

Sygn. akt: KIO 548/17

WYROK
z dnia 3 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2017 r. przez wykonawcę **O. P. S.A. w W.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w W.**

przy udziale wykonawcy **T. P. S.A. w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy **N. S.A. w W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i ocenę wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,**
2. **oddala odwołanie w części dotyczącej zaniechania czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,**
3. kosztami postępowania w 2/3 obciąża **Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w Warszawie**, zaś w 1/3 – **O. P. S.A. w Warszawie** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **O. P. S.A. w W.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A. w W.** na rzecz wykonawcy **O. P. S.A. w W.** kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. w W. – prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „świadczenie usługi transmisji danych (MPLS) w sieci rozległej WAN PGNiG S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 lipca 2016 r., nr 2016/S 143-259781.

9 marca 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy O. P. S.A. w W., zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę T. P. S.A. w W., zwanego dalej „przystępującym T.”.

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny odwołujący wniósł 20 marca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie przez zamawiającego czynności wezwania wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sytuacji gdy cena każdej z ofert była o ponad 30% niższa od wartości zamówienia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) wezwania wykonawców do wyjaśnienia elementów ofert mających wpływ na wysokość ceny,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że dokonaną przez zamawiającego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należy uznać za niezgodną z ustawą ze względu na wcześniejsze zaniechanie wezwania wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący przywołał treść art. 90 ust. 1 Pzp w stanie prawnym obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania. Wywiódł, że sytuacja, w której cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia oznacza, że wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powoduje powstanie po stronie zamawiającego obowiązku do wezwania wykonawców do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Argumentował, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający, jak wynika z treści protokołu z postępowania, określił wartość zamówienia na 14.050.608 zł netto (17.282.247,87 zł brutto), złożone zaś zostały oferty zawierające następujące ceny:

- 1) N. S.A. - cena ofertowa 5.959.200,00 zł netto, 7.329.816,00 zł brutto,
- 2) O. P. S.A. - cena ofertowa 7.574.016,00 zł netto, 9.316.039,68 zł brutto;
- 3) T. P. S.A. - cena ofertowa 5.091.552,00 netto, 6.262.609,00 zł brutto.

Odwołujący wywiódł, że cena netto pierwszej oferty stanowi ok. 42% wartości zamówienia netto, a zatem jest niższa od niej 58%, co powoduje obowiązek po stronie zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty tego wykonawcy. Nawet gdyby porównać cenę brutto oferty z wartością zamówienia (netto) to i tak stanowi ona ok. 52% wartości zamówienia, tym samym jest niższa o 48% od wartości zamówienia. Cena netto drugiej oferty stanowi ok. 54% wartości zamówienia netto, a zatem jest niższa od niej o 46%, co powoduje obowiązek po stronie zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty tego wykonawcy. Nawet gdyby porównać cenę brutto oferty z wartością zamówienia (netto) to i tak stanowi ona ok. 66% wartości zamówienia, tym samym jest niższa o 34% od wartości zamówienia. Cena netto trzeciej oferty stanowi ok. 36% wartości zamówienia netto, a zatem jest niższa od niej o 64%, co powoduje obowiązek po stronie zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty tego wykonawcy. Nawet gdyby porównać cenę brutto oferty z wartością zamówienia (netto) to i tak stanowi ona ok. 46% wartości zamówienia, tym samym jest niższa o 54% od wartości zamówienia. Odwołujący w podsumowaniu podniósł, że choć zaistniały przesłanki tworzące po stronie zamawiającego obowiązek wezwania do wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, zamawiający zaniechał realizacji obowiązku przewidzianego w art. 90 ust. 1 ustawy.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca T. P. S.A. w W. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego zgłosił przystąpienie wykonawca N. S.A. w W. Wniósł o uwzględnienie odwołania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: notatka z wyznaczenia wartości szacunkowej zamówienia z 24 czerwca

2016 r., protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, zgłoszenia przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę T. P. S.A. w W., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie odwołującego wykonawcę N. S.A. w W., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał przesłanek dla wniesienia odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 Pzp mającego polegać na zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Odwołujący w trakcie rozprawy oświadczył, że ponieważ cena jego oferty również odbiega od wartości szacunkowej zamówienia o ponad 30%, także on musi zostać wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, gdyż wymaga tego zasada równego traktowania wykonawców wyrażona w art. 7 ust. 1 Pzp.

Stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Uszło uwadze odwołującego, że w świetle art. 179 ust. 1 Pzp odwołanie nie służy przywróceniu ogólnej zgodności postępowania z prawem, lecz jest środkiem ochrony prawnej nakierowanym na ochronę interesu wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto odwołujący zobowiązany jest wykazać, jaką szkodę poniósł lub może ponieść w wyniku naruszeń przepisów ustawy, jakich miał się dopuścić zamawiający. W ocenie Izby zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp nie godzi w jego

interes w uzyskaniu danego zamówienia. Nie może on także ponieść żadnej szkody w wyniku takiego zaniechania. Przeciwnie, to negatywna analiza wyjaśnień uzyskanych od odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp może doprowadzić do konieczności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Taki będzie bowiem skutek ewentualnego uznania, że odwołujący żądanych wyjaśnień nie złożył bądź potwierdzają one zaoferowanie przez niego ceny rażąco niskiej.

Wobec powyższego stwierdzono, że odwołujący nie udowodnił istnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp w omawianym zakresie. W konsekwencji odwołanie w rozpatrywanej części musiało zostać oddalone, bez konieczności jego merytorycznego rozpoznania.

W dalszej kolejności stwierdzono, że odwołujący – w pozostałym zakresie - wykazał przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp. Naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp wyrażające się w zaniechaniu przez zamawiającego czynności wezwania konkurentów odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny godzi w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Ponadto w wyniku takiego naruszenia może on ponieść szkodę. Jak już wyżej wskazano, ewentualna negatywna ocena wyjaśnień składanych przez ww. wykonawców może doprowadzić do konieczności odrzucenia ich ofert na podstawie art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W tej sytuacji oferta odwołującego może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 Pzp. W konsekwencji Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie w ww. części

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi transmisji danych (MPLS) w sieci rozległej WAN PGNiG S.A.

Z pkt 2 protokołu postępowania wynika, że wartość zamówienia wynosi 14.050.608,00 zł netto, co po powiększeniu o podatek VAT daje kwotę 17.282.247,87 zł brutto. Wartość ta została ustalona w dniu 24 czerwca 2016 r. na podstawie historycznych ofert w postępowaniach o podobnym zakresie w spółkach z grupy kapitałowej PGNiG w okresie ostatnich 2 lat.

Z notatki z 24 czerwca 2016 r., zatytułowanej „wyznaczenie wartości szacunkowej” wynika, że całkowita wartość szacunkowa z uwzględnieniem prawa opcji dla tego zadania wynosi 14.050.608,00 zł netto. W ramach ewentualnego rozszerzenia przedmiotu umowy (prawa opcji) przewidywany zakres będzie obejmował:

- a) uruchomienie nowej lokalizacji,
- b) zmianę parametrów łączy w istniejącej lokalizacji,
- c) wydłużenie okresu świadczenia usługi.

W podsumowaniu notatki na podstawie szczegółowych wyliczeń wskazano:

- a) opłaty za łączy w okresie 48 miesięcy: 11.107.200,00 zł netto,
- b) całkowita wartość zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji: 14.050.608,00 zł netto.

Z pkt 12 protokołu postępowania wynika, że do upływu terminu składania ofert wpłynęły 3 oferty:

- a) N. S.A. - cena ofertowa 5.959.200,00 zł netto, 7.329.816,00 zł brutto;
- b) O. P. S.A. - cena ofertowa 7.574.016,00 zł netto, 9.316.039,68 zł brutto;
- c) T. P. S.A. - cena ofertowa 5.091.552,00 netto, 6.262.609,00 zł brutto.

Ustalono ponadto, że 9 marca 2017 r. zamawiający przesłał odwołującemu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę T. P. S.A. w W. Do tego momentu zamawiający nie wezwał żadnego z wykonawców do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp.

Ustalono również, że zamawiający – po wniesieniu odwołania – wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp (załączniki do odpowiedzi na odwołanie). Zamawiający do momentu wyrokowania nie unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 9 marca 2017 r.

Odwołanie – w zakresie rozpatrywanym merytorycznie - zasługuje na uwzględnienie.

W myśl znajdującego zastosowanie w analizowanej sprawie z uwagi na moment wszczęcia postępowania (27 lipca 2016 r.) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, *jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie:*

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);*
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.*

Jak wynika z literalnej wykładni przywołanego przepisu, osiągnięcie arytmetycznych wskaźników obliguje zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Użyte przez ustawodawcę słowo „w szczególności” oznacza, że pomiędzy pierwszą a drugą częścią

hipotezy tego przepisu zachodzi taki stosunek, zgodnie z którym przekroczenie tych wskaźników zawsze ma budzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia. Jest to samoistna przesłanka obligująca do uruchomienia procedury wyjaśniającej. W tej sytuacji odwołujący miał prawo powoływać się wyłącznie na tę okoliczność.

