

*Sygn. akt II Ca 1601/15*

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 stycznia 2016 roku

Sąd Okręgowy w Szczecinie II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Agnieszka Bednarek – Moraś (spr)
Sędziowie:	SO Marzenna Ernest SO Agnieszka Tarasiuk - Tkaczuk
Protokolant:	Stażysta Anna Grądzik

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2016 roku w S.

sprawy z odwołania wykonawcy L. K.

przy udziale zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w S., oraz wykonawców (...) Spółki Akcyjnej w K., Konsorcjum (...) Spółki Akcyjnej w (...), Spółki Akcyjnej w W., Konsorcjum (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., i Przedsiębiorstwa Usługowo - Budowlanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W., Konsorcjum (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we (...), Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W., (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowej w M.,

o zamówienie publiczne

na skutek skargi L. K. na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej

w W. z dnia 22 października 2015 roku, sygn. akt KIO 2151/15

1. **oddala skargę;**

2. **zasądza od skarżącego L. K. na rzecz zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w S., oraz wykonawcy Konsorcjum (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we W. kwoty po 1.800 (jeden tysiąc osiemset) złotych tytułem kosztów postępowania skargowego.**

SSO Marzenna Ernest SSO Agnieszka Bednarek-Moraś SSO Agnieszka Tarasiuk-Tkaczuk

Sygn. akt II Ca 1601/15

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 22 października 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza w W. po rozpatrzeniu odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia F.U.H.P. L. K. (sygn. akt KIO 2151/15) oraz (...) S.A. (sygn. akt KIO 2152/15) w postępowaniu prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w S.:

1. oddalił odwołania;
2. kosztami postępowania obciążył wykonawców F.U.H.P. L. K. i (...) S.A. i:
  - 2.1. zaliczył w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30.000 zł uiszczoną przez wykonawców F.U.H.P. L. K. i (...) S.A., tytułem wpisów od odwołań;
  - 2.2. zasądził od wykonawcy F.U.H.P. L. K., na rzecz Generalnej Dyrekcyj Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w S. kwotę 4.322,70 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i stawiennictwa na posiedzenia, potwierdzone rachunkami złożonymi do akt sprawy;
  - 2.3. zasądził od wykonawcy (...) S.A. na rzecz Generalnej Dyrekcyj Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w S. kwotę 3.600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż Generalna Dyrekcyj Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w S. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Całoroczne kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej (...) na odcinku od węzła K. km 0 +000 (z węzłem) do węzła M. km 54 + 012 (z węzłem) wraz ze wszystkimi jej elementami”. Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Dzienniku Urzędowym UE dnia 7 lipca 2015 r. nr (...) 128- (...).

W postępowaniu tym Firma Usługowo - Handlowo - Produkcyjna (...) wniosła odwołanie od wyboru jako najkorzystniejszej oferty, która winna zostać odrzucona, tj. oferty Konsorcjum firm (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o., oraz na zaniechaniu przez Zamawiającego czynności odrzucenia z postępowania ofert następujących wykonawców: (...) sp. z o.o., Konsorcjum: (...) sp. z o.o. w W. - Lider, (...) sp. z o.o. w W. - Lider, Przedsiębiorstwo Usługowo - Budowlane (...) sp. z o.o., w C. - (...); Konsorcjum firm: (...) Serwis S.A. w W. - Lider, (...) S.A., w M., Hiszpania - (...); (...) sp. z o.o. sp.k., w M.; (...) S.A., w K.. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, dokonanie ponownej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, odrzucenie ofert ww. wykonawców.

Po rozpatrzeniu sprawy, biorąc pod uwagę stanowiska uczestników postępowania, treść ofert i wyjaśnień wykonawców złożonych zamawiającemu na jego wezwanie, a także pozostałej dokumentacji postępowania z uwzględnieniem postanowień stanowiących opis przedmiotu zamówienia oraz zasady oceny ofert oraz treści protokołu tego postępowania wraz z załącznikami, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia zdefiniowanym art. 179 ust. 1 PZP, albowiem wykonawca w przedstawionej argumentacji stwierdził, że złożona przez niego oferta jest ofertą najkorzystniejszą i za taką powinien ją uznać zamawiający w wyniku badania i oceny ofert.

Odnosząc się do zarzutów podniesionych w odwołaniu wywiedzionym w sprawie o sygn. akt KIO 2151/15 dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert sześciu wykonawców jako zawierających rażąco niską cenę, Izba stwierdziła, że zarzut się nie potwierdził. Izba zważyła, iż w postępowaniu zostały złożone oferty na kwoty: (...) S.A. - 34 518 917,69 zł; (...) sp. z o.o. - 34.821.330,60 zł; Konsorcjum firm (...) Serwis S.A. - 35.606.291,90 zł; Konsorcjum (...) Sp. z o.o. - 35.809.292,68 zł; (...) sp. z o.o. sp.k. - 37.566.199,09 zł; Konsorcjum (...) sp. z o.o. - 39.826 305,20 zł; (...) L. K. - 57 711 842,91 zł. Dalej miała na uwadze, iż niespornie zgodnie z art. 86 ust. 3 PZP Zamawiający przed otwarciem ofert podał, że na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 71.779.683,40 zł. Zgodnie zaś z dokonany przez Zamawiającego kosztorysem szacowana wartość zamówienia wynosi 58.357.466,18 zł. Z uwagi na tę ostatnią wartość i jej relację do cen ofertowych, zgodnie z

obowiązującym w postępowaniu stanem prawnym i faktem, że 6 ofert zawierało cenę niższą o więcej niż 30% od wartości zamówienia, zamawiający stosownie do art. 90 ust. 1 PZP zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnienia wysokości ceny zaoferowanej przez sześciu spośród siedmiu wykonawców.

W ocenie Izby Odwoławczej niespornie zgodnie z art. 90 ust. 2 PZP obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, a stosownie do ust. 3 tego artykułu zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, wykonawcy wezwani do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny zobowiązani byli do wykazania, że cena ich oferty nie jest rażąco niska i za tę cenę jest możliwe należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Określone w art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP okoliczności pozwalające na obniżenie ceny oferty zawierają wyliczenie przykładowe, natomiast wykonawca wezwany do wyjaśnienia, przy założeniu, że zamawiający nie oczekuje konkretnie opisanych elementów, co do których oczekuje wyjaśnienia, składa takie wyjaśnienia w sposób i w zakresie, jaki uzna za wystarczający do obronienia swojej ceny jako realnej tj. nie mającej cechy rażąco niskiej.

