

SĄD OKRĘGOWY W OLSZTYNIE
IX WYDZIAŁ CYWILNY ODWOŁAWCZY

ul. Dąbrowszczaków 44 a tel./fax 89 521 60 35

10-001 Olsztyn e-mail:

Biuro Obsługi Interesantów tēl. 89 521 61 84 lub tel./fax 89 521 60 14

2015 -04- 0 9

Sygn. akt: IX Ca 39/15

WPŁYNEŁO

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17 a
02-676 Warszawa

W sprawie skargi Salini Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Salini-Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie z udziałem Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie z udziałem siedzibą w Warszawie , Budimex Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie, Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie, Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej KIO 2185/14 - Sekretariat IX Wydziału Cywilnego Odwoławczego Sądu Okręgowego w Olsztynie z upoważnienia Kierownika Sekretariatu przesyła odpis orzeczenia z 13 marca 2015r. z uzasadnieniem i informuje, że akta Krajowej Izby Odwoławczej zostaną zwrócone po 14 kwietnia 2015r. tj. po sporządzeniu uzasadnienia w sprawie IX Ca 40/15(KIO 2184/14).

Zgodnie z zarządzeniem Sędziego
starszy sekretarz sądowy Iwona Kowalska

Niniejsze pismo nie wymaga podpisu własnoręcznego na podstawie §19 ust. 4 zarządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003r, w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów sądowych oraz innych działów administracji sądowej jako właściwie zatwierdzone w sądowym systemie teleinformatycznym.

ODPIS

Sygn. akt IX Ca 39/15

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

2015 -04- 0 9

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ

Dnia 13 marca 2015 r.

Sąd Okręgowy w Olsztynie IX Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Krystyna Skiepmo (spr.)

Sędziowie: SSO Dorota Ciepek

Protokolant: sekr. sądowy Aneta Bodnar

SSO Agnieszka Żegarska

po rozpoznaniu w dniu 5 marca 2015 r. w Olsztynie

na rozprawie skargi wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Salini Polska Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Salini-Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A. z siedzibą w Rzymie

z udziałem:

- zamawiającego: Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Olsztynie,
- przeciwnika skargi: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMEX Spółki Akcyjnej z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie
- uczestnika zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2185/14

I. oddala skargę;

II. zasądza od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Sygn. akt IX Ca 39/14

UZASADNIENIE

W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa drogi ekspresowej S7 na odcinku Miłomłyn-Olsztynek, pododcinek Ostróda Północ - Ostróda Południe w ciągu drogi S7 wraz z budową obwodnicy Ostródy w ciągu drogi krajowej nr 16 {pododcinek „B”} zamawiający, tj. Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowany przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Salini-Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie, Todini Costruzioni Generali S.p.A. z siedzibą w Rzymie. Powyższe zostało poprzedzone wezwaniem zamawiającego, skierowanym m.in. do wskazanych wyżej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm. - dalej: ustawa Pzp). Konsorcjum Salini złożyło w zakreślonym przez zamawiającego terminie stosowne wyjaśnienia zastrzegając je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Powyższe zastrzeżenie zamawiający uznał za zgodne z prawem i skuteczne.

Z powyższym nie zgodzili się inni wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i Ferrovial Agroman S.A. z siedzibą w Madrycie, którzy w dniu 20 października 2014 roku wniesli odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Salini, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 8 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Po pierwsze odwołujący podniósł, że złożone wyjaśnienia, jak można zakładać, nie zawierały szczegółowego uzasadnienia, które wskazywałoby na zasadność objęcia ich w całości tajemnicą przedsiębiorstwa. Wskazał, że wykonawca - poza obszernymi cytatami z orzecnictwa - w zasadzie nie podał żadnych okoliczności właściwych dla niego, które pozwalałyby przyjąć, że dokonane przez niego zastrzeżenie jest zasadne. Odwołujący podniósł, że nie można przyjąć pewnego automatyzmu polegającego na stwierdzeniu, że

każde wyjaśnienie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - z racji wskazania na sposób budowania ceny przez wykonawcę - zawsze i w całości mają charakter tajemnicy przedsiębiorstwa. Odwołujący wywodził, że dokument obejmujący wyjaśnienia nie musi, a czasami wręcz nie może, podlegać zastrzeżeniu w całości, lecz tylko w określonej części. Ponadto wskazywał, że przyczyny wyłączenia jawności muszą mieć charakter na tyle obiektywny, by możliwa była ich weryfikacja w postępowaniu odwoławczym. Dodatkowo odwołujący podniósł, że możliwość wyłączenia jawności postępowania istnieje w sytuacjach zupełnie wyjątkowych i to tylko i wyłącznie w uzasadnionych przypadkach przewidzianych w przepisach ustawy Pzp. Możliwość ta nie może być nadużywana lub traktowana rozszerzająco, albowiem zasada jawności postępowania jest zasadą nadrzędną. Ciężar udowodnienia zaistnienia absolutnie wyjątkowych okoliczności, uzasadniających utajnienie jawności postępowania i znajdujących oparcie w przepisach ustawy Pzp, spoczywa na wykonawcy, który takiego zastrzeżenia dokonał oraz na zamawiającym, w przypadku, gdy nie zdecydował się on na odtajnienie informacji, których jawność zastrzegł wykonawca, powołując się na konieczność ochrony przedsiębiorstwa. Zdaniem odwołującego w niniejszej sprawie nie sposób przyjąć, by wykonawca w sposób odpowiedni wykazał, że całość zastrzeganych przez niego informacji ma walor tajemnicy przedsiębiorstwa, a tym samym zamawiający bezpodstawnie uznał, że zastrzeżenie dokonane przez konsorcjum Salini jest zasadne.