Zamawiający w trakcie rozprawy wskazywał, jakoby w trakcie postępowania miał zaktualizować wartość szacunkową zamówienia, co miało nastąpić 10 lutego 2017 r. Jednakże twierdzenia zamawiającego nie zostały poparte żadnym wiarygodnym dowodem. Wbrew zasadom pisemności i jawności postępowania, okoliczność ta nie została odzwierciedlona w protokole postępowania, w którym w pkt 2 znajdowała się jedyna adnotacja, zgodnie z którą wartość szacunkowa zamówienia została ustalona 24 czerwca 2016 r. i wynosi 14.050.608 zł netto. Faktu tego nie można było także ustalić z żadnego załącznika do protokołu, co przyznał sam zamawiający oświadczając, że zaktualizowana wartość była jedynie brana pod uwagę przez komisję przetargową przy podejmowaniu decyzji o zaniechaniu wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Skoro okoliczność ta nie wynikała z dokumentacji postępowania, to nie mogła być znana wykonawcom, w tym odwołującemu, który wnosząc odwołanie, miał prawo działać w zaufaniu do protokołu postępowania i znajdujących się w nim danych. Jedynym dowodem, na jaki zamawiający się powołał, był załącznik nr 1b do odpowiedzi na odwołanie, zawierający przeliczenie wartości szacunkowej bez prawa opcji i bez ryzyka, który nie został opatrzony żadną datą. Wobec powyższego, Izba nie mogła ustalić, że zamawiający zaktualizował wartość szacunkową zamówienia w lutym 2017 r., tak jak wywodził zamawiający.

W ocenie Izby, można było co najwyżej, przy bardzo życzliwej dla zamawiającego interpretacji sytuacji, uznawać, że wykonawcy mogli przyjąć, iż wartość szacunkowa zamówienia, po wykreśleniu z opisu przedmiotu zamówienia prawa opcji (co było konsekwencją wykonania wyroku Izby wydanego w sprawach o sygn. akt KIO 2284 i 2290/16), wynosi 11.107.200 zł. Taką informację można było bowiem ustalić w wyniku analizy notatki z 24 czerwca 2016 r., zatytułowanej „wyznaczenie wartości szacunkowej”, która była załącznikiem do protokołu.

Jednakże nawet porównanie cen ofertowych wykonawców N. S.A. i T. z wartością szacunkową pomniejszoną o wartość prawa opcji, pozwalało na ustalenie, że stanowią one 53,63% w przypadku N. i 45,84% w przypadku T. ww. wartości. Zatem w dalszym ciągu rozbieżność pomiędzy tymi cenami a wartością szacunkową przekraczała 30%.

Przywołana w odpowiedzi na odwołanie opinia Prezesa UZP została wydana na tle znowelizowanych przepisów Pzp, które w art. 90 ust. 1a, przewidują istotnie możliwość odstąpienia od wezwania „gdy rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie

wymagają wyjaśnienia”. Jednakże takiej przesłanki nie było w treści art. 90 ust. 1 Pzp, w stanie prawnym obowiązującym w dacie wszczęcia postępowania, który znajdował zastosowanie w tej sprawie. W tej sytuacji Izba stwierdziła, że zarzuty – w zakresie rozpatrywanym merytorycznie – znalazły potwierdzenie w zebranym w sprawie materiale dowodowym.

Izba nie jest związana żądaniami odwołania, a jedynie zarzutami (art. 192 ust. 7 Pzp). Ponieważ w analizowanej sprawie zamawiający – po wniesieniu odwołania - wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Izba nie nakazała mu wykonania takiej czynności. Dostrzeżenia przy tym wymagało, że zamawiający dokonał wezwania bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, o co wnosił odwołujący. Wskazać należy także, że taka praktyka jest niedopuszczalna, gdyż analiza wyjaśnień składanych przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie z art. 90 ust. 1 Pzp, służy stwierdzeniu, czy nie zaoferowano ceny rażąco niskiej. Ustalenia takie prowadzi się zaś w toku badania i oceny ofert, przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Wobec powyższego, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty i dokonanie oceny wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny już złożonych przez wykonawców.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może

wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu wezwania konkurentów odwołującego do złożenia wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny przed wyborem oferty najkorzystniejszej może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż w wyniku analizy tych wyjaśnień obie oferty mogą zostać odrzucone.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego*. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i ocenę wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w sposób wskazany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień*

publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – częściowo oddaliła i częściowo uwzględniła odwołanie. Izba stwierdziła, że zasadne okazały się 2 zarzuty, zaś za niezasadny należało uznać 1 zarzut. Odwołanie okazało się zasadne zatem w stosunku 2/3, zaś niezasadne w stosunku 1/3. Kosztami postępowania w wysokości 2/3 obciążono zatem zamawiającego, zaś kosztami w wysokości 1/3 - odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł. Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 15.000 zł, tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 5.000 zł (15.000 zł x 1/3). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10.000,00 zł (15.000,00 – 5.000,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o

przepisy § 5 ust. 2 pkt 1, § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: