zamawiający kontynuował badanie i ocenę oferty wykonawcy (...) w przedmiocie zaoferowanej ceny, w zakresie objętym zaskarżeniem, co zakończono wyborem oferty jako najkorzystniejszej.

Po aukcji elektronicznej Zamawiający wzywał Skarżącego do wyjaśnień dotyczących wymiaru etatu personelu zespołów stałych oraz „kosztu zapewnienia członków personelu stałego,

poprzez wskazanie, czy całkowite koszty ponoszone przez wykonawcę, w związku z współpracą z osobami wymienionymi w Załączniku 1B formularza ofertowego, będą ograniczać się do kwot wskazanych w treści tego załącznika” – wezwanie z dnia 21 grudnia 2022 r. Z treści tego pisma – niezależnie od błędnie wskazanej podstawy prawnej przez Zamawiającego – jednoznacznie wynika, że po aukcji elektronicznej przeciwnik skargi kontynuował badanie i ocenę oferty Skarżącego w przedmiocie zaoferowanej ceny, w zakresie objętym zaskarżeniem, co zakończyło się wyborem oferty najkorzystniejszej. Oferty wykonawców zostały ocenione jedynie wstępnie i dopuszczone do aukcji elektronicznej. Zgodnie z treścią pkt 20.2 IDW – *po dokonaniu wstępnego badania i oceny złożonych ofert, w celu wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzona zostanie aukcja elektroniczna.* Następnie Przeciwnik skargi, mając wątpliwości odnośnie ceny – wzywał Skarżącego do jej uszczegóławiania.

Niezależnie od podstawy prawnej oraz treści wezwania z dnia 21 grudnia 2022 r. należy zaznaczyć, że samo zaproszenie do aukcji nie stanowi zakończenia oceny ofert i nie rozpoczyna biegu terminu na wniesienia odwołania. Odwołanie na tym etapie byłoby przedwczesne – jak słusznie podkreśla zarówno wykonawca (...), jak i Zamawiający - skoro sama oferta Skarżącego mogła podlegać modyfikacji w wyniku możliwych postępień. Bieg terminu na wniesienie odwołania na czynność oceny ofert (przyznania konkretnej punktacji) rozpoczyna się z dniem przekazania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej zawierającej wymagane art. 253 ust. 1 informacje, a nie z chwilą jej odczytu. (wyrok KIO z dnia 13 lutego 2023 r. KIO 259/23, wyrok z dnia 11 lipca 2018 r., sygn. akt 1248/18P. Wójcik A. Gawrońska – Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarza aktualizowany, LEX/el.2023, art. 515)

W ocenie Sądu Okręgowego odwołanie w przedmiocie zarzutu rażąco niskiej ceny zostało wniesione w terminie. Zgodnie zaś z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit a. termin ten upłynął 30 stycznia 2023 r.

Na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut w przedmiocie uwzględnienia odwołania wniesionego przez (...) w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub

kosztu, lub ich istotnych części składowych. Wyjaśnienia te mogą w szczególności dotyczyć: 1)

zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Mając na względzie dosłowne brzmienie art. 224 Pzp należy przyjąć, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną winno się uwzględnić zarówno cenę całej oferty, jak i jej części składowych, przy czym wyłącznie tych, które z punktu widzenia całej oferty można uznać za istotne. Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu w trybie art. 224 Pzp należy wykazać, że jej zniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty (*wyrok KIO z dnia 27 sierpnia 2020 r., KIO 1453/20*).

O cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień, wskazująca na możliwość wykonania zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy lub roboty budowlanej lub ofertę zawierającą cenę nierealną z punktu widzenia logiki, doświadczenia życiowego oraz racjonalnego gospodarowania. W doktrynie i orzecznictwie podnosi się także, że cena rażąco niska to cena nierealna, niepozwalająca na realizację zamówienia z należytą starannością, wskazująca na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku. Przykładem oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie oferta z ceną poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo symboliczna cena. Złożenie oferty z

rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia może być konsekwencją świadomego

działania wykonawcy albo braku staranności wykonawcy w obliczeniu ceny oferty zgodnie z przyjętym przez zamawiającego sposobem obliczenia ceny (*vide: Komentarz do art. 90 ustawy - Prawo zamówień publicznych. J.E. Nowicki – Lex; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 23 maja 2018 r., XXIII Ga 209/18*).

Sąd Okręgowy przeanalizował całe postępowanie, które miało miejsce zarówno przed wniesieniem przedmiotowego odwołania, jak i wyjaśnienia składane przez wykonawcę (...). Analiza tych dokumentów wyraźnie wskazała, że wyjaśnienia wykonawcy cały czas ewoluowały w bliżej nieokreślonym kierunku bez szczegółowych i konkretnych wyjaśnień. Zebrany w sprawie materiał dowodowy doprowadził Sąd Okręgowy do przekonania o słuszności stanowiska Izby w zakresie istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez skarżącego.

Przypomnieć należy, że zamawiający, prowadząc postępowanie wyjaśniające prawidłowość skalkulowania ceny przez (...), wzywał tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień: 1) 18 maja 2022 r. - w odpowiedzi na wezwanie złożono wyjaśnienia 31 maja 2022 r. wraz z załącznikami, 2) 4 lipca 2022 r. - w odpowiedzi na wezwanie złożono wyjaśnienia z dnia 8 lipca 2022 r. wraz z załącznikami, 3) 21 grudnia 2022 r. - w odpowiedzi na wezwanie złożono wyjaśnienia 28 grudnia 2022 r.

Analiza wyjaśnień wykonawcy (...) wskazuje na niedoszacowanie jego oferty w zakresie okresu wydłużonego umowy. Wykonawca ten w swoich wyjaśnieniach koncentrował się raczej na omówieniu kosztów personelu stałego niż na odniesieniu się do kosztu personelu w okresie wydłużonym.

Wskazać należy, że przepisy Pzp wprost nakładają na wykonawcę, który został wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W tym miejscu należy podkreślić, że wykazać, oznacza, coś więcej, aniżeli jedynie wyjaśnić. Dla owego "wykazania" często nie wystarczą same deklaracje i twierdzenia. Wykonawca jest zobowiązany nie tylko wyjaśnić, ale także udowodnić, czy choćby uprawdopodobnić wysokość kosztów skalkulowanych w cenie oferty. Co wystarczy dla owego "wykazania", to będzie zależało w szczególności od rodzajów kosztów, dokumentów załączonych do samej oferty, czy uwarunkowań rynkowych i innych zindywidualizowanych okoliczności.

Ugruntowane stanowisko Sądu Zamówień Publicznych (m.in. wyrok z dnia 25 listopada 2021 r. sygn. akt XXIII Zs113/21, wyrok z 7 października 2020 r. sygn. akt XXIII Ga 1131/20, wyrok z 25 października 2021 r. sygn. akt XXIII Zs 94/21) wskazuje, że wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie

faktyczny winien wykazać Zamawiającemu a nie Izbie czy Sądowi, że jego oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny. Zaznaczyć ponownie należy, że na gruncie analizowanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to na wykonawcy ciążył obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, to wykonawca powinien przejawiać w tym zakresie aktywność, dostarczając zamawiającemu wszelkich dostępnych informacji i dowodów pozwalających na jak najbardziej pełną ocenę tej kwestii. To wykonawcę obciążają bowiem negatywne konsekwencje wynikające z braku dostatecznej inicjatywy w tym zakresie polegające na odrzuceniu jego oferty. Rolą zamawiającego jest zaś nie pomoc wykonawcy i dostarczanie mu argumentów, czy wręcz dowodów w celu przekonania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, a ocena czy przedstawione przez wykonawcę informacje i dowody są wystarczające do uznania, że cena oferty nie jest rażąco niska. Przyjąć zatem należy, że zamawiający jest tu swego rodzaju arbitrem oceniającym czy wyjaśnienia i dowody zaprezentowane przez wykonawcę są wystarczające. Oczywiście czynności zamawiającego w tym zakresie nie mogą być dowolne i arbitralne, podlegają bowiem kontroli najpierw w postępowaniu odwoławczym, a później skargowym.

Mając na uwadze powyższe, Sąd odnosząc się do dowodów, złożonych przez skarżącego w toku postępowania odwoławczego dotyczących wskaźnika „n” a zgłoszonych dopiero w postępowaniu przed KIO uznaje je jako spóźnione. Powtórzyć należy, że dowodzenie w zakresie realności zaoferowanej ceny może się odbywać wyłącznie na etapie składania wyjaśnień zamawiającemu. Podstawą oceny przez Krajową Izbę Odwoławczą, a następnie Sąd Okręgowy zasadności zarzutu odrzucenia oferty z powodu niewykazania, że cena oferty jest prawidłowa, są tylko i wyłącznie wyjaśnienia wykonawców przesłane zamawiającemu na jego wezwanie, w terminie wskazanym do złożenia wyjaśnień. Zamawiający w oparciu o te wyjaśnienia dokonuje oceny ceny ofertowej. Izba, a następnie Sąd bada prawidłowość tej czynności zamawiającego w świetle uzyskanych wyjaśnień. Jak słusznie podnosi się w orzecznictwie, w trakcie postępowania odwoławczego KIO nie zastępuje zamawiającego, nie przeprowadza też za zamawiającego przypisanych mu ustawowo czynności. Weryfikuje jedynie działania zamawiającego i ocenia ich zgodność z literą ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie jest zatem uprawnione przeprowadzanie przez Izbę postępowania dowodowego. W konsekwencji, bez względu na wagę i cel dowodów przedstawianych przez strony postępowania odwoławczego, nie mogą one zostać uwzględnione. Powinny bowiem zostać złożone na etapie postępowania o zamówienie publiczne.

Skarżący jako profesjonalny uczestnik rynku zamówień publicznych powinien mieć wiedzę co do tego, jaki skutek odnosi niezłożenie wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny. To w interesie skarżącego było, aby złożone przez niego wyjaśnienia były wyczerpujące i niebudzące dalszych wątpliwości, bądź przedstawione zostały odpowiednie dowody na potwierdzenie swojej racji.

Skarżący jednakże temu obowiązkowi nie sprostał. W ocenie Sądu przedstawione przez skarżącego wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny nie spełniają wymagań z art. 224 ust. 5 Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca (...) miał co najmniej 3 możliwości szczegółowego odniesienia się do wyliczeń oferowanej ceny. Zaś swoje rozstrzygnięcie Sąd oparł na tych samych wyjaśnieniach, które wykonawca przedłożył zamawiającemu. Zgodnie z treścią pisma z 31 maja 2022 r. wykonawca (...) kierował się bliżej niewyjaśnioną redukcją personelu stałego w kontekście wydłużonego okresu lub wykraczającego poza wydłużony okres. Podkreślić niemniej należy, że SWZ nie zakładało redukcji etatów przyjętej na zasadach wskazanych przez wykonawcę (...). Zgodzić należy się z Izba, że wykonawca (...) nie udowodnił okoliczności, że osoby, mające pracować w okresach wydłużonych, wyraziły zgodę na istotne zmniejszenie ich wynagrodzenia. W ocenie Sądu wykonawca, na którym spoczywał ciężar wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny z tego obowiązku się absolutnie nie wywiązał. Nawet uwzględniając wyjaśnienia, które miały miejsce przed KIO, czy też w przedmiotowej skardze, kończąc na tych przedstawionych przed zamknięciem rozprawy nie dały w ocenie Sądu podstaw do zmiany stanowiska w zakresie uznania, że wykonawca (...) dobrze oszacował zaoficerowaną w niniejszym postępowaniu cenę. W ocenie Sądu tak nie było, a cenę oferowaną przez (...) należy uznać za rażąco niską.

Na marginesie wypada dodać, że ocena czy doszło do zaoficerowania rażąco niskiej ceny jest o tyle klarowna, że wynika z przedstawionych przez wykonawcę wyliczeń i założeń, które oparte są w większym lub mniejszym zakresie na odpowiednich działaniach matematycznych. Wynikające zaś z nich kwoty uwzględniające warunki a zatem ograniczenia stawiane przez zamawiającego w SWZ w porównaniu do urealnionych kwot dają co do zasady wyraźne odniesienie do oferowanych przez wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu cen.

Podsumowując, należało uznać, że zarzuty skarżącego są wyłącznie polemiczne i opierają się na opozycyjnych twierdzeniach w stosunku do należycie ustalonego stanu sprawy przez Krajową Izbę Odwoławczą. Dlatego też Sąd Okręgowy nie znalazł przyczyn dyskwalifikujących zaskarżone orzeczenie. Skarga w tym zakresie podlegała zatem oddaleniu na podstawie art. 588 ust. 1 Pzp o czym orzeczono w pkt III sentencji wyroku.

Mając na uwadze całokształt powyższych okoliczności, uznając jeden z podniesionych w skardze zarzutów za zasadny na podstawie art. 588 ust. 2 Pzp, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok w tym zakresie, czemu dał wyraz w pkt I sentencji wyroku.

Konsekwencją orzeczenia reformatoryjnego co do istoty sprawy jest konieczność zmiany orzeczenia w zakresie kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (pkt II sentencji wyroku). Mając zatem na względzie to, że finalnie odwołanie zostało uwzględnione w stosunku $\frac{1}{4}$ do $\frac{3}{4}$ Sąd Okręgowy kosztami postępowania odwoławczego orzekając na podstawie art. 575 Pzp obciążył odwołującego (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w W. w części $\frac{3}{4}$ oraz wykonawcę (...) S.A.S. w N. (Francja) w części $\frac{1}{4}$.

Zgodnie z art. 574 ustawy prawo zamówień publicznych do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw. Zmiana wyroku wpłynęła zatem na ustalone przez Izbę koszty postępowania odwoławczego. Odwołujący (...) uiszczył tytułem wpisu od odwołania 15000 zł. W konsekwencji uwzględnienia jednego zarzutu a oddalenie trzech Sąd Okręgowy zasądził od wykonawcy (...) na rzecz (...) 3750 zł stanowiącą zwrot $\frac{1}{4}$ wpisu uiszczanego odwołania. Z uwagi zaś na §5 pkt 2 lit b rozporządzenia z 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania zasądził od wykonawcy (...) na rzecz (...) 1800 zł tytułem zastępstwa procesowego w postępowaniu odwoławczym.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. W związku z tym, że skarżący (...) uległo tylko co do jednego zarzutu, zatem koszty postępowania skargowego zostały rozdzielone po połowie. Skarżący uiszczył tytułem opłaty od skargi 45 000 zł, zatem z uwagi na wygranie przez skarżącego postępowania skargowego w połowie zasądzono na jego rzecz od zamawiającego 22500 zł tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego. W zakresie pozostałych kosztów dotyczących wynagrodzenia pełnomocników uczestników (...) oraz (...) ustalonych na podstawie na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz. U. z 2018 r. poz. 265 z późn. zm.), które uległyby wzajemnego rozliczeniu Sąd zniósł wzajemnie między stronami koszty postępowania skargowego.

sędzia Bernard Litwiniec

sędzia Sylwia Paschke

sędzia Anna Galas