

WYROK
z dnia 9 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 września 2018 r. przez wykonawcę **AG-Complex sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto st. Warszawa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1, 5, 6 odwołania,**
2. **uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących części 5 zamówienia i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 5 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części i wezwanie wykonawcy Sorted sp. z o.o. w Piasecznie w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny,**
3. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**
4. **kosztami postępowania obciąża Miasto st. Warszawa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie w części ½ oraz wykonawcę AG-Complex sp. z o.o. w Warszawie w części ½ i:**
 - 4.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę AG-Complex sp. z o.o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,**
 - 4.2. **zasądza od Miasta st. Warszawy Zarządu Zieleni m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie na rzecz AG-Complex sp. z o.o. w Warszawie kwotę 9.300 zł 00 gr (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy).**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 – Miasto st. Warszawa Zarząd Zieleni m. st. Warszawy z siedzibą w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „posadzenie drzew na terenie m.st. Warszawy oraz ich trzyletnia pielęgnacja”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 lipca 2018 r., nr 2018/S 141-323072.

13 września 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy AG-Complex sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze w części 5 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Sorted sp. z o.o. w Piasecznie. W dniu 17 września 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze w części 15 jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę C.Ś., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Agro-Service” Usługi dla Rolnictwa i Leśnictwa, C.Ś. .

Wobec:

- 1) zaniechania czynności udostępniania odwołującemu dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców Agro-Service i Sorted,
 - 2) zaniechania czynności wezwania wykonawcy Sorted w części 5 do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na cenę,
 - 3) zaniechania czynności wezwania wykonawcy C.Ś. „Agro-Service” w części 15 do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na cenę,
 - 4) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 5 i 15,
 - 5) zaniechania czynności odrzucenia oferty Sorted w części 5 zamówienia,
 - 6) zaniechania czynności odrzucenia oferty Agro-Service w części 15 zamówienia
- odwołujący wniósł 24 września 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp przez zaniechanie udostępnienia dokumentów złożonych na wezwanie zamawiającego potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców Agro-Service i Sorted,
- 2) art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przez uznanie, że rozbieżności pomiędzy ceną ofert złożonych przez wykonawców:
 - a) Agro-Service w części nr 15 zamówienia,
 - b) Sorted w części 5 zamówienia

a wartością zamówienia w poszczególnych częściach lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert w poszczególnych częściach wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia,

- 3) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawców Agro-Service w części 15 i Sorted w części 5 do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji gdy w postępowaniu zaistniały okoliczności obligujące zamawiającego do dokonania czynności wezwania,
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez wybór oferty wykonawców Agro-Service w części 15 i Sorted w części 5 mimo istnienia domniemania prawnego, że oferty ww. wykonawców zawierają rażąco niską cenę,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 4 w z w. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Agro-Service w części 15 i Sorted w części 5 oraz wybór ww. ofert jako najkorzystniejszych do realizacji ww. części zamówienia pomimo, że oferty zawierają rażąco niską cenę,
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez wykonawców Agro-Service w części 15 i Sorted w części 5 pomimo, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- 7) art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części nr 5 i 15 oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 2) powtórzenia czynności badania ofert złożonych przez wykonawców Agro-Service w części 15 i Sorted w części 5,
- 3) odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp, jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp ofert wykonawców Agro-Service w części 15 i Sorted w części 5,
- 4) dokonania czynności oceny ważnych ofert w zakresie części nr 5 i 15 zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ,
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego w zakresie części nr 5 i 15 jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania w odniesieniu do zarzutu nr 1 - naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 96 ust. 3 Pzp odwołujący podniósł, że 17.09.2018 r. (tj. po otrzymanych informacjach o wynikach postępowania w poszczególnych częściach

zamówienia) wystąpił do zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie następujących dokumentów dla cz. 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16 zamówienia:

- 1) wezwań do wyjaśnień oraz wyjaśnień rażąco niskich cen w wymienionych częściach - wszystkich podmiotów, które były wzywane do wyjaśnień;
- 2) wybranych firm z najkorzystniejszą ceną - dokumentów na wezwanie zamawiającego potwierdzających spełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Wywiódł, że 21.09.2018 r. zamawiający udostępnił jedynie dokumenty dotyczące ofert złożonych przez wykonawców Green Recycle sp. z o.o., Zakład Zieleni sp. z o.o., Remondis sp. z o.o., Garden-Parki inż. R.C. . Zamawiający nie udostępnił dokumentów dotyczących ofert złożonych przez następujących wykonawców: Aspiracje Ogrodowe J.S., Rośliny z Runowa sp. z o.o. sp. k., C.Ś. „Agro-Service” Usługi dla Rolnictwa i Leśnictwa, Sorted sp. z o.o. Nieprzekazanie ww. dokumentów przez zamawiającego skutkowało (oraz może skutkować w stosunku do części zamówienia 3, 4 oraz 12 nierozstrzygniętych przez zamawiającego) zaniechaniem przez odwołującego podniesienia w odwołaniu zarzutów zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców, wobec których mogło zostać przez zamawiającego przeprowadzone postępowanie wyjaśniające w zakresie rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu zarzutu nr 2 - naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp odwołujący podniósł, że w stosunku do oferty złożonej przez wykonawcę C.Ś. „Agro-Service” Usługi dla Rolnictwa i Leśnictwa w części nr 15 zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że cena oferty ww. wykonawcy 333.072 zł (cena za prawo opcji) jest niższa o 31,19% od średniej cen złożonych ofert w zakresie prawa opcji w części nr 15 w postępowaniu, która wynosi 484 065.64 zł. Z kolei w stosunku do oferty wykonawcy Sorted sp. z o.o. w części nr 5 zachodzi podejrzenie rażąco niskiej ceny z uwagi na fakt, że cena oferty ww. wykonawcy 164.592 zł (cena za prawo opcji) jest niższa o 41,18 % od wartości zamówienia za prawo opcji w części nr 5, która wynosi 279.806.40 zł. Odwołujący argumentował, że różnice pomiędzy cenami ofert ww. wykonawców a wartością zamówienia w poszczególnych częściach lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert w poszczególnych częściach - uzasadnia konieczność zwrócenia się do ww. wykonawców z żądaniem wyjaśnienia ceny oferty. Podkreślał, że ustawa Pzp określa obowiązki zamawiającego, których nie może zaniechać. Rozpoczęcie procesu wyjaśniania wysokości zaoferowanej ceny lub kosztu przez zamawiającego jest obowiązkowe w przypadku, gdy zachodzą przesłanki sformułowane w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.

Podnosił, że w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający w żaden sposób nie wskazał, że w przedmiotowym przypadku zasły przesłanki, o których mowa w art 90 ust. 1a pkt 1 Pzp wyłączające konieczność wezwania ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień. Podkreślał, że przepis 90 ust. 1a pkt 1 Pzp przewidujący odstępstwo od obowiązku wezwania pomimo zaistnienia przesłanek ku temu, jeżeli rozbieżność wynika z

okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia - nie precyzuje, o jakie okoliczności chodzi. Uprawnione wydaje się przyjęcie, że może to dotyczyć przykładowo sytuacji, gdy niektóre oferty podlegające odrzuceniu (jako niezgodne z SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia) mają znacząco zawyżone ceny, co przekłada się także na wyższą średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert. W takim przypadku zamawiający mógłby podjąć decyzję o niezwracaniu się o udzielenie wyjaśnień. Zdaniem odwołującego zarzut jest uzasadniony mając na uwadze brak jakiegokolwiek uzasadnienia przez zamawiającego odstąpienia od wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofertach ww. wykonawców w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp oraz fakt, że do wyliczenia średniej ceny złożonych ofert uwzględniono wszystkie oferty złożone w poszczególnych częściach, które nie zostały przez zamawiającego odrzucone (są zgodne ze SIWZ).

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 – naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp - odwołujący podniósł, że koszty pracy przyjęte do obliczenia ceny oferty, zgodnie z ww. przepisem, nie mogą być niższe 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. Odwołujący wywiódł, że stawka robocizny, jaka może być przyjęta dla pracownika zatrudnionego na podstawie umowy cywilno-prawnej nie może być niższa, niż minimalna stawka godzinowa, która na 2018 r. wynosi 13,70 zł (bez kosztów pracodawcy, natomiast z kosztami pracodawcy 16,54 zł). Stawka robocizny, jaka może być przyjęta dla pracownika zatrudnionego na podstawie umowy o pracę, nie może być niższa niż wysokość wynagrodzenia za 1 godzinę pracy obliczona z minimalnego wynagrodzenia za pracę. Do obliczenia przyjęto, że skoro w 2018 r. wymiar czasu pracy wynosi łącznie 2008 godzin, to średniomiesięcznie wynosić będzie 167,33 godziny, po zaokrągleniu do pełnych godzin: 168. Dzieląc stałe miesięczne minimalne wynagrodzenie, które w 2018 r., wynosi 2.100 zł (bez kosztów pracodawcy) przez ww. ilość godzin, wartość 1 godziny robocizny wynosi: 12,50 zł (bez kosztów pracodawcy, natomiast z kosztami pracodawcy: 15,09 zł).

Odwołujący odnosząc powyższe na stawkę robocizny ujętej jako 1 rbg wskazywał na sposób wyliczenia tej stawki w kosztorysach ofertowych. Argumentował, że pomocne będą w tym zakresie warunków kontraktowych FIDIC dla realizacji inwestycji budowlanej. W klauzuli 12.1 warunków FIDIC zawarto wymaganie, aby wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej wszystkie swoje przewidywane zobowiązania z tytułu realizacji roboty z uwzględnieniem wszelkich nakładów wynikających z realizacji zobowiązań kontraktowych. Oznacza to, że wykonawca musi w stawce lub cenie jednostkowej skalkulować wszelkie swoje przewidywane zobowiązania kontraktowe (poza wyraźnie wskazanymi w kontrakcie zwolnieniami z tytułu odpowiedzialności wykonawcy). Ponadto z treści klauzuli 31.1 wynika, że wykonawca jest zobowiązany zapewnić racjonalne warunki wykonywania prac

pracownikom zamawiającego oraz przedstawicielom legalnie działających władz. Stawka lub cena jednostkowa w rozumieniu zasad FIDIC zawiera wszystkie składniki kosztów wykonawcy (wraz z narzutami) i przewidywanym zyskiem.

Odwołujący wskazał także, że w części III pkt 16 SIWZ zamawiający określił wymóg zatrudnienia do realizacji zamówienia pracowników na podstawie umowy o pracę. Uwzględniając ww. postanowienie SIWZ wskazywał, iż do wyceny przedmiotu zamówienia należało obligatoryjnie przyjąć stawkę robocizny w wysokości 15,09 zł.

W zakresie części 5 odwołujący podniósł, że cena oferty wykonawcy Sorted sp. z o.o. wynosiła 164.592 zł (cena za prawo opcji). Wskazywał, że cena oferty ww. wykonawcy nie uwzględnia wszystkich składowych elementów wynagrodzenia, co miało obrazować dokonane przez odwołującego wyliczenie, zawierające założenia co do największych składników cenotwórczych obliczane na podstawie zapisów zawartych w SIWZ. Odwołujący załączył do odwołania szczegółowe wyliczenia, które znalazły się w kalkulacjach.

W zakresie części 15 zamówienia odwołujący wywiódł, że cena oferty wykonawcy „Agro-Service” wynosi 333.072,40 zł (cena za prawo opcji). Wskazywał, że cena oferty ww. wykonawcy nie uwzględnia wszystkich składowych elementów wynagrodzenia, co miało obrazować dokonane przez odwołującego wyliczenie, zawierające założenia co do największych składników cenotwórczych obliczane na podstawie zapisów zawartych w SIWZ. Odwołujący załączył do odwołania szczegółowe wyliczenia, które znalazły się w kalkulacjach. Odwołujący podniósł, że mając na uwadze znaną zamawiającemu ustawową minimalną stawkę godzinową, jak i ustawową wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę sam zamawiający mógł dokonać podstawowych obliczeń w zakresie kosztów zatrudnienia pracowników oraz wyliczyć stawkę robocizny - co potwierdziłoby rażąco niską cenę realizacji zamówienia podstawowego oraz prawa opcji.

W uzasadnieniu zarzutu nr 4 — naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp – odwołujący podniósł, że zamawiający dopuścił udział ofert ww. wykonawców, które nie zostały zweryfikowane pod kątem rażąco niskiej ceny, zatem mogą podlegać odrzuceniu. Wskazywał, że mamy w tym przypadku do czynienia z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych (mając na uwadze niewezwanie ww. wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, uwzględniając jednocześnie brak jakiegokolwiek uzasadnienia przez zamawiającego odstąpienia od wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny w ofertach ww. wykonawców w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp).

W uzasadnieniu zarzutu nr 5 — naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp odwołujący podniósł, że składane wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny:

- powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze,
- winny szczegółowo przedstawiać sposób kalkulacji ceny,
- winny być nie tylko konkretne i przekonujące, ale również poparte stosownymi dowodami,
- powinny wskazywać, jakie czynniki spowodowały możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena została obniżona.

Odwołujący wskazywał, że z rażąco niską ceną mamy do czynienia wówczas, gdy:

- cena jest niższa niż koszt wykonania zamówienia;
- zysk upatrywany jest w źródłach nie związanych bezpośrednio z wykonywanym zamówieniem;
- cena nie zaistniałaby na wolnym rynku;
- cena została wyliczona z pominięciem ryzyk związanych z wykonywaniem zamówienia;
- cena wskazuje na obniżenie kosztów wykonania zamówienia przez nierespektowanie wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymogów prawa czy zasad sztuki zawodowej;

Odwołujący wskazywał, że zamawiający ma wiedzę na temat charakteru zamówienia oraz sposobu obliczenia jego ceny — zatem świadome przyjmowanie nierealnych, pozbawionych zdrowego rozsądku i niemożliwych do urzeczywistnienia wyjaśnień wykonawcy (niezawierających wyliczenia kosztów zatrudnienia pracowników) wpływa na zaniżenie wartości ekonomicznych poszczególnych elementów (głównie kosztów zatrudnienia, które są znacznie wyższe, niż przewiduje wykonawca) co jest rażącym naruszeniem art. 90 ust. 3 Pzp. Odwołujący argumentował, że powyższy zarzut podnoszony jest z ostrożności procesowej, bowiem zamawiający już naruszył przepisy ustawy w zakresie związanym z nieudostępnieniem odwołującemu dokumentacji zamówienia w terminie umożliwiającym złożenie odwołania.

W uzasadnieniu zarzutu nr 6 - naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako czyn nieuczciwej konkurencji określa się sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Ze złożonych ofert wynika, że ich złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, gdyż wykonawcy celowo zaniżyli cenę za usługi świadczone w ramach prawa opcji - w sposób zupełnie oderwany od kosztów osobowych ponoszonych w tym okresie - po to, aby w ten sposób uzyskać przewagę punktową nad odwołującym (cena za usługi świadczone w ramach prawa opcji miała odrębną punktację), który (wypełniając obowiązek nałożonego na niego przez zamawiającego) dokonał realnej wyceny elementów zamówienia. Takie

działanie wykonawców stanowi niedopuszczalną w świetle zasad uczciwej konkurencji manipulację cenową, naruszającą dobre obyczaje.

W uzasadnieniu zarzutu nr 7 – naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – odwołujący podniósł, że zamawiający przez dopuszczenie do etapu oceny ofert obu wykonawców w kwestionowanych częściach zamówienia naruszył podstawowe zasady Pzp, w szczególności w zakresie równego traktowania wykonawców. Z tych wszystkich względów biorąc pod uwagę przedstawione zarzuty powyżej odwołujący wskazał, iż odwołanie jest zasadne, bowiem ochrona praw odwołującego w postępowaniu realizowana za pomocą środków ochrony prawnej winna zapewnić udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem odwołującego argumenty przedstawione na uzasadnienie zarzutów wskazują, iż zamawiający dopuścił się naruszenia powyższych zasad.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę wykonawcy Sorted sp. z o.o., ofertę wykonawcy Agro-Service C.Ś., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 5 z 12 września 2018 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej w części 15 z 14 września 2018 r., odwołanie wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony 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.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego w części 15 została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej w części 15 skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty wybranej, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego w części 15. Z kolei w zakresie części 5 oferta