Przechodząc do zarzutów merytorycznych odwołujący podniósł, że cena zaoferowana przez konsorcjum Salini jest rażąco niska, w związku z czym oferta tego wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Tak niska cena nie jest

uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi temu wykonawcy na wykonanie zamówienia bez strat finansowych. Cena ta jest -niższa niż ogólna wartość rynkowa tego zamówienia, co zauważył sam zamawiający żądając od konsorcjum Salini wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego nie sposób obiektywnie przyjąć, aby w tej sytuacji rynkowej konsorcjum Salini mogło zaoferować zgodnie z prawem cenę ofertową na poziomie niższym o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego i cen ofertowych wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu, w tym oferty odwołującego. Odwołujący podkreślił, że wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp było bardzo szczegółowe, zamawiający m.in. podkreślił, że oczekuje wyjaśnień

2

merytorycznych i popartych materiałem, który pozwoli na dokonanie oceny oferty. Odwołujący wskazał, że wobec objęcia wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Salini tajemnicą przedsiębiorstwa nie ma wiedzy, w jaki sposób została przygotowana odpowiedź na wezwanie zamawiającego niemniej jednak, zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia te mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe, a takie być powinny. Odwołujący podniósł ponadto, że w przypadku konsorcjum Salini nie zachodzą żadne szczególne okoliczności, właściwe tylko temu wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia. Ponadto, w zasadzie wszyscy ci wykonawcy należą do międzynarodowych koncernów, które wykonują roboty budowlane na całym świecie, a co za tym idzie korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp. Z powyższych względów wyjaśnienia konsorcjum Salini nie pozwalają przyjąć, że wykonawca ten za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat oraz że ta cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem, rozmiarami, koniecznym do jego wykonania nakładem pracy i materiałów etc. Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego wskazując, że jego potrzebę uzasadnia fakt, że wyjaśnienie okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia wymaga wiadomości specjalnych z zakresu budownictwa drogowego, mostowego oraz kosztorysowania, a ponadto potrzeba przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego związana jest z faktem utajnienia informacji i dokumentów związanych ze sposobem kalkulacji ceny ofertowej. Nie mając dostępu do tych wyjaśnień odwołujący nie jest w stanie podjąć szczegółowej polemiki ze stanowiskiem konsorcjum Salini i zamawiającego, zwłaszcza na poziomie wiadomości specjalnych. Odwołujący podniósł, że w wyniku zastrzeżenia wyjaśnień konsorcjum Salini został pozbawiony możliwości przedstawiania dowodów (a nawet samego zgłoszenia okoliczności faktycznych), odnoszących się do poszczególnych elementów tych wyjaśnień. Powołując się na orzecznictwo Izby odwołujący wskazał, że chociaż ciężar dowodu co do zasadności odrzucenia oferty spoczywa na wykonawcy, który żąda odrzucenia, to w sytuacji, gdy elementy oferty istotne z punktu widzenia obliczenia ceny oraz wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty należy oczekiwać od zamawiającego, który uznał to zastrzeżenie.

Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Salini, odtajnienia wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Salini w trybie art. 90 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, powtórzenia badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty konsorcjum Salini i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpiło konsorcjum Salini Polska wnosząc o oddalenie odwołania.

Wykonawca Astaldi S.p.A. z siedzibą w Rzymie przystąpił do postępowania

odwoławczego po stronie odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Wyrokiem z dnia 7 listopada 2014 roku Krajowa Izba Odwoławcza (sygn. akt KIO 2185/14) uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. odtajnienie wyjaśnień złożonych na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Salini Polska Sp. z o.o., Salini-Impregilo S.p.A., Todini Costruzioni Generali S.p.A., z wyjątkiem załączników do wyjaśnień, nazw kontrahentów oraz innych danych, które tych kontrahentów identyfikują (takich jak dane adresowe),
3. odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Salini Polska Sp. z o.o., Salini-Impregilo S.p.A., Todini Costruzioni Generali S.p.A.,
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Kosztami postępowania Izba obciążyła Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i

Autostrad Oddział w Olsztynie i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądziła od Skarbu Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad, reprezentowanego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Olsztynie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A. kwotę 23,600 zł stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Izba uznała za częściowo zasadny zarzut dotyczący zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa treści wyjaśnień udzielonych przez konsorcjum Salini w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu Izba podkreśliła, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zasadą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest ich jawność i art. 8 ust. 3 tej ustawy, jako wprowadzający wyjątek od zasady jawności, nie może być interpretowany rozszerzająco. W ocenie Izby poziom ogólności wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Salini nie pozwala uznać ich całości za skutecznie objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Wykonawca nie wskazał, w odniesieniu do pełnej treści wyjaśnień, konkretnych okoliczności pozwalających uznać poszczególne informacje za mające wartość gospodarczą. Zdaniem Izby w zdecydowanej większości treści tych wyjaśnień takich informacji nie zawiera zwłaszcza, że wyjaśnienia w dużej części cechują się znaczną ogólnością. W ocenie Izby podstaw do utajnienia wyjaśnień można dopatrzeć się jedynie w odniesieniu do załączników do pisma, jako że zawierają one informacje o kontrahentach wykonawcy, oferowanych przez nich cenach, warunkach współpracy, co może być uznane za informacje mające wartość gospodarczą, których ujawnienie może narazić wykonawcę na szkodę.