W okolicznościach sprawy, z uwagi na zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa przez wykonawców szeregu informacji mających znaczenie dla kalkulacji ceny i w konsekwencji także zastrzeżenie w zakresie treści wyjaśnień udzielonych na wezwanie zamawiającego, zdaniem Izby Odwoławczej, nie wydaje się w pełni uzasadniony zarzut zamawiającego i przystępujących, że odwołujący niezasadnie ograniczył się do ogólnie sformułowanego zarzutu, że oferty wszystkich pozostałych wykonawców „zawierają rażąco niskie ceny i nie istnieją przesłanki określone w przepisie art. 90 ustawy wskazujące na taką kalkulację”. Izba stanęła na stanowisku, że pomimo utrudnienia w postaci braku dostępu do wyjaśnień wykonawców odwołujący mógł dowodzić zasadności zarzutu przez dowodzenie nieprawidłowości w jawnych formularzach cenowych konkurencyjnych ofert. Miał zatem możliwość szczegółowego wskazania, które z elementów ceny jednostkowych zawartych w formularzu cenowym 2.1. - zał. Nr 3 do umowy, w jego ocenie mają charakter cen rażąco niskich. Takiego dowodu jednak nie przeprowadził wybierając metodę sporządzenia własnej kalkulacji, której wynik wskazuje na to, że minimalna cena, jaką można określić za wykonanie zamówienia objętego postępowaniem wynosi ok. 42.000.000 zł. W ocenie I. wynik kalkulacji odwołującego nie stanowi dowodu na nierealność pozostałych cen ofertowych, a jedynie deklarację, że odwołujący nie widzi możliwości przedstawienia ceny niższej od wyliczonej w swojej analizie. Z powyższego jednak nie można wyprowadzić zarzutu, że ceny wysokich pozostałych wykonawców mają charakter cen rażąco niskich. Izba zaznaczyła, że odwołujący nie wskazał na żadne okoliczności faktyczne uzasadniające twierdzenie o rażąco niskich cenach. Sama dysproporcja ceny zaoferowanej przez odwołującego z cenami innych wykonawców nie daje podstaw do założenia, że są to ceny rażąco niskie. Nie bez znaczenia jest fakt, że ceny sześciu wykonawców (kwestionowane przez odwołującego) są do siebie zbliżone, co pozwala na wniosek o ich rynkowy charakter. Analizując czynności zamawiającego w ramach badania wyjaśnień cen ofertowych Izba nie dopatrzyła się w tym zakresie uchybień. Jak wyżej sygnalizowano, ceny zaoferowane przez wybranego wykonawcę odzwierciedlają aktualne ceny rynkowe. Izba przyjęła za uzasadniony argument zamawiającego, że kwoty zaproponowane przez wszystkich 6 wykonawców w przeliczeniu na 1 km drogi przez okres 1 m-c zawierające się w przedziale od 8.878,32 zł do 10.241,12 zł, odpowiadają cenom, za jakie wykonawcy świadczą usługę utrzymania dróg ekspresowych w innych Oddziałach (...), a które zawierają się w przedziale 8.600 zł do 12.919 zł.

Także co pozostałe zarzuty Izba Odwoławcza uznała za niezasadne. Zaznaczyła, że oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, gdyż wybrany wykonawca dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie powoływał się na zasoby podwykonawców. W formularzu 3.5 wykazał potencjał techniczny, który w części stanowi jego własność, a część pozyskana zostanie na podstawie umowy najmu sprzętu. Jednocześnie przedłożono zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy sprzętu, jak również wskazany został szczegółowo ten sprzęt. Powyższe wskazuje w ocenie Izby Odwoławczej, że podmiot ten nie jest podwykonawcą, na zasoby którego powołuje się wykonawca, a wyłącznie podmiotem, który swój sprzęt wykonawcy udostępni.

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 i art. 26 ust. 4 w zw. z art. 7 PZP, polegającego na jego niezastosowaniu w sytuacji, gdy konsorcjum (...) powołując się na udział podmiotów trzecich w celu

wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie złożyło oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia tych podmiotów, co skutkuje wykluczeniem wykonawcy i odrzuceniem oferty, Izba Odwoławcza wskazała, że jeżeli podmioty udostępniające potencjał w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału nie będą brały udziału w realizacji zamówienia, brak jest podstaw dla żądania takich dokumentów. Tym samym zarzut braku oświadczenia podmiotu trzeciego o braku podstaw do wykluczenia jest niezasadny.

Tak argumentując I. O. uznała, że zamawiający w toku badania i oceny ofert, a w ich wyniku dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, nie naruszył przepisów prawa wskazanych w rozpatrywanym odwołaniu, wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 PZP oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Skargę na powyższe orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, w zakresie w jakim dotyczyło ono sprawy o sygn. akt KIO 2151/15, wywiódł odwołujący L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą (...) – Produkcyjna. Zaskarżonemu orzeczeniu zarzucił naruszenie:

a) art. 192 ust. 1 i 2 PZP poprzez oddalenie odwołania, mimo że w postępowaniu doszło do naruszenia przepisów PZP, które miało wpływ na wynik Postępowania;

b) art. 190 ust. 7 PZP, art. 190 ust. 1a PZP i art. 90 ust. 2 PZP poprzez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów, polegające na uznaniu, że to na skarżącym ciąży obowiązek wykazania, że oferty pozostałych sześciu oferentów zawierały rażąco niską cenę, mimo, że zgodnie z art. 190 ust. 1a PZP to wykonawca lub zamawiający powinien przedstawić argumenty i dowody w tym zakresie, a co miało istotny wpływ na wynik postępowania i doprowadziło do oddalenia odwołania z uwagi na brak udowodnienia zarzutów;

c) art. 190 ust. 2, ust. 4 i ust. 6 PZP poprzez niedopuszczenie wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego, pomimo tego, że fakty, które miały zostać wykazane nie zostały stwierdzone innym dowodem, a wniosek nie został złożony dla zwłoki zaś Krajowa Izba Odwoławcza nie posiadała wiadomości specjalnych by móc ustalić stan faktyczny sprawy, co w konsekwencji doprowadziło do oddalenia odwołania;

d) art. 189 ust. 6 PZP przez odmowę wyłączenia jawności rozprawy, przez co uniemożliwiono skarżącemu przedstawienie jego argumentacji oraz informacji dotyczących skarżącego stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a mogących posłużyć do wykazania, że oferty pozostałych oferentów zawierają rażąco niską cenę, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania nakazania Zamawiającemu odrzucenia ofert wyżej wskazanych wykonawców;

e) art. 190 ust. 5 i ust. 7 PZP poprzez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów, w szczególności poprzez poczynienie ustaleń sprzecznych z postanowieniami SIWZ oraz dokumentami zgromadzonymi w aktach sprawy;

f) art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP w zw. z art. 90 ust. 3 PZP poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że oferta Konsorcjum i pozostałych wykonawców nie podlega odrzuceniu, pomimo tego, że zawierały rażąco niską cenę, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania nakazania Zamawiającemu odrzucenia tych ofert Konsorcjum.

W oparciu o tak postawione zarzuty skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia ofert wszystkich wykonawców (poza ofertą skarżącego), powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej wyniku wybór jako najkorzystniejszej oferty skarżącego. W przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego, wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy PZP (na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 3 PZP). Nadto wniósł zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi podniósł, iż w świetle art. 90 ust. 1 pkt 1 PZP to na wykonawcach ciąży obowiązek szczegółowego wykazania, iż ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny. Przytoczył treść pkt 10.3 SIWZ i wskazał, iż każdy z wykonawców zobowiązany był do uwzględnienia w cenie oferty kosztów zatrudnienia poszczególnych osób zgodnie z przepisami ustawy o minimalnym wynagrodzeniu bez względu na charakter prawny łączących ich stosunków. Zaznaczył, że mając na względzie charakter pracy, konieczność zapewnienia osób ze stosownym doświadczeniem nie jest możliwe utrzymanie, że wszystkie osoby są zatrudnione za minimalnym wynagrodzeniem za pracę. Ponadto wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinny opierać się o indywidualne czynniki wykonawcy, które nie są dostępne pozostałym wykonawcom. Skarżący nie znał treści wyjaśnień wykonawców poza wykonawcą M., gdyż zostały one zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wykonawca ten nie przedstawił ani obliczeń, ani nie wskazał okoliczności pozwalających na określoną kalkulację ceny, co powinno prowadzić do zastosowania regulacji art. 90 ust. 3 PZP, tj. odrzucenia oferty.

W ocenie skarżącego z brzmienia art. 190 ust. 1a PZP wynika, że to nie skarżący, a wykonawca lub zamawiający powinni przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń przed Krajową Izbą Odwoławczą i wykazać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Tymczasem wykonawcy zaniechali w postępowaniu odwoławczym składania jakichkolwiek wyjaśnień oraz przedstawiania dowodów pozwalających uznać, że Zamawiający zasadnie nie odrzucił ich oferty. Zarzucił, iż nie miał on możliwości wykazania, iż oferty wykonawców zawierają rażąco niskie ceny, na podstawie jawnych formularzy cenowych. Ceny jednostkowe ujawnione przez poszczególnych wykonawców w ofertach nie zawierały informacji, które pozwoliłyby określić częstotliwości, ilości lub krotności wykonywanych czynności. Może się okazać, że przy zaoferowanej cenie jednostkowej wykonawca nie będzie w stanie zapewnić standardu wymaganego przez Zamawiającego. Z cen jednostkowych wskazanych w formularzach cenowych nie wynika zaś, jakie elementy w nich się zawierają, tzn. jaka częstotliwość podejmowanych czynności uwzględniona jest w danej pozycji formularza.

Zwrócił uwagę, że z dniem 19 października 2014 r. weszła w życie nowelizacja PZP, która wprowadziła dość istotne zmiany w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz sądem okręgowym w przypadku wniesienia skargi na orzeczenie (...). Mianowicie do art. 190 PZP dodano ust. 1a, który przenosi ciężar dowodu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, na wykonawcę, a w określonym przypadku na zamawiającego. Zaznaczył, że podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy nie przedstawili żadnych argumentów dotyczących ilości oraz krotności dokonywanych czynności ani nie wskazali żadnych tez, co narusza wskazany w art. 190 ust. 1a PZP obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Co więcej, wykonawca, na którym ciążył obowiązek udzielenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny stwierdził podczas rozprawy, że przyszłe potrzeby i koszty związane z czynnościami zimowego utrzymania są nieznane. Skoro sam wykonawca wskazał, że nie ma pewności co do wysokości kosztów, które będzie musiał ponieść, nie ma podstaw do tego by twierdzić, że w ramach wyjaśnień wskazał przekonujące dowody na to, że zaoferował tak niską cenę.

Odnosząc się do zarzut niedopuszczenia wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego podniósł, iż na rozprawie wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu wyceny i czynności niezbędnych do osiągnięcia celu określonego w SIWZ przez Zamawiającego, a która to opinia miała wykazać, że wykonanie przedmiotu zamówienia jest możliwe za co najmniej 42.000.000 zł. Wniosek został oddalony, co stanowiło naruszenie art. 190 ust. 2, 4 i 6 PZP. Skarżący podniósł, iż nie zostały wyjaśnione wszystkie okoliczności sprawy, gdyż Izba nie posiadała wiadomości specjalnych by móc ustalić stan faktyczny sprawy. Skarżący nie wniósł o przeprowadzenie tego dowodu dla zwłoki, a jedynie by osoba posiadająca specjalistyczną wiedzę w tym zakresie określiła, jakie koszty należy ponieść by osiągnąć cel założony przez Zamawiającego. W ocenie skarżącego Izba winna była sama wystąpić z inicjatywą przeprowadzenia takiego dowodu (art. 190 ust. 2 PZP w zw. z art. 190 ust. 4 PZP), czego nie uczyniła. Jednocześnie wbrew art. 190 ust. 6 PZP oddaliła wniosek skarżącego, pomimo tego, że w niniejszej sprawie nie można mówić o tym, że fakty, których stwierdzenie miała na celu powyższa opinia biegłego, zostały już wykazane innymi dowodami. W postępowaniu odwoławczym nie zostały bowiem powołane jakiegokolwiek dowody by móc uznać, że ceny ofert Konsorcjum i pozostałych oferentów nie były rażąco niskie.

Dalej skarżący wskazał, iż na rozprawie wnosił na podstawie art. 189 ust. 6 PZP o wyłączenie jawności rozprawy. Izba nie znalazła jednak podstaw do jej wyłączenia. Tymczasem w ocenie Skarżącego, odmawiając utajnienia przebiegu części rozprawy, Izba uniemożliwiła mu przedstawienie własnej argumentacji oraz dokonanych kalkulacji z uwagi na udział pozostałych wykonawców w rozprawie.

Odnosząc się do zarzut nie odrzucenia ofert wykonawców zawierających rażąco niską cenę przytoczył treść pkt 10.1 – 10.3. SIWZ, pkt 8 Opisu Przedmiotu Zamówienia i wskazał, iż wartość Cyklicznego Wynagrodzenia będzie ustalona na podstawie cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w Formularzu cenowym, pomnożonych przez rzeczywistą ilość elementów drogi oddanych wykonawcy do utrzymania. Nadmieniał, że zamawiający zastrzegł, że w ofercie wykonawca powinien skalkulować wszystkie koszty zamówienia, a szczegółowy zakres zamówienia został opisany przez Zamawiającego w pkt 1 i 2 (...). Ponadto, zgodnie z § 4 wzoru umowy jednym z obowiązków wykonawcy będzie doprowadzenie do standardu drogi na odcinku od 0+000 do km 54+012 polegające na wykonaniu działań mających na celu osiągnięcie stanu technicznego wskazanego w załączniku nr 1 b do (...). Zamawiający zaznaczył, że wskazany odcinek Drogi nie jest objęty gwarancją Wykonawcy Inwestycji. Powyższe oznacza, że na wykonawcy wyłonionym w ramach niniejszego postępowania będzie ciążył obowiązek dokonywania bieżących napraw drogi. Znajduje to swoje uzasadnienie w (...) oraz odpowiedziach Zamawiającego na pytania do SIWZ (pytanie 38). Ponadto, z załącznika nr 4 do SIWZ wynika, że większość gwarancji udzielonych Zamawiającemu w ramach realizacji robót budowlanych wygasa w początkowym okresie wykonywania umowy utrzymania drogi. Zatem wykonawca wybrany w wyniku przeprowadzonego Postępowania przejmuje obowiązki dbania i wykonywania napraw poszczególnych elementów drogi na własne ryzyko i koszt.

W ocenie skarżącego istotnym jest, iż Zamawiający nie wskazał dokładnej ilości czynności jakie wykonawca zobowiązany jest wykonać w ramach realizacji zamówienia. Określił jednak pewne standardy jakie muszą zostać zachowane. Jednocześnie jednak wykonawcy mogli zwiększyć standard świadczonych usług poprzez wskazanie w metodologii wykonania zamówienia (Koncepcji Działań) np. częstszych przeglądów drogi, likwidację występujących zjawisk zimowych w krótszym czasie niż zostało określone w (...), wykonywanie zabiegów utrzymaniowych na zieleni w czasie krótszym niż wymaga Zamawiający w (...). Wówczas otrzymywali dodatkowe punkty w ramach kryterium oceny ofert - jakość, zgodnie z pkt 14 SIWZ. Mając na względzie powyższe, dla dokonania właściwej kalkulacji wynagrodzenia, wykonawcy winni byli określić ilość szacunkowych czynności jakie powinni wykonać przy realizacji zamówienia oraz wycenić te czynności z uwzględnieniem szacunkowej wartości zamówienia określoną przez Zamawiającego.

Skarżący podkreślił, że zamawiający, działając w oparciu o regulację określoną w art. 90 ust. 1 PZP, wezwał Konsorcjum (...), (...), Konsorcjum (...), Konsorcjum (...), M., Mota - E. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ofert. Wszystkie wyjaśnienia wykonawców, oprócz wyjaśnień M., zostały przez wykonawców utajnione z powołaniem na fakt, że treść tych wyjaśnień stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa poszczególnych wykonawców w rozumieniu art. 8 ust. 3 PZP. Wykonawcy wezwani do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oferty powinni byli wyjaśnić m.in. w jaki sposób mają zamiar wykonać zamówienie przy jakich założeniach krotkości wykonywania poszczególnych usług, a także z zastrzeżeniem konieczności wykonania zamówienia zgodnie z przygotowaną Koncepcją działania. W ocenie skarżącego, kluczowe było dokonanie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny obrazujące jakie częstotliwości poszczególnych czynności przyjął wykonawca. Jest to niezbędne w celu weryfikacji czy Wykonawca należycie ocenił przedmiot zamówienia oraz czy jego założenia są zgodne z koncepcją działań. Podkreślił, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 29 marca 2012 r., C 599/10), zamawiający zobowiązany jest do dokonania weryfikacji składowych elementów ofert, co do których zachodzi obawa rażąco niskiej ceny. Tym samym Zamawiający powinien zbadać składowe części oferty, a wykonawcy powinni byli wyjaśnić, w jaki sposób uzyskali zaoferowaną cenę przy uwzględnieniu sposobu wykonania zamówienia zaoferowanego w Koncepcji. Skoro Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, to należy uznać, że ceny poszczególnych ofert wzbudziły jego wątpliwości. Zamawiający powinien zatem zbadać czy ceny wykonawców nie są rażąco niskie z uwzględnieniem możliwości wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ, (...), a także z Koncepcją działań przedstawioną przez wykonawców w ofercie. Wyjaśnienia wykonawców powinny zawierać

dokładne wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny wraz z uwzględnieniem standardu utrzymania drogi określonego w SIWZ oraz jakością świadczenia usług opisaną w koncepcji działania. Powinny odnosić się do rzeczywistych kosztów realizacji zamówienia oraz muszą podawać szczegółowe wyliczenia zaoferowanego wynagrodzenia.

Mając na względzie powyższe skarżący uznał, że w przypadku gdy wyjaśnienia wykonawców nie spełniają powyższych wymagań, czyli nie pokazują dokładnych kosztów wykonania zamówienia, a jedynie lakonicznie opisują możliwość wykonania zamówienia za zaproponowaną cenę, wówczas należy uznać, że wykonawcy nie wykazali, że ceny ich ofert nie są rażąco niskie. Tym samym, Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 3 PZP powinien był odrzucić te oferty. Niezrozumiałe dla skarżącego jest zatem stanowisko Zamawiającego przedstawione na rozprawie, że w niniejszym postępowaniu nie ma znaczenia przywiązywanie wagi do ilości czy krotności. To właśnie te czynniki determinują wysokość ceny oferty oraz dotrzymanie standardów wymaganych przez Zamawiającego. Ponadto jedynie wykonawca M. nie zastrzegł swoich wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Jednakże ich treść w żaden sposób nie odnosi się do rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia i jedynie lakonicznie opisuje koszty wykonania zamówienia. Wykonawca nie odnosi się bowiem do kosztów wykonania zamówienia, a do sposobu wykonania zamówienia. M. nie podał żadnych okoliczności, które mogą mieć wpływ na zaoferowaną cenę. Nie zostały wyjaśnione elementy, które istotnie wpływają na cenę. Jednocześnie wykonawca ten otrzymał 10 punktów w ramach kryterium jakość, a zatem zaproponował lepszy standard wykonania zamówienia niż przewidział to Zamawiający w SIWZ. Natomiast wykonawca nie wyjaśnił, w jaki sposób poprzez zaoferowanie takiej ceny ma zamiar należycie wykonać usługę objętą niniejszym zamówieniem. Z przedstawionych wyjaśnień nie wynika, w jaki sposób wykonawca obliczył wynagrodzenie dla pracowników, koszty sprzętu, jego konserwacji, innych narzędzi koniecznych do wykonania zamówienia, materiałów. Wykonawca nie odniósł się do cen jednostkowych przedstawionych wraz z ofertą. Tym samym wykonawca M. nie przedstawił odpowiednio szczegółowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i jego oferta winna była zostać odrzucona (art. 90 ust. 3 PZP).

Ponadto, w ocenie skarżącego, Izba bezzasadnie przyjęła za uzasadniony argument Zamawiającego, że kwoty zaproponowane przez wykonawców na 1 km drogi przez okres 1 miesiąca odpowiadają cenom, za jakie świadczą usługę utrzymania dróg ekspresowych w innych oddziałach (...). Zaznaczył, że na chwilę obecną Zamawiający nie jest w stanie określić, czy usługi świadczone przez innych wykonawców w końcowym rozliczeniu spełnią wymagania stawiane przez (...) oraz będą odpowiadały standardom przez niego określonym. Może się okazać bowiem, że przy tak określonej cenie za utrzymanie 1 km drogi miesięcznie, wykonawcy nie osiągną zamierzonego przez (...) celu i przyrównanie cen wskazanych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu do cen zaoferowanych w innych postępowaniach prowadzonych przez (...) okaże się bezzasadne.