odwołującego została sklasyfikowana na miejscu trzecim. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Dostrzeżenia przy tym wymagało, że zgodnie z pkt III SIWZ ppkt 4, *Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych w rozumieniu art. 2 pkt 6 ustawy Pzp na dowolną część lub części zamówienia. Zamawiający zgodnie z art. 36aa ust. 3 Ustawy określa maksymalną liczbę części zamówienia, na które może zostać udzielone zamówienie jednemu Wykonawcy. Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy w maksymalnie 3 częściach zamówienia, w których suma cen ofertowych będzie największa, a w przypadku gdy suma cen ofertowych byłaby taka sama w więcej niż w 3 częściach. Zamawiający udzieli zamówienia na te części, dla których ta suma będzie największa, uwzględniając liczbę porządkową części narastająco od najmniejszej do największej.* Dostrzeżenia wymagało także, że zamawiający nie badał jeszcze spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia wykonawcy sklasyfikowanego na pozycji 2. Powyższe oznacza, że odwołujący ma możliwość uzyskania także zamówienia w części 5. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie podzielono stanowiska zamawiającego, który w trakcie posiedzenia Izby podniósł, że odwołujący nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zamawiający argumentował, że odwołujący będzie podlegał wykluczeniu w udziale w części 5 i 15 postępowania nawet gdyby jego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza w tych częściach. Zwrócił uwagę, że oferta odwołującego została już przez zamawiającego oceniona jako najkorzystniejsza w częściach 3, 4 i 12. W konsekwencji zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp pismem z dnia 4 września 2018 r. wezwał odwołującego do złożenia m.in. dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W szczególności zamawiający zażądał złożenia wykazu osób celem potwierdzenia warunku opisanego w pkt 1.1.2 SIWZ. Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył dokumenty celem wykazania warunków udziału w postępowaniu, wśród których nie znajdował się jednak wymagany wykaz osób. Wobec powyższego zamawiający pismem z dnia 14 września 2018 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia wykazu osób w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający podniósł, że w odpowiedzi na drugie wezwanie odwołujący złożył wykaz osób, z którego treści wynikało, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia, o którym mowa w pkt 1.1.2 SIWZ. Uchybienie to miało polegać na tym, że zamiast wykazać dysponowanie kierownikami robót posiadającym wymagane wykształcenie wyższe lub średnie, wykonawca wskazał osoby z wykształceniem zawodowym. Zamawiający wyjaśnił, że wobec powyższego odwołujący pismem z dnia 1 października 2018 r. został wykluczony z udziału w części 3 zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że przedstawione przez zamawiającego okoliczności nie świadczą o braku po stronie odwołującego legitymacji do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymagało, że – jak wskazuje się w utrwalonym i jednolitym orzecznictwie Izby - legitymację wykonawcy do wniesienia odwołania bada się na moment jego złożenia do Prezesa Izby. W analizowanej sprawie odwołanie zostało wniesione 24 września 2018 r., a więc ponad tydzień przed wykluczeniem odwołującego z udziału w części 3 postępowania.

Po drugie, dostrzec należało, że czynność wykluczenia z 1 października 2018 r. nie miała charakteru ostatecznego. Wobec doręczenia odwołującemu uzasadnienia czynności wykluczenia z udziału w części 3 postępowania w dniu 2 października 2018 r. wykonawcy przysługiwały jeszcze środki ochrony prawnej wobec tej czynności.

Co jednak najistotniejsze, wbrew stanowisku zamawiającego nawet ostateczne wykluczenie wykonawcy z części 3 postępowania nie przesądzało o konieczności wykluczenia odwołującego z udziału także w części 5 i 15 zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu, którego miał nie wykazać odwołujący, dotyczył sytuacji technicznej lub zawodowej wykonawcy. Zamawiający w rozdziale V pkt 1.1.2 SIWZ wskazał, że *warunki zostaną spełnione niezależnie od liczby części zamówienia na jakie składana jest oferta, jeżeli Wykonawca wykaże, że: skieruje do realizacji zamówienia dla każdej części osobno, co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika robót przeznaczoną do nadzoru i kierowania wykonywanymi pracami, posiadającą:*

- a) *wyższe wykształcenie o kierunku ogrodniczy lub architektura krajobrazu lub leśnictwo oraz 3 letnie doświadczenie w pielęgnacji zieleni miejskiej*
lub
- b) *wykształcenie średnie o kierunku ogrodniczy lub architektura krajobrazu lub leśnictwo oraz 5 letnie doświadczenie w pielęgnacji zieleni miejskiej.*

Jak wynikało z treści przywołanego warunku, zamawiający wyraźnie i jednoznacznie przewidział, iż będzie oceniał spełnienie warunku odrębnie w odniesieniu do każdej części postępowania. Na powyższe wskazywało użyte sformułowanie „dla każdej części osobno”. Zatem nawet ewentualne niepodołanie obowiązkowi wykazania warunku w jednej części nie oznaczało jeszcze, że odwołujący miałby nie sprostać ciężarowi wykazania warunku, gdy zostanie wezwany do złożenia dokumentów podmiotowych w części 5 i 15. Dostrzec należało, że niezłożenie wykazu osób, a następnie złożenie go błędnie, mogło być także wynikiem uchybień o charakterze organizacyjnym, które niekoniecznie muszą się powtórzyć przy wyborze oferty najkorzystniejszej w części 5 i 15. W konsekwencji wniosek zamawiającego o oddalenie odwołania z powodu braku legitymacji odwołującego do wniesienia odwołania nie mógł zostać uwzględniony.

Izba postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów opisanych w pkt 1, 5, 6 odwołania. W trakcie posiedzenia Izby odwołujący oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutów znajdujących się w przywołanych wyżej punktach odwołania. Zgodnie z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze*. W przywołanym przepisie ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wniosku a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby oświadczył, że nie popiera już tych zarzutów, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 187 ust. 8 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego 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 uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Rozstrzygnięcie odwołania w części, której nie dotyczy już spór pomiędzy stronami jest bezcelowe. Dlatego też ustawodawca wprowadził do ustawy Pzp instytucję umorzenia postępowania odwoławczego w przypadku wycofania odwołania. Izba nie może zatem wydać w tej części rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym, nie może też przemilczeć niniejszej kwestii w sentencji orzeczenia. W ocenie Izby informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, co analogicznie potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono także stanowisko opisane szeroko i wyczerpująco w wyroku KIO z 24 września 2018 r. sygn. akt KIO 1817/18.

Odwołanie w pozostałym zakresie zasługiwało częściowo na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że potwierdziły się zarzuty opisane w pkt 2, 3, 4, 7 odwołania w odniesieniu do rozstrzygnięcia zamawiającego w części 5 zamówienia.

Ustalono, że na sfinansowanie zamówienia w części 5 zamawiający przeznaczył kwotę 520.560,00 zł brutto (zamówienie podstawowe) i 98.755,20 zł brutto (zamówienie opcjonalne). Do upływu terminu składania ofert w zakresie części 5 do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- a) odwołującego z ceną 617.428,14 zł (zamówienie podstawowe) i 477.316,80 zł (prawo opcji),
- b) Remondis sp. z o.o. z ceną 320.019,55 zł (zamówienie podstawowe) i 115.214,40 zł (prawo opcji),
- c) Sorted sp. z o.o. z ceną 373.543,92 zł (zamówienie podstawowe) i 164.592,00 zł (prawo opcji),
- d) Zakład Zieleni sp. z o.o. z ceną 701.355,24 zł (zamówienie podstawowe) i 362.102,40 zł (prawo opcji).

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 12 września 2018 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej w części 5 przez wykonawcę Sorted sp. z o.o. Zamawiający poinformował także, że oferta wykonawcy Remondis sp. z o.o. została odrzucona w części 5 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp jako zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ustalono także, że zamawiający nie kierował do wykonawcy Sorted sp. z o.o. w zakresie części 5 żadnego wezwania do złożenia wyjaśnień co do ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Ustalono natomiast, że zamawiający pismem z dnia 28 sierpnia 2018 r. wezwał wykonawcę Sorted sp. z o.o. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do ceny dla części 7, 8, 9, 16 i 17. Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie, wykonawca Sorted sp. z o.o. w piśmie z 30 sierpnia 2018 r. oświadczył, że po ponownym przeanalizowaniu kosztów i nakładów pracy z przykrością stwierdza, że dla części 7, 8, 9, 16 i 17 jego oferta cenowa została błędnie oszacowana i zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy 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 o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. poz. 847);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Stosownie do art. 90 ust. 1a ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
- 2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, że cena całkowita oferty wykonawcy Sorted w części 5 okazała się niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W tej sytuacji obowiązkiem zamawiającego wynikającym z przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp było wszczęcie procedury wyjaśniającej albo wykazanie, że rozbieżność ta wynika z okoliczności oczywistych, niewymagających takich wyjaśnień.

Nie było sporne między stronami, że w analizowanej sprawie zamawiający nie skierował do wykonawcy Sorted, w zakresie części 5, żadnego wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp. W tej sytuacji zamawiający zobowiązany był udowodnić, że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych. Izba stwierdziła, że zamawiający temu ciężarowi nie sprostał.