W ocenie Izby zasadny był również zarzut odwołującego dotyczący zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Salini, która to oferta zawierała rażąco niską cenę. Izba ustaliła, że konsorcjum Salini złożyło ofertę z najniższą ceną, stanowiącą 68,6% wartości szacunkowej oraz kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia oraz 71,3% średniej cen wszystkich ofert, 75,5% oferty odwołującego oraz 88,6% oferty Astaldi, która została odrzucona ze względu na niezgodność z treścią SIWZ oraz na błąd w obliczeniu ceny.

Izba wskazała, że w dniu 1 września 2014 roku zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 90 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz wyjaśnień dotyczących treści oferty. W ocenie Izby, biorąc pod uwagę przedmiot i specyfikę zamówienia oraz relację ceny zaoferowanej przez konsorcjum Salini do wartości szacunkowej

zamówienia i do cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, zasadne było wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty.

W tych warunkach Izba wskazała, że przedmiotem jej oceny była prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny tych wyjaśnień. Zdaniem Izby złożone wyjaśnienia potwierdziły, że cena nie została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia. Konsorcjum Salini w złożonych wyjaśnieniach powołało się na takie okoliczności, jak doświadczenie i renoma wykonawcy, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo-sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym, które to okoliczności w znacznej mierze należy uznać za cechujące większość wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Przede wszystkim jednak Izba ustaliła, że wykonawca nie udzielił należytej odpowiedzi na liczne pytania zamawiającego dotyczące cen materiałów uwzględnionych w całkowitej cenie jednostkowej wskazując w odpowiedzi na wszystkie z przedmiotowych pytań, szczegółowo wymienionych przez Izbę, że cena jednostkowa została uwzględniona w danej pozycji kosztorysu, który nie zawiera tak szczegółowego rozbicia cenowego. Na etapie przygotowywania kosztorysu, zamawiający nie wymagał tak szczegółowego rozbicia cenowego w zakresie sposobu kalkulowania ceny jednostkowej, składników tej ceny i cen poszczególnych składników. Odnosząc się do powyższego Izba wskazała, że informacje o cenach materiałów nie wynikają z załączonych do wyjaśnień kosztorysów potencjalnych podwykonawców, które sporządzone zostały metodą uproszczoną zawierającą pozycje scalone. Powyższe - w ocenie Izby - świadczy o tym, że zamawiający nie miał możliwości ustalenia ceny materiałów. Izba wskazała, że przystępujący nie podał w wyjaśnieniach również innych żądanych przez zamawiającego informacji, co w jej ocenie powoduje, że wykonawca nie wykazał, iż cena oferty została skalkulowana rzetelnie i

umożliwia należyłą realizację zamówienia. Izba wskazała ponadto, że wykonawca, składając

wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie był uprawniony do odmowy odpowiedzi na pytania zamawiającego z powołaniem się na fakt, że na etapie składania oferty zamawiający pewnych informacji nie wymagał. Wyjaśnienia służą bowiem uzyskaniu dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność zaoferowanej ceny. Wykonawca miał obowiązek udzielić wyjaśnień o wyższym stopniu szczegółowości, niż informacje, które musiały znaleźć się w ofercie. Izba podkreśliła, że pytania skierowane przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp były szczegółowe i precyzyjne, a mimo to konsorcjum Salini na wiele z nich nie udzieliło odpowiedzi i nie przedstawiło żądanych informacji, podejmując polemikę z dopuszczalnością ich żądania przez zamawiającego. W związku z tym Izba uznała, że brak jest faktycznych przesłanek do rozważenia dopuszczalności i zasadności ponownego wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w celu doprecyzowania wcześniej udzielonych informacji. Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 1 września 2014 roku przystępujący miał bowiem pełną wiedzę, jakich informacji oczekuje zamawiający i możliwość udzielenia wyczerpujących odpowiedzi z czego świadomie zrezygnował nie wykazując prawidłowości zaoferowanej ceny i jej rzetelnej kalkulacji.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez odwołującego i zgłoszonych przez niego wniosków dowodowych Izba podkreśla, że przedmiotem postępowania dowodowego i rozstrzygnięcia Izby była kwestia wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz ich ocena dokonana przez zamawiającego. Odwołujący, ze względu na utajnienie tych wyjaśnień, nie miał możliwości bezpośredniej polemiki z ich treścią. W ocenie Izby złożone przez odwołującego dowody (w postaci zestawienia ofert na drogi szybkiego ruchu z 2014 roku, zestawień cen materiałów budowlanych według SECOCENBUD oraz ofert uzyskanych przez odwołującego) uprawdopodobniły, że cena zaoferowana przez przystępującego nie jest realną ceną rynkową. Niezależnie od powyższego Izba podniosła, że decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia miała analiza złożonych przez przystępującego wyjaśnień, której ze względu na ich utajnienie odwołujący był pozbawiony. Ocena tych wyjaśnień nie wymagała wiadomości specjalnych i dlatego Izba oddaliła wniosek odwołującego o powołanie biegłego.

Reasumując Izba wskazała, że w jej ocenie na podstawie wyjaśnień udzielonych przez przystępującego zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty. Zaniechanie tego odrzucenia stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższym wyrokiem nie zgodzili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, tj. Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Salini-Impregilo

S.p.A. z siedzibą w Mediolanie i Todini Costruzioni Generali S.p.A. z siedzibą w Rzymie zaskarżając powyższy wyrok w zakresie nakazania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp - oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Skarżący zarzucili wyrokowi:

1) Naruszenie przepisów postępowania tj. art. 190 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 3 w zw. z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp i w zw. z art. 6 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie tj. brak wszechstronnej analizy materiału dowodowego w sprawie, co doprowadziło do błędnej oceny i uznania jako wiarygodne i uprawdopodobniające fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny przedstawionych przez konsorcjum Budimex dokumentów w postaci: zestawienia cen SECOCENBUD, ofert na drogi szybkiego ruchu z 2014 roku oraz ofert uzyskanych przez konsorcjum Budimex podczas, gdy dokumenty te w żaden sposób nie potwierdzały tego faktu, a w szczególności były nieprzydatne dla stwierdzenia okoliczności na potwierdzenie których zostały powołane, a tym samym wykonawca ten nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich zarzutów, że cena zaoferowana przez konsorcjum Salini jest ceną rażąco niską i nie udowodnił, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodowego, okoliczności, z których wywodził skutki prawne.

W uzasadnieniu tego zarzutu skarżący podkreślał, że postępowanie odwoławcze w sprawie zamówień publicznych jest postępowaniem kontrydiktoryjnym. Zgodnie z dyspozycją art. 190 ust 1 ustawy Pzp fakt powoływany przez stronę wymaga dowodu dla jego stwierdzenia, a ciężar dowodu danego faktu spoczywa po stronie osoby, która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Skarżący podkreślał, że w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny wskazał na zaoferowane mu przez dostawców ceny materiałów (w pkt „Zakupy centralne -niższe ceny materiałów¹⁾”), odnosząc je do cen z SEKOCENBUD i załączając załączniki od nr 6 do 10. Z przedstawionych wyjaśnień i dowodów wynikało dlaczego m.in. udało się obniżyć koszty realizacji przedmiotu zamówienia i o ile. Skarżący wskazał przy tym, że średni upust na zasadnicze materiały, kształtujący się na poziomie kilkunastu procent, który na etapie przygotowania oferty uzyskało konsorcjum Salini, był korzystniejszy od upustu wynoszącego około 5%, który na podobne materiały otrzymało Konsorcjum Budimex. Zatem dowód w postaci cenników w żaden sposób nie obalił dowodów przedstawionych przez konsorcjum Salini w toku procedury wyjaśniającej, a wręcz potwierdził, że konsorcjum Salini na większe możliwości w pozyskaniu kluczowych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia „w dobrych cenach*¹⁾”. W nawiązaniu do ciężaru dowodu skarżący wywodził, że konsorcjum Budimex stawiając zarzut, że oferta konsorcjum Salini zawiera rażąco niską cenę w żaden sposób nie wykazało tego faktu w toku prowadzonego postępowania

odwoławczego i nie przedstawiło ani jednego dowodu na poparcie tej tezy. Zdaniem skarżącego Izba „wyręczyła” konsorcjum Budimex z obowiązku wykazania faktów, na które powoływało się w swoim odwołaniu, a nadto uznała za skuteczne i potwierdzające pewne okoliczności dokumenty, które nie mogły stanowić dowodu na potwierdzenie stawianej tezy.

2) Naruszenie przepisów postępowania tj. art. 190 ust. 7 w zw. z art. 196 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj. brak wszechstronnej analizy materiału dowodowego i odmówienie wiarygodności wyjaśnieniom z dnia 30 września 2014 roku złożonym przez konsorcjum Salini oraz stanowisku zamawiającego, co doprowadziło do błędnej oceny, iż konsorcjum Salini nie złożyło wystarczających wyjaśnień i nie wykazało, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska podczas, gdy właściwa i wszechstronna ocena złożonych wyjaśnień oraz stanowiska zamawiającego winna prowadzić do wniosku, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską, a także poprzez brak w uzasadnieniu wyroku wskazania przyczyn dla których Izba odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej tym dowodom.

W uzasadnieniu tego zarzutu skarżący zarzucał, że uzasadniając wyrok Izba nie wskazała dlaczego automatycznie przyjęła, iż wszystkie wskazane przez konsorcjum Salini okoliczności takie jak: doświadczenie i renoma wykonawcy, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo-sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym, mają zastosowanie do innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu. Skarżący wywodził, że doszło do złamania zasady kontrydiktoryjności w przedmiotowym postępowaniu, gdyż Izba sformułowała błędne wnioski w oparciu o własne przeświadczenie, które nie znajdowało odzwierciedlenia w zebranym materiale dowodowym. Zdaniem skarżącego Izba oceniając materiał dowodowy całkowicie pominęła również kwestię stanowiska zamawiającego, który konsekwentnie potwierdzał, że dokonał wnikliwej oceny złożonych przez konsorcjum Salini wyjaśnień i uznał je za kompletne i wystarczające do uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Powyższe zdaniem skarżącego świadczy o tym, że Izba nie rozpatrzyła wszechstronnie zebranego materiału i nie była w stanie logicznie, zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego uzasadnić swojej decyzji.

3) Naruszenie prawa materialnego tj. art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwą interpretację, błędne zastosowanie i uznanie, że pytania zamawiającego wyznaczają zakres udzielanych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i wykonawca musi bezwzględnie na nie odpowiedzieć a także, że brak szczegółowej odpowiedzi na niektóre z pytań zamawiającego w ramach badania rażąco niskiej ceny powoduje uznanie, że wyjaśnienia są niewystarczające i automatyczne przyjęcie, że cena jest rażąco niska podczas, gdy prawidłowa wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, że wykonawca nie jest związany wyłącznie pytaniami zamawiającego lecz jest zobowiązany do wykazania, iż jego cena nie jest rażąco niską przedstawiając w tym celu obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów oraz że zamawiający jest zobowiązany do wszechstronnej oceny całych wyjaśnień i dowodów złożonych przez wykonawcę i dokonania na tej podstawie oceny, czy złożone wyjaśnienia są wystarczające.