Reasumując skarżący wskazał, iż w jego ocenie złożone przez pozostałych wykonawców oferty zawierają rażąco niskie ceny, gdyż nie jest możliwe wykonanie przedmiotu zamówienia objętego niniejszym postępowaniem za stawki wskazane przez poszczególnych oferentów, wobec czego ich oferty winny zostać odrzucone.

W odpowiedzi na skargę Zamawiający Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w S. wniosła o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie od skarżącego na jego rzecz kosztów postępowania, z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 1.800 zł.

W odpowiedzi na skargę uczestnik (...) Sp. z o.o. i (...) Sp. z o.o. wniósł o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie od skarżącego na rzecz uczestnika postępowania kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

### **Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w pełni akceptuje poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą ustalenia stanu faktycznego, przyjmując je za własne, jak i zaprezentowane w uzasadnieniu skarżonego orzeczenia rozważania prawne. Organ ten dokonał prawidłowej oceny merytorycznej zgłoszonych roszczeń. Jego wywiodom nie można zarzucić dowolności, ani

przekroczenia granic logicznego rozumowania. W szczególności stwierdzić należało, iż Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do całego zaproponowanego przez strony materiału dowodowego. Wskazała fakty, które uznała za udowodnione i na których oparła swoje rozstrzygnięcie, wyjaśniając przy tym szczegółowo motywy, którymi kierowała się. W konsekwencji uznać należało, iż zarzuty podniesione w treści skargi stanowią w istocie gołosłowną polemikę z prawidłowymi wskazaniami i rozważaniami Krajowej Izby Odwoławczej.

Nade wszystko jako chybiony oceniono zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 tj.; dalej: PZP) sprowadzający się do twierdzenia skarżącego, iż oferta Konsorcjum firm (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. oraz oferty pozostałych wykonawców podlegały odrzuceniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w S. z powodu rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu zważyć należało, iż pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie zostało zdefiniowane w prawie zamówień publicznych ani w dyrektywach unijnych. Niemniej na kanwie przepisu art. 90 ust. 1 PZP ustawodawca przewidział, że oceny, czy w danym przypadku mamy do czynienia z ceną rażąco niską, należy dokonywać w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, tj. konkretnego dobra jakie chce pozyskać Zamawiający. Innymi słowy, odnosząc się do problemu rażąco niskiej ceny należy odnieść się do ceny jaką zaoferował wykonawca za konkretny przedmiot wymagany przez Zamawiającego. Należy zatem zbadać czy za zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie cenę możliwa będzie realizacja określonego przedmiotu zamówienia. W dotychczasowym orzecznictwie sądów powszechnych oraz Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowało się stanowisko, iż 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, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę (por. Sąd Okręgowy w Katowicach w wyroku z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07; oraz por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1441/07, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lutego 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 73/08, sygn. akt: KIO/UZP 74/08, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 kwietnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 258/08). Za rażąco niską cenę należy uznać zatem cenę nierealistyczną, za którą wykonanie zamówienia nie jest możliwe lub też wykonanie go za taką cenę groziłoby niebezpieczeństwem niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia w przyszłości (por. wyroki Zespołu Arbitrów: z dnia 4 września 2007 r., UZP/ZO/0-1082/07; z dnia 19 czerwca 2007 r. UZP/ZO/0-696/07). Należy mieć na uwadze, iż dokonując oceny oferty pod kątem zaoferowania rażąco niskiej ceny, nie można porównywać cen jednostkowych proponowanych w ofercie, ponieważ nie oddają właściwie kalkulacji cenowej, lecz wyłącznie ceny łączne, obejmujące wszystkie elementy cenotwórcze (por. wyroki Zespołu Arbitrów: z dnia 05 sierpnia 2004r., UZP/ZO/0-12/04; z dnia 16 stycznia 2006r., UZP/ZO/0-34/06).

Co więcej, nie można tracić z pola widzenia tego, iż gospodarka rynkowa sprawia, że ceny podobnych towarów i usług mogą różnić się od siebie znacznie, ponieważ skierowane są do różnych grup odbiorców. Zamówienia publiczne nie stanowią wyjątku, szczególnie tryby otwarte, których zamawiający nie ma wpływu na dobór wykonawców. Samo stwierdzenie różnic pomiędzy składanymi ofertami jest naturalnym objawem konkurencji i nie jest wystarczające dla wykazania rażąco niskiej ceny którejs z ofert. Pamiętać jeszcze należy, iż zamawiający ogłaszając postępowanie chce osiągnąć cel tzn. realizację danego przedmiotu zamówienia za możliwie niskie wynagrodzenie, natomiast granica pomiędzy najniższą ceną zaoferowaną w postępowaniu, będącą efektem konkurencji pomiędzy podmiotami, a rażąco niską ceną jest nieostra dlatego zamawiający rozstrzygając, czy ma do czynienia z rażąco niską ceną, powinien mieć na uwadze w szczególności możliwość realizacji zamówienia w stosunku do zaoferowanej ceny.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający prowadził postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego którego przedmiotem było „całoroczne Kompleksowe utrzymanie drogi ekspresowej (...) na odcinku od węzła K. km 0 + 000 (z węzłem) do węzła M. km 54 + 012 (z węzłem) wraz ze wszystkimi jej elementami”. Zgodnie z art. 86 ust. 3 PZP Zamawiający przed otwarciem ofert podał, iż na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia zamierza przeznaczyć kwotę 71.779,683,40 zł, przy czym zgodnie z jego kosztorysem szacowania wartość zamówienia wynosi. 58.357.466,18 zł. Okolicznością istotną w sprawie było, że w przetargu



tym złożonych zostało siedem ofert, w których ceny zaoferowane przez wykonawców mieściły się w przedziale od 34.518.917,69 zł – 57.711.842,91 zł, przy czym 6 ofert zawierało cenę niższą o więcej niż 30 % od wartości zamówienia.

W tej sytuacji Zamawiający obowiązany był przeprowadzić procedurę wyjaśniającą. W myśl bowiem art. 90 ust. 1 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 późn. zm.4)); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów”.

Zamawiający niewątpliwie powyższą procedurę przeprowadził, albowiem jak wynika z akt postępowania w sprawie o udzielenie zamówienia publiczne, zwrócił się do wszystkich sześciu z siedmiu wykonawców (oprócz skarżącego którego cena nie była niższa od przewidzianego w art. 90 ust. 1 PZP progu) o złożenie stosownych wyjaśnień. Co więcej, analiza przedmiotowych akt postępowania niechybnie dowodzi tego, iż wszyscy wykonawcy do których zwrócił się Zamawiający takie wyjaśnienia złożyli. Wprawdzie zgodzić należy się ze skarżącym, że w świetle dyspozycji art. 90 ust. 2 PZP, obowiązek wykazania przedmiotowej sprawie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywał na wykonawcy lub zamawiającym, na co wskazała w uzasadnieniu orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza, przyjmując taki rozkład ciężaru dowodu. Sąd Okręgowy, wbrew stanowisku skarżącego, zgodził się z Krajową Izbą Odwoławczą, iż podmioty te sprostaly nałożonemu przez nich ustawą ciężarowi dowodów i słusznie Zamawiający po dokonaniu czynności oceny ofert uznał, że nie podlegały one odrzuceniu jako zawierające rażąco niską cenę (art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP). W przedłożonych bowiem wyjaśnieniach wykonawcy wykazali, że ceny zaproponowane w ich ofertach nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, albowiem mają swoje obiektywne uzasadnienie. Wykonawcy w ramach wyjaśnień odnoszących się do ceny swoich ofert wykazali jakie czynniki spowodowały możliwość zaoferowania takich a nie innych cen, a ich wyjaśnienia w tym zakresie, w ocenie Sądu Okręgowego, nie jawią się jako nie wiarygodne. Nie można bowiem na kanwie rozpatrywanej sprawy tracić z pola widzenia tego, iż jak przyjmuje się w orzecznictwie, punktami odniesienia dla określenia rażąco niskiej ceny są nie tylko wartość przedmiotu zamówienia, ale także m.in. ceny innych ofert złożonych w postępowaniu (vide wyrok (...) z dnia 21 września 2009 r., KIO/UZP 1126/09). W niniejszej zaś sprawie sześć kwestionowanych ofert było w istocie na podobnym poziomie, w szczególności należało mieć na uwadze, że cztery z tych ofert dzieliła niewielka różnica, albowiem dwie oferty opiewały na kwoty ponad 34.000.000 zł, a dwie na ponad 35.000.000 zł. Skoro zatem nie jest tak, że tylko jeden z wykonawców zaproponował odbiegającą od pozostałych ofert rażąco niską cenę, lecz niemal wszystkie oferty (oprócz oferty skarżącego) mieściły się na podobnym pułapie, to logicznym i uzasadnionym było w takiej sytuacji przyjęcie, że wykonawcy posiadający odpowiednie doświadczenie i rozeznanie na rynku, jak również mając na uwadze posiadane przez nich zasoby i możliwości, dokonali rzetelnej oceny ich realnej możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za określone stawki i dlatego też byli w stanie zaoferować kwoty na wskazanym w ofertach poziomie. Tym bardziej, że zaproponowane przez nich ceny nie odbiegały od tych, jakie wynikają z innych umów zawieranych przez zamawiającego w stosunku do innych odcinków podobnych dróg krajowych.

Podkreślić przy tym należy, iż w niniejszej sprawie zamawiający w zamówieniu publicznym i w SIWZ nie wskazał dokładnej ilości i krotności czynności, jakie wykonawca zobowiązany jest wykonać w ramach realizacji zamówienia, określił natomiast pewne standardy, jakie muszą zostać zachowane. W tym stanie rzeczy nie można zarzucać zamawiającemu, iż nie odrzucił ofert sześciu wykonawców, którzy podali szczegółowo ceny jednostkowe wymagane przez zamawiającego w formularzach cenowych ofert i dodatkowo złożyli wyjaśnienia co do sposobu, w jaki wykonywać będą zamówienie i zachowają wymagany nim standard. Tym bardziej, że wszyscy wykonawcy złożyli na żądanie zamawiającego stosowne wyjaśnienia, których nie sposób było uznać za ogólnikowe, zaś wykonawcy odnieśli

się ściśle do pytań sformułowanych w tym zakresie przez Zamawiającego. Mając na uwadze materiał dowodowy zgromadzony w aktach sprawy stwierdzić należało, iż Zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych przez wykonawców wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w konsekwencji których uzyskał potwierdzenie, że za zaoferowaną cenę wykonawcy zrealizują zamówienia rzetelnie, czyli w całości, terminowo i w sposób należyty. Bez wątplenia bowiem można przyjąć, że wykonawca jest w stanie osiągnąć zysk w niniejszym zamówieniu.

Reasumując Sąd Odwoławczy stanął na stanowisku, iż procedura wyjaśniająca została przeprowadzona w sposób prawidłowy.

W tych okolicznościach należało zgodzić się z trafnym rozstrzygnięciem Krajowej Izby Odwoławczej, iż wszystkie kwestionowane przez skarżącego oferty nie zawierały rażąco niskich cen, wobec czego brak było podstaw do ich odrzucenia z uwagi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP.

Odnosząc się do zarzutów wyartykułowanych w wywiedzionej skardze należy podkreślić, iż błędnie skarżący przyjmuje, iż z uwagi na brzmienie art. 190 ust. 1a PZP Zamawiający i wykonawcy byli co do zasady obowiązani w toku postępowania toczącego się przed Izbą Odwoławczą przedstawić dodatkowe – poza tymi przedstawionymi w trakcie procedury wyjaśniającej wszczętej przez Zamawiającego - argumenty i dowody świadczące o tym, że zaoferowane przez nich ceny ofertowe nie były rażąco niskie. Owszem, w myśl art. 190 ust. 1a PZP „ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania”. Nie można jednak tracić z pola widzenia tego, iż jak trafnie zauważono w orzecznictwie, oceny rażąco niskiej ceny sąd dokonuje na podstawie całokształtu materiału dowodowego, w tym zwłaszcza wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP, co wynika ze specyfiki spraw z zakresu zamówień publicznych (vide wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 10 czerwca 2010 r., IX Ga 131/10). Wykazanie, że cena oferty nie nosi charakteru rażąco niskiej ma się bowiem odbywać w postępowaniu przetargowym, a nie przed Krajową Izbą Odwoławczą, co wynika z faktu, iż postępowanie odwoławcze ma na celu wyłącznie ustalenie, czy na etapie badania i oceny ofert wykonawca wykazał, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 14 lipca 2015 r., KIO 1382/15 oraz z dnia 9 lutego 2015 r., KIO 166/15).

Mając na uwadze, że wszyscy wykonawcy wezwani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP takie wyjaśnienia złożyli i okazały się one wystarczające do dokonania oceny ich ofert pod kątem zawierania przez nie rażąco niskich cen, a ocena ta nie budziła zastrzeżeń, to stwierdzić należało, iż ciężar dowodu wykazania, że oferty innych wykonawców zawierają rażąco niską cenę przeszedł na skarżącego wykonawcę (art. 6 k.c.). To właśnie skarżący, skoro dalej kwestionował wysokość cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, winien był sformułować takie zarzuty i naprowadzić takie wnioski dowodowe, które powyższą ocenę by podważyły. Co istotne, zarzut skarżącego nie mogą się sprowadzać do ogólnikowego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, Winien on podnosząc taki zarzut podać konkretne okoliczności faktyczne, które w realiach danej sprawy pozwoliłyby na wyprowadzenie takiego wniosku (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2015 r., KIO 1377/15).

Tymczasem skarżący powyższemu ciężarowi dowodu w żadnym razie nie sprostał, w szczególności zgodzić należało się z zarzutem przeciwnika skarżącego, że skarżący ani na etapie postępowania odwoławczego ani skargowego, poza ogólnym zarzutem rażąco niskiej ceny, nie sformułował żadnych konkretnych zarzutów odnośnie tego, jakie pozycje składające się na cenę ofertową zostały przez wykonawców zaniżone. Pomimo tego, że chociażby na podstawie dostępnych formularzy cenowych wykonawców, będących załącznikami do oferty, był on w stanie takie zarzuty sformułować. Formularze te niewątpliwie dawały skarżącemu możliwość do tego, by dokonując prześledzenia cen i stawek jednostkowych proponowanych w ofertach wykonawców, wskazać jakie konkretnie pozycje i z jakich względów budzą jego zastrzeżenia. Tymczasem skarżący żadnych konkretnych zarzutów w tym zakresie nie podniósł, zaś ogólnikowe zarzuty przezeń podniesione nie mogły wpłynąć na poczynione ustalenia, a w konsekwencji na prawidłowość zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia.

Mając na uwadze powyższe Sąd Odwoławczy ocenił, iż argumentacja przedstawiona przez skarżącego nie potwierdziła, że niemożliwa jest realizacja zamówienia za cenę zaoferowaną przez przeciwnika skargi Konsorcjum (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. lub też pozostałych wykonawców. W istocie bowiem w swojej argumentacji skarżący wykonawca ograniczył się jedynie do odwołania się do sporządzonego na jego zlecenie opracowania, z którego wynikało, że wykonanie zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem wynosiło 42.000.000 zł. Zgodzić jednak należało się z trafnym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, iż powyższy dokument może stanowić dowód co najwyżej tego, iż sam skarżący nie byłby w stanie poniżej wskazanej wyżej kwoty wykonać przedmiotu zamówienia. Nie świadczy to jednak w żadnym wypadku o tym, iż inne podmioty dysponujące przecież odmiennymi zasobami, sprzętem i możliwościami, nie byłyby w stanie wykonać przedmiot zamówienia poniżej tej kwoty, w tym za kwoty przyjęte przez wykonawców w przedłożonych przez nich ofertach.

Wymaga w tym miejscu ponownie podkreślenia, iż oceny rażąco niskiej ceny sąd dokonuje na podstawie całokształtu materiału dowodowego, w tym zwłaszcza wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 PZP. Zgodnie z kolei z dyspozycją przepisu art. 190 ust. 7 PZP, izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Mając na uwadze zaoferowany materiał dowodowy i ogólnikowy charakter zarzutów podniesionych przez skarżącego, a także fakt, iż niewątpliwie Krajowa Izba Odwoławcza dokonała oceny zasadności twierdzeń skarżącego przez pryzmat wszechstronnie dokonanej oceny całokształtu zgromadzonych w sprawie dowodów, Sąd Odwoławczy doszedł do przekonania, iż ocena ta jako spójna i logiczna musiała pozostawać pod ochroną tego przepisu. W konsekwencji uznać należało, iż skarżący nie wykazał w tym postępowaniu, by ocena dokonana przez Krajową Izbę Odwoławczą była dowolna, a zatem zarzuty skarżącego nie mogły podważyć prawidłowości zapadłego w sprawie rozstrzygnięcia.

Dalej należy wskazać, iż chybiony okazał się zarzut dotyczący rzekomego naruszenia art. 190 ust. 2, 4 i 6 PZP poprzez nieuwzględnienie wniosku skarżącego i nieprzeprowadzenie dowodu z opinii biegłego sądowego, pomimo tego, że fakty które miały zostać wykazane w wyniku przeprowadzenia tego dowodu wymagały wiadomości specjalnych, a wniosek skarżącego nie miał jedynie na celu przedłużenie postępowania.

Faktem jest, iż ustawodawca na gruncie przepisu art. 190 ust. 4 PZP przewidział, że Krajowa Izba Odwoławcza może powołać w sprawie biegłego sądowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych. Nie można jednak tracić z pola widzenia tego, iż stosownie do dyspozycji art. 190 ust. 6 PZP, izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. W orzecznictwie zarówno sądów powszechnych, jak i Krajowej Izby Odwoławczej zgodnie podkreśla się nadzwyczajny charakter dowodu z opinii biegłego w przypadku postępowań toczących się przed Izbą, a co wynika z tego uczestnicy postępowania zwykle są doskonale zaznajomieni w przedmiocie zamówienia oraz kwestiach technicznych i funkcjonalnych z nim związanych (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 lutego 2015 r., KIO 2135/14). Przyjmuje się, iż treść przepisu art. 190 ust. 4 PZP w połączeniu z przepisem ust. 1 tegoż artykułu należy interpretować w ten sposób, że powołanie biegłego jest niezbędne tylko wtedy, gdy strony za pomocą wiarygodnych dowodów wykażą, iż prezentowe przez nich stanowiska w sprawie są zasadne, a Izba stwierdzi iż powoduje to sprzeczność w sensie dowodowym, uniemożliwiającym przyznanie racji tylko jednej ze stron (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2015 r., KIO 93/15, Legalis numer 1213915).

Tymczasem w niniejszej sprawie z wyżej opisaną sytuacją nie mieliśmy do czynienia. Jak już bowiem wskazano, skarżący nie przedstawił żadnych takich argumentów, których charakter poddawałby w wątpliwość prawidłowość oceny Zamawiającego co do braku rażąco niskich cen w kwestionowanych ofertach. Jednocześnie uwadze Sądu Odwoławczego nie uszło, w postępowaniu złożonych zostało siedem ofert, z czego część z nich, opiewały na porównywalne wartości. Już chociażby ta okoliczność zasadniczo przeczyła twierdzeniom skarżącego, albowiem nie sposób racjonalnie przyjąć, by wszyscy wykonawcy (poza oczywiście skarżącym), pomimo tego, że profesjonalnie trudnią się działalnością zbieżną z przedmiotem postępowania, nie mieli wiedzy na temat realnych kosztów wykonania zamówienia oraz by w związku z tym zaniżyli rażąco ceny.

Wymaga podkreślenia, że uznanie za zasadne stanowisko prezentowane przez skarżącego, jakoby rozstrzygnięcie rażąco niskiej ceny w niniejszej sprawie wymagało wiadomości specjalnych, oznaczałoby konieczność przyjęcia, że właściwie w każdej sprawie z zakresu zamówień publicznych wymagana byłaby opinia biegłego. Co jest w świetle zaprezentowanego wyżej orzecznictwa nie do zaakceptowania. Wobec zatem braku jakichkolwiek wiarygodnych twierdzeń czy dowodów ze strony skarżącego, które pozwoliłyby na poddanie w wątpliwość prawidłowość oszacowania przez pozostałych wykonawców cen ofertowych, przy uwzględnieniu także tego, iż przedmiotowa sprawa nie odbiega stopniem skomplikowania od innych tego typu spraw, Sąd Odwoławczy doszedł do przekonania, iż nie było potrzeby powoływania w niej biegłego sądowego. Ustalenia w tym zakresie sprowadzały się bowiem w istocie do zwykłej analizy ofert konkurentów przy uwzględnieniu zasad doświadczenia życiowego, co też niewątpliwie na kanwie tej sprawy miało miejsce. Słusznie zatem Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego, albowiem przeprowadzenie takiego dowodu nie było w realiach sprawy konieczne, a jednocześnie prowadziło do zwłoki postępowania.

Podnieść przy tym należy, iż w skardze nie ponowiono wniosku o przeprowadzenie przed Sędem Okręgowym dowodu z opinii biegłego, który zdaniem strony skarżącej był w sprawie niezbędny.

Do poczynienia ustaleń w sprawie w sposób postulowany przez skarżącego nie mogła również prowadzić przedłożona przez niego na rozprawie przed Sędem Okręgowym prywatna opinia, albowiem dowód ten, jako spóźniony, został przez Sąd pominięty.

Wymaga podkreślenia, iż stosownie do przepisu art. 382 k.p.c. sąd drugiej instancji orzeka na podstawie materiału zebranego w postępowaniu w pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym. Co jednak istotne, sąd drugiej instancji może dopuścić w zasadzie tylko takie dowody, których dopuszczenie jest uzasadnione na gruncie art. 381 k.p.c. Zgodnie zaś z tym przepisem, sąd drugiej instancji może pominąć nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji, chyba, że potrzeba powołania się na nie wynikła później. Obowiązująca w Kodeksie postępowania cywilnego zasada kontrydiktoryjności i uwolnienie sądu orzekającego od odpowiedzialności za rezultat postępowania dowodowego, którego dysponentem są strony (por. wyrok SN z dnia 7 marca 1997 r. II CKN 70/96 OSNC 1997/8 poz. 113) oznacza, że sądem faktu stał się sąd drugiej instancji. W niniejszym przypadku należy to natomiast odnieść również do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. W toku tego postępowania powinny być zatem wyczerpująco przedstawione kwestie sporne, fakty i dowody. Przed sądem drugiej instancji nowe fakty i dowody mogą być zgłaszane jedynie wyjątkowo (por. wyrok SN z dnia 7 lipca 1999 r. II CKN 417/98 Prokuratura i Prawo - dodatek 1999/11-12 poz. 35). Strona przed tym sądem powinna zatem wykazać, że nie mogła dowodów tych przedstawić w postępowaniu przed sądem pierwszej instancji (gdyż wówczas jeszcze nie istniały lub o nich nie wiedziała, albo też zachodziły istotne przyczyny usprawiedliwiające niemożność ich przedstawienia) lub że potrzeba ich oferowania powstała dopiero później. O istnieniu potrzeby powołania się na nowe fakty i dowody nie decyduje samo zapatrywanie strony, lecz przedmiotowa ocena istniejącego stanu rzeczy, której dokonuje sąd (por. wyrok SN z dnia 10 maja 2000 r. III CKN 797/2000; wyrok SN z dnia 20 maja 1998 r. I CKN 678/97). Oznacza to, że nie można oprzeć apelacji (skargi) na nowych faktach i dowodach, których strona nie powołała w pierwszej instancji tylko dlatego, że uważała, iż nie zachodzi taka potrzeba, gdyż przytoczony przez nią materiał procesowy wystarczy do uzasadnienia jej roszczenia lub obrony (por. wyrok SN z dnia 1 lutego 1973 r. II CR 647/72). Również wydanie niekorzystnego dla strony wyroku nie może stanowić samoistnej podstawy powołania się w postępowaniu apelacyjnym na nowe fakty i dowody (por. wyrok SN z dnia 24 marca 1999 r. I PKN 640/98).

Pełnomocnik skarżącego na rozprawie apelacyjnej wniósł o dopuszczenie dowodu ze sporządzonej na jego zlecenie prywatnej opinii. W ocenie Sądu Okręgowego nie wykazał jednak w żaden sposób, że nie mógł wnioskowanego dowodu przedstawić w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą ani też, że potrzeba ich powołania powstała później. Co prawda z treści tej opinii wynika jednoznacznie, że została sporządzona już po wydaniu zaskarżonego rozstrzygnięcia, tym niemniej jednak skarżący w żaden sposób nie wykazał, by nie mógł wcześniej zlecić sporządzenia takiej opinii lub też by potrzeba jej sporządzenia nastąpiła dopiero na obecnym etapie postępowania. Nie wykazał on również, że zlecił sporządzenie rzeczony ekspertyzy jeszcze na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, a jedynym

powodem, dla którego nie mógł jej wówczas przedstawić było długi okres jej sporządzenia. Przedmiotowy wniosek dowodowy jako spóźniony z przyczyn wskazanych powyżej nie mógł zatem zostać uwzględniony przez Sąd Okręgowy, wobec czego na podstawie art. 381 k.p.c. został on pominięty.

W ocenie Sądu Okręgowego nie można również uznać, iż nastąpiło naruszenie art. 189 ust. 6 PZP przez odmowę wyłączenia jawności rozprawy. Skarżący twierdził, że z tego powodu uniemożliwiono mu przedstawienie jego argumentacji oraz dotyczących go informacji stanowiących tajemnicę jego przedsiębiorstwa. Wskazać należy, iż przedstawienie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa skarżącego dowodziłyby jedynie, że nie jest on w stanie zaoferować takiej ceny jak pozostali wykonawcy, co jest okolicznością w sprawie niesporną, nie prowadziłyby do pustelnic, że oferty pozostałych oferentów zawierają rażąco niską cenę.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Okręgowy uznał, że zaskarżone orzeczenie odpowiada przepisom prawa i brak jest podstaw do jego zmiany, dlatego też na podstawie art. 198f ust. 2 PZP oddalił skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 PZP. Zgodnie z treścią drugiego z wymienionych przepisów, koszty postępowania skargowego ponoszą strony tego postępowania, stosownie do jego wyniku, przy czym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. Biorąc pod uwagę, że skarga okazała się bezzasadna i podlegała oddaleniu kosztami postępowania wywołanego wniesieniem skargi należało obciążyć skarżącego. Na koszty te składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika przeciwnika skargi. W związku z brakiem regulacji dotyczącej stawek wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi Sąd Okręgowy ustalił tę wartość kierując się treścią przepisu § 10 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz.U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).

SSO Marzenna Ernest SSO Agnieszka Bednarek-Moraś SSO Agnieszka Tarasiuk-Tkaczuk