Zamawiający, wyjaśniając dlaczego nie wszczął procedury wyjaśniającej wskazał jedynie, że średnia arytmetyczna cen wszystkich ofert miała zostać sztucznie zawyżona przez cenę oferty odwołującego. Uszło jednak uwadze zamawiającego, że cenę bardzo zbliżoną do ceny oferty odwołującego zaproponował także inny wykonawca a mianowicie

Zakład Zieleni sp. z o.o. w Warszawie. Co więcej, cena tego wykonawcy za zamówienie podstawowe była wręcz wyższa od ceny oferty odwołującego. Powyższe prowadziło do wniosku, że dwaj wykonawcy, kalkulujący niezależnie od siebie, doszli do analogicznych założeń.

Co warte podkreślenia, zamawiający w części 5 odrzucił ofertę złożoną przez wykonawcę Remondis sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, wskazując, że zaoferował on cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia. Dostrzec należało, cena oferty odrzuconej okazała się bardzo zbliżona do kwestionowanej ceny oferty wykonawcy Sorted sp. z o.o., a pomimo to zamawiający nawet nie zdecydował się na wszczęcie procedury wyjaśniającej.

Ponadto poważne wątpliwości budził także sposób kalkulowania cen przez wykonawcę Sorted sp. z o.o. w innych częściach tego postępowania. Podkreślenia wymagało bowiem, że wykonawca ten złożył swoje oferty na siedem części (część 5, 6, 7, 8, 9, 16 i 17). 28 sierpnia 2018 r. został wezwany do złożenia wyjaśnień co do wyliczenia ceny oferty w częściach nr 7, 8, 9, 16 i 17 w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Co do wszystkich cen podlegających wyjaśnieniu wykonawca Sorted sp. z o.o. złożył 30 sierpnia 2018 r. oświadczenie, że jego oferta cenowa została błędnie oszacowana i zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skoro wykonawca we wszystkich częściach, o które był pytany przyznał, że popełnił błąd w wyliczeniu ceny, to co najmniej istniała wątpliwość co do prawidłowości kalkulacji w części 5 zamówienia.

W tej sytuacji, wobec istnienia wątpliwości co do rzetelności kalkulacji obowiązkiem zamawiającego było wszczęcie procedury wyjaśniającej wobec ceny oferty wykonawcy Sorted sp. z o.o. w części 5, czego zamawiający zaniechał. W wezwaniu zamawiający winien poprosić wykonawcę Sorted sp. z o.o. o złożenie wyjaśnień, w tym przedstawienie dowodów co do prawidłowości wyliczenia ceny w części 5 zamówienia. Z uwagi zaś na to, że zamawiający przewidział w treści SIWZ dwa odrębne kryteria oceny ofert odnoszące się do ceny, zamawiający zobowiązany będzie ocenić niezależnie od siebie realność każdej z zaoferowanych cen.

Nie uznano natomiast za rozstrzygających kalkulacji złożonych przed odwołującym. Wzięto pod uwagę, że zostały one sporządzone bez założeń znanych wyłącznie wykonawcy Sorted sp. z o.o. Ponadto wyliczona przez odwołującego kwota minimalnych kosztów, tj. 312.074,54 zł za prawo opcji w części 5 okazała się ponad trzykrotnie wyższa od kwoty przeznaczanej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia opcjonalnego, co budzi wątpliwości.

Krajowa Izba Odwoławcza za chybione uznała zarzuty opisane w pkt 2, 3, 4, 7 odwołania w odniesieniu do rozstrzygnięcia zamawiającego w części 15 zamówienia.

Ustalono, że na sfinansowanie zamówienia w części 15 zamawiający przeznaczył kwotę 1.039.462,20 zł brutto (zamówienie podstawowe) i 199.843,20 zł brutto (zamówienie opcjonalne). Do upływu terminu składania ofert w zakresie części 15 do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- a) odwołującego z ceną 1.262.782,29 zł (zamówienie podstawowe) i 965.908,80 zł (prawo opcji),
- b) Remondis sp. z o.o. z ceną 665.060,76 zł (zamówienie podstawowe) i 153.213,12 zł (prawo opcji),
- c) C.Ś., „Agro-Service” Usługi dla Rolnictwa i Leśnictwa z ceną 1.135.598,40 zł (zamówienie podstawowe) i 333.072,00 zł (prawo opcji).

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 14 września 2018 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej w części 15 przez wykonawcę C.Ś., „Agro-Service” Usługi dla Rolnictwa i Leśnictwa.