W uzasadnieniu powyższego zarzutu skarżący wywodził, że to wykonawca ponosi negatywne konsekwencje ntewykazania okoliczności, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w związku z czym jest on uprawniony do wykroczenia poza zakres stawianych pytań, bądź nawet pominięcia ich w swoich wyjaśnieniach, które powinny być ocenione zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Brak odpowiedzi na wskazane przez zamawiającego kwestie nie może zdaniem skarżącego prowadzić do automatycznego uznania, że wykonawca nie wykazał, iż jego cena nie jest rażąco niska, przy czym skarżący wywodził, że wbrew stanowisku Izby udzielił odpowiedzi na wskazane pytania. Zdaniem skarżącego uwzględnienie powyższego zarzutu ma kluczowe znaczenie dla przedmiotowej sprawy, albowiem w ocenie Izby podstawą do odrzucenia oferty skarżącego było niezastosowanie się do treści wezwania zamawiającego, co w ocenie konsorcjum Salini jest błędnym wnioskiem. Podstawą odrzucenia oferty konsorcjum Salini mogła być bowiem rażąco niska cena, a nie pominięcie lub niepełne wyjaśnienie pewnych elementów, które nie miały wpływu na wysokość ceny za cały przedmiot zamówienia.

4) Naruszenie prawa materialnego tj. art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie i uznanie, że zamawiający dokonał niewłaściwej oceny złożonych przez konsorcjum Salini wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, podczas gdy wyjaśnienia te potwierdzały w sposób nie budzący wątpliwości, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Podnosząc powyższy zarzut skarżący wywodził, że w jego ocenie zamawiający dokonał właściwej, zgodnej z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp oceny złożonych wyjaśnień i dowodów, która to ocena doprowadziła go do przekonania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. W szczególności skarżący zarzucał, że wykazał oszczędność metody wykonania zamówienia poprzez planowany zakup kopalni kruszyw w lokalizacji pobliskiej dla miejsca realizacji zamówienia oraz posiadany sprzęt, oferty podwykonawców w zakresie wykonania robót, ale również oferty dostaw materiałów. Skarżący podniósł przy tym, że same oferty podwykonawców czy dostawców nie zostały zakwestionowane przez Izbę.

5) Naruszenie prawa materialnego tj. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że oferta konsorcjum Salini zawiera rażąco niską cenę w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

W uzasadnieniu powyższego zarzutu skarżący odnosił się do zakwestionowanych przez Izbę pytań zamawiającego, na które - zdaniem Izby - skarżący nie udzielił odpowiedzi wskazując, że wartość ofertowa wszystkich "niewyjaśnionych" pozycji stanowi 1,33% wartości całej oferty konsorcjum Salini, podczas gdy o rażąco niskiej cenie można mówić tylko w odniesieniu do ceny za całe zamówienie, a nie w odniesieniu do cen poszczególnych pozycji składających się na tą cenę. W ocenie skarżącego przyjmując zatem nawet stanowisko Izby, że konsorcjum Salini nie udzieliło wyczerpujących odpowiedzi na wskazane w uzasadnieniu wyroku pytania, z czym skarżący się jednak nie zgodził, wskazać należy, że pozycje te nie mają znaczącego przełożenia na wartość całej oferty, a w związku z tym brak, czy też nieprzekonujące wyjaśnienia w tym zakresie nie mogły stanowić podstawy do uznania, że zaoferowano rażąco niską cenę w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Na podstawie złożonych wyjaśnień Izba mogła co najwyżej uznać, że wyjaśnienia są niewystarczające w zakresie kilkunastu pozycji jednak, aby nakazać odrzucenie oferty niezbędnym było wykazanie, że wartość tych pozycji ma decydujący wpływ na cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, podczas gdy w przedmiotowej sprawie wpływ ten jest minimalny. Skarżący podnosił też, że konsorcjum Salini w toku postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę przedstawiło obszerne i w miarę możliwości szczegółowe wyjaśnienia potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Jak podnoszono również w uzasadnieniu pozostałych zarzutów wskazano, że Izba nie odniosła się do całości złożonych wyjaśnień lecz uznała, że brak szczegółowej odpowiedzi na niektóre z pytań zamawiającego stanowi wystarczającą podstawę do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Tymczasem zdaniem skarżącego zaoferowana cena ma pokrycie z uwagi na wyjątkowy potencjał materiałowo-sprzętowy, potencjał ekonomiczny czy dobrą współpracę z podwykonawcami. Skarżący zarzucał, że konsorcjum BUDIMEX nie udowodniło, że nie da się zrealizować przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez skarżącego cenę, przy czym, co szczególnie istotne, Izba, naruszając zasadę

kontrydiktoryjności, nie wskazała dlaczego wykazane przez konsorcjum Salini okoliczności, mające wpływ na wysokość ceny, należy uznać za niewiarygodne.

Z ostrożności procesowej, w razie*uznania, że złożone wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny mogły okazać się niewystarczające do stwierdzenia, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, skarżący zarzucił również:

6) Naruszenie prawa materialnego tj. art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i uznanie, że nie zachodzi potrzeba ponownego wezwania konsorcjum Salini do złożenia wyjaśnień.

W ocenie skarżącego jeżeli Izba uznała, że wyjaśnienie tych kilkunastu wypunktowanych przez nią pytań ma decydujące znaczenie dla uznania, czy oferta nie

zawiera rażąco niskiej ceny w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia, to jedynym trafnym i zgodnym z przepisami ustawy Pzp było wydanie wyroku nakazującego ponowne, uzupełniające wezwanie do złożenia wyjaśnień ze wskazaniem zakresu oraz czynników jakie winien wziąć pod uwagę zamawiający przy ocenie tych konkretnych odpowiedzi, aby dokonać prawidłowej oceny w zakresie rażąco niskiej ceny. Wbrew twierdzeniom. Izby, sama polemika z dopuszczalnością żądań zamawiającego, nie stanowi wystarczającej przesłanki do uznania, że nie istnieje potrzeba dodatkowego wezwania skarżącego do wyjaśnień.

Wskazując na powyższe, na podstawie art. 198f ust. 2 zd. drugie ustawy Pzp skarżący wniósł o:

1) uwzględnienie skargi oraz zmianę zaskarżonego wyroku KIO poprzez oddalenie zarzutu Konsorcjum Budimex w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym uznanie, że nie zachodzi potrzeba unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,

ewentualnie, w razie uznania, że wyjaśnienia złożone przez konsorcjum SALINI w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są niewystarczające, o:

2) uwzględnienie skargi oraz zmianę zaskarżonego wyroku poprzez nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnego badania ofert, w toku których zamawiający

Sygnatura akt IX Ca 39/15

..... ■ **

winien ponownie wezwać do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,

3) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, od przeciwnika skargi.

Przeciwnik skargi, tj. konsorcjum firm: Salini Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Salini Impregilo S.p.A. z siedzibą w Mediolanie oraz Todini Costruzioni Generali S.p.A. z siedzibą w Rzymie złożył odpowiedź na skargę, w której wniósł o jej oddalenie na podstawie art. 198f ust. 2 zdanie pierwsze ustawy Pzp oraz zasądzenie od skarżącego na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odpowiedzi na skargę, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 190 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6 k.c. przeciwnik skargi jako punkt wyjścia wskazał, że jeśli wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, to odwołujący w celu udowodnienia, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska, powinien powołać dowody przeciwne do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, a te nie są mu znane. W tej sytuacji obarczenie wyłącznie odwołującego ciężarem dowodu nakładałoby na niego obowiązek procesowy zasadniczo niemożliwy do spełnienia. Zatem, jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle, to w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty. Dodatkowo przeciwnik skargi podnosił, że wykonawca, aby wykazać realność ceny, powinien wykazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji. Zdaniem przeciwnika skargi skarżący tego jednak nie uczynił nie tylko w wyjaśnieniach ceny składanych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 90 ustawy Pzp, ale także w trakcie postępowania odwoławczego, mimo że zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp skarżący uprawniony był aż do

zamknięcia rozprawy wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Przeciwnik skargi wywodził, że o ile on sam uczynił zadość wymaganiom procesowym w ujęciu dowodowym -

poprzez powołanie się na dostępne dla niego dowody w postaci zestawienia ofert na drogi szybkiego ruchu z 2014 roku, zestawienia cen materiałów budowlanych według SECOCENBUDU i ofert uzyskanych przez niego od swoich podwykonawców - o tyle skarżący dowodów przeciwnych nie wskazał. Ponadto przeciwnik skargi wskazał, że zysk określany przez skarżącego w wysokości 3,2 %, w powiązaniu z wszelkimi niewyjaśnionymi kwestiami związanymi z poszczególnymi elementami kalkulacji w ramach kosztów, pośrednich i bezpośrednich, stawia pod znakiem zapytania w ogóle realność osiągnięcia tego zysku, która to okoliczność również potwierdza występowanie po stronie skarżącego rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutów z pkt 2 i 4 skargi jej przeciwnik wywodził, że okoliczności, które skarżący wskazuje na str. 10 skargi {renoma, sprzęt, kadra}, są właściwe wszystkim wykonawcom ubiegającym się o to zamówienie, co jest okolicznością powszechnie znaną i wielokrotnie w orzecznictwie podkreślaną. To nie Izba miała wykazać, że cena rażąco niska jest. Izba ocenia, czy skarżący udowodnił, że znajduje się w okolicznościach właściwych jemu, które pozwalają mu na zaoferowanie ceny tak drastycznie odbiegającej od wartości zamówienia i ceny pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu. Skarżący okoliczności takich nie wykazał. Wykonawca, składając wyjaśnienia do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również, w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Tymczasem skarżący nie wyjaśnił w jaki sposób doświadczenie, kondycja finansowa (know how) przekłada się na zaoferowaną cenę, a to właśnie te czynniki, objęte dodatkowymi pytaniami zamawiającego, spowodowały, jak wynika ze skargi, znaczne obniżenie ceny całkowitej zamówienia. Odnosząc się do ofert podwykonawców skarżącego przeciwnik skargi podnosił, że to skarżący powinien był udowodnić, że oferty podwykonawców są faktycznie realne, w szczególności w zakresie możliwości pozyskania przez podwykonawców materiałów za cenę mieszczącą się w ich ofercie. Bezzasadny jest więc zarzut, iż Izba złamała w tym zakresie zasady kontrydiktoryjności. Dodatkowo przeciwnik skargi wskazywał, że jednym z wiodących podwykonawców skarżącego jest Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Kobylarnia S.A., która to firma zasadniczo zajmuje się niewielkimi zamówieniami. Zdaniem przeciwnika skargi firma ta jako podwykonawca, na którym prawdopodobnie opierał się skarżący sporządzając ofertę, nie posiada odpowiedniego potencjału do wykonania robót o takim rozmiarze i złożoności. Co więcej wskazywał, że Kobylarnia S.A. jest jedyną spółką w grupie Mirbudu, która zajmuje się budownictwem drogowym i w związku z tym, że Mirbud S.A. wygrał już dwa duże kontrakty na budowę dróg ekspresowych można założyć, że potencjał Kobylami S.A. zostanie oddany do dyspozycji spółki matki do wykonania opisanych zamówień, zaś oferty Kobylami S.A. złożone przez skarżącego mają charakter jedynie blankietowy i jako takie zostały sporządzone jedynie dla potrzeb wyjaśnienia ceny przez skarżącego. Zdaniem przeciwnika skargi nie polega również na prawdzie twierdzenie skarżącego, że można uzyskać oszczędność wykonania zamówienia poprzez planowany zakup kopalni kruszyw w lokalizacji pobliskiej dla miejsca realizacji zamówienia (str. 15 skargi).

Odnosząc się do zarzutu z pkt 3 skargi jej przeciwnik wywodził, że wbrew twierdzeniu skarżącego, Izba swojego rozstrzygnięcia nie oparła na tym, że skarżący nie odpowiedział na wszystkie pytania zamawiającego. Była to jedynie okoliczność dodatkowa, potwierdzająca, że skarżący nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny. W tym zakresie przeciwnik skargi przywołał również wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013 roku, sygn. akt KIO 2794/13, w którym izba zauważyła, że „nie można z góry przesądzić, czy w danym przypadku konieczne było przedstawienie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów, czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych, energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, położenia siedziby blisko miejsca wykonania zamówienia, etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych....". Nawiązując do tego wyroku przeciwnik skargi wywodził, że wykonawca winien dążyć do wykazania wartości rynkowej poszczególnych elementów zamówienia, a tego bez wątpienia skarżący zaniechał.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 5 skargi jej przeciwnik podkreślał, że nawet gdyby przyjąć, że wartości niewyjaśnionych pozycji wynoszą 1,33% ceny, to i tak nadal niewyjaśnione

zostały kwestie związane z właściwymi tylko skarżącemu okolicznościami pozwalającymi na tak drastyczne obniżenie ceny. Skarżący nie przedstawił informacji o możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych powiązanych z rozpisywanymi także w skardze okolicznościami jak doświadczenie i renoma, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo - sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz duży potencjał finansowy, które to okoliczności zostały poddane w wątpliwość zamawiającego w 22 dodatkowych kwestiach. Właśnie m.in. brak wyjaśnień w tym zakresie miał decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia KIO. Także w kontekście powyższych wyjaśnień przeciwnik skargi podnosił, że nie sposób zgodzić się ze skarżącym, iż to na Izbie spoczywał ciężar udowodnienia, jaki wpływ na cenę całej oferty mają niewyjaśnione pozycje. Takie twierdzenie świadczyłoby o niedopuszczalnym przerzuceniu ciężaru dowodowego na Izbę.

W zakresie zarzutu z pkt 6 skargi przeciwnik skargi podkreślał, że pytania skierowane przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp były szczegółowe i precyzyjne, a skarżący na wiele z nich nie udzielił odpowiedzi i nie przedstawił zasadniczych informacji podejmując polemikę z dopuszczalnością ich zadania przez zamawiającego. W związku z tym - zdaniem przeciwnika skargi - brak jest faktycznych przesłanek do rozważania dopuszczalności i zasadności ponownego wezwania skarżącego do złożenia wyjaśnień w celu doprecyzowania wcześniej udzielonych informacji. Odnosząc się natomiast do zarzutu skarżącego, iż to „niewyjaśnienie kilkunastu pytań miało decydujące znaczenie” dla rozstrzygnięcia przeciwnik skargi podniósł, iż Izba w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku odniosła się nie tylko do braku odpowiedzi na kilkanaście pytań, ale również do braku jakiegokolwiek wyjaśnienia w odniesieniu do przesłanek jak: doświadczenie i renoma, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo - sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym, które ze względu na fakt, iż cechują większość wykonawców, powinny być precyzyjnie przełożone na konkretne elementy kalkulacji ceny skarżącego. Ponadto przeciwnik skargi podkreślił, iż wykonawca dysponował odpowiednim czasem na szczegółowe i precyzyjne ustosunkowanie się do wszystkich zadanych pytań, albowiem wezwanie do złożenia wyjaśnień zostało skonstruowane w dniu 1 września 2014 roku, natomiast odpowiedź wykonawcy została przesłana dopiero w

Iz

dniu 30 września, mimo terminu wyznaczonego przez zamawiającego na dzień 16 września 2014 roku. W ocenie przeciwnika skargi skarżący dysponował wystarczająco długim czasem na udzielenie rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień.

Przeciwnik skargi złożył też wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodów dołączonych do odpowiedzi na skargę podnosząc, że potrzeba ich przedstawienia dopiero na tym etapie wynika z konieczności ustosunkowania się do zarzutów zawartych w treści skargi. Dodatkowo podniósł, że na etapie formułowania odwołania - z uwagi na zastrzeżenie wyjaśnień w całości tajemnicą przedsiębiorstwa - przeciwnik skargi nie znał okoliczności faktycznych powołanych w treści skargi.

Dodatkowo na rozprawie przed Sądem skarżący podniósł dodatkowy zarzut naruszenia art. 196 ust. 4 ustawy Pzp wywodząc, że nie jest znana sfera motywacyjna KIO, gdyż w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Izba nie odniosła się do twierdzeń zamawiającego, który uznał, że złożone w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnienia wykazały, że zaoferowana przez skarżącego cena nie jest rażąco niska, a nadto nie wykazała, że cena skarżącego jest rażąco niska.

Skarżący na rozprawie złożył też wniosek o dopuszczenie dowodów z dokumentów w postaci protokołu obioru końcowego robót oraz dokumentów potwierdzających fakt otrzymania przez skarżącego nagród za wykonane inwestycje drogowe na okoliczność terminowego i prawidłowego wykonania przez niego robót związanych z inną inwestycją drogową, a także z dokumentu zawierającego symulację kosztów pozyskania piasku z

nowoplanowanej kopalni. Podniósł, że potrzeba zgłoszenia tych wniosków pojawiła się po zapoznaniu się z odpowiedzią na skargę. Wniósł również o pominięcie wniosków dowodowych zawartych w odpowiedzi na skargę oraz ich oddalenie jako niezasadnych.

Przeciwnik skargi na rozprawie w dniu 5 marca 2015 roku złożył wniosek dowodowy w przedmiocie dopuszczenia dowodów z dalszych dokumentów złożonych w trakcie rozprawy wskazując, że zgłasza je dopiero na tym etapie, gdyż zostały one sporządzone w styczniu 2015 roku. Zakwestionował również, jako nierealne, wielkości wskazane w symulacji kosztów pozyskania piasku z nowoplanowanej kopalni.

Zamawiający na rozprawie w dniu 5 marca 2015 roku oświadczył, że nie wnosi ani o uwzględnienie skargi, ani o jej oddalenie stwierdzając, że decyzję w tym zakresie pozostawia do uznania Sądu, z którego decyzją się zgodzi i przyjmie ją do wykonania.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie, albowiem nie zawierała żadnych zarzutów, które mogłyby skutkować zmianą zaskarżonego orzeczenia.

Na wstępie Sąd Okręgowy wskazuje, że w pełni podziela zarówno ustalenia faktyczne poczynione przez KIO, jak i wywody tej Izby zawarte w pisemnych motywach zaskarżonego orzeczenia.

Treść zarzutów zawartych w skardze wskazuje, że w istocie sprowadzają się one do zarzutów związanych z ciężarem dowodu oraz dotyczących dokonanej przez Izbę oceny zgromadzonych w sprawie dowodów, a w szczególności oceny złożonych przez skarżącego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Jeżeli chodzi o wywody skarżącego dotyczące ciężaru dowodu, w tym w szczególności te prezentowane na rozprawie przez sądem, to Sąd Okręgowy uznaje za całkowicie chybione stanowisko skarżącego jakoby to KIO miała cokolwiek w niniejszym postępowaniu udowadniać, a zwłaszcza za chybione uznać należy wywody, w których skarżący podnosił, że to KIO miała obowiązek udowodnić, że zaproponowana przez skarżącego cena jest rażąco niska. Z taką argumentacją nie sposób się zgodzić. Podkreślić trzeba, że zarówno postępowanie przed KIO, jak i przed Sądem, jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w ramach którego to strony obowiązane są przedstawiać fakty i dowody na ich potwierdzenie. W tych warunkach stawianie zarzutu jakoby to KIO czegoś nie udowodniła wydaje się być nieporozumieniem.

Pozostając przy ciężarze dowodu Sąd Okręgowy podkreśla, że zgodnie z przywołanymi w skardze przepisami, w tym zwłaszcza art. 6 k.c., ciężar dowodu w postępowaniu skargowym spoczywa na skarżącym. To skarżący zatem powinien wykazać

zasadność podnoszonych przez siebie zarzutów, czyli to, że ocena dokonana przez KIO była wadliwa w zakresie, w jakim KIO oceniła, że złożone przez skarżącego wyjaśnienia nie wykazały, że zaoferowana przez skarżącego cena jest ceną realną, tj., że nie jest rażąco niska. W ocenie Sądu Okręgowego skarżący nie sprostął powyższemu obowiązkowi. W istocie jego skarga stanowi gołosłowną polemikę z ustaleniami i ocenami KIO, polemikę, która w zasadzie niczego nowego do sprawy nie wniosła.

Sąd Okręgowy wskazuje, że kluczowe dla merytorycznego rozstrzygnięcia było ocenienie, kogo obciążał w niniejszej sprawie ciężar dowodu, i kto i co powinien udowadniać z negatywnymi konsekwencjami związanymi z nieudaniem się, bądź nieprzeprowadzeniem, dowodu na poszczególne okoliczności.

Punktem wyjścia w tym zakresie musi być wskazanie, że w toku postępowania

związanego z wyborem ofert zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez konsorcjum Salini cena nie jest rażąco niska. Wyrazem tych wątpliwości było wezwanie tego podmiotu do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Co istotne z tym wezwaniem wiązały się określone konsekwencje prawne, których skarżący stara się nie dostrzegać. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma jednak charakter wzruszalny - może zostać obalone przez wyjaśnienia udzielone przez wezwanego wykonawcę. W postępowaniu wyjaśniającym prowadzonym przez zamawiającego ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy udzielającym wyjaśnień. To konsorcjum Salini powinno zatem treścią swych wyjaśnień obalić powyższe domniemanie.

Wskazać trzeba, że konsorcjum Salini złożyło wyjaśnienia w ustawowym terminie, ale zastrzegło je w całości jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie można tej okoliczności pomijać. W toku postępowania przetargowego zamawiający nie odrzucił oferty skarżącego i z zachowania tego należy wyciągnąć wniosek, że zamawiający uznał, iż brak jest podstaw do odrzucenia tej oferty, w szczególności z uwagi na rażąco