Ustalono także, że zamawiający nie kierował do wykonawcy C.Ś., „Agro-Service” Usługi dla Rolnictwa i Leśnictwa w zakresie części 15 żadnego wezwania do złożenia wyjaśnień co do ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że w zakresie części 15 zamówienia cena całkowita oferty wykonawcy Agro-Service nie była niższa o więcej niż 30 % ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert ani od wartości szacunkowej zamówienia ustalonej przez zamawiającego powiększonej o wartość podatku VAT. Tylko przekroczenie takiego wskaźnika obligowało zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Podzielono stanowisko zamawiającego, że w przepisie art. 90 ust. 1a Pzp jest mowa o rozbieżnościach między „całkowitą” ceną oferty a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert lub wartością szacunkową. Na powyższe wskazuje wyraźne, literalne brzmienie powołanego przepisu. Tymczasem w odwołaniu była mowa o rozbieżnościach wyłącznie między ceną oferty wybranej za prawo opcji a średnią arytmetyczną cen wszystkich ofert za prawo opcji. Cena za prawo opcji nie jest z pewnością ceną „całkowitą” za wykonanie przedmiotu zamówienia, o której mowa w powołanym przepisie. Kierując się ww. rozważaniami należało dojść do wniosku, że zamawiający nie miał obowiązku wszczynać procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. W konsekwencji zarzut naruszenia tego przepisu ustawy Pzp należało uznać za chybiony.

Niezasadnym okazał się także zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Stwierdzono, że odwołujący nie zdołał wykazać, iż cena zaoferowana przez wykonawcę

Agro-Service w części 15 budziła wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub przepisami.

Dostrzeżenia wymagało, że cena zaoferowana przez wykonawcę Agro-Service zarówno za zamówienie podstawowe jak i zamówienie opcjonalne w części 15 (tj. odpowiednio 1.135.598,40 zł i 333.072,00 zł) okazała się wyższa od kwot przeznaczonych na sfinansowanie zamówienia w tej części (odpowiednio 1.039.462,20 zł i 199.843,30 zł).

Za niewystarczającą do wykazania wątpliwości uznano przedstawioną przez odwołującego przy odwołaniu kalkulację kosztów. Izba wzięła pod uwagę, że kalkulacja ta oparta była o założenia poczynione przez odwołującego, które były właściwe temu podmiotowi. Odwołujący nie znał także uwarunkowań znanych wykonawcy Agro-Service, np. odległości od jego bazy do terenu realizacji usługi. Ponadto przedstawiona kalkulacja budziła wątpliwości także z tego powodu, że wyliczony przez odwołującego poziom minimalnych kosztów za wykonanie opcji, tj. 450.003,93 zł, okazał się aż ponad dwukrotnie wyższy od kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na sfinansowanie zamówienia opcjonalnego w części 15, to jest 199.843,20 zł. Szacunki zamawiającego były aktualne, pochodziły z 2 lipca 2018 r. i zostały ustalone w oparciu o ceny rynkowe i ceny oferowane w dotychczasowych postępowaniach. Wątpliwości Izby wzbudziło także to, że jeżeli koszty minimalne za wykonanie zamówienia opcjonalnego w części 15 wg odwołującego kształtują się na poziomie 450.003,93 zł, to dlaczego on sam wycenił prawo opcji na poziomie aż ponad dwukrotnie wyższym (965.908,80 zł). Tak znaczące zawyżenie wyceny za prawo opcji przez odwołującego nakazywało także odrzucenie tej wyceny jako punkt odniesienia do badania realności ceny za prawo opcji w części 15. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zakresie części 15 uznano za bezzasadny. W konsekwencji za niezasadny uznano także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

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 2 i 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1 i 4 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i 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

(pkt 2, 3 sentencji) i formalnym (pkt 1, 4 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. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 90 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania w części 5.

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 w zakresie części 5 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tej części i wezwanie wykonawcy Sorted sp. z o.o. w Piasecznie w trybie art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 3 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.

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

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.)*” J.J., *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: D. W., J. J., S. M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

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, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – w zakresie merytorycznym częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku ½ (zarzuty dotyczące rozstrzygnięcia w części 5) i chybione w pozostałej części (zarzuty dotyczące rozstrzygnięcia w części 15). Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł (łącznie 18.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości 9.300 zł (18.600,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł (18.600 – 9.300,00), 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 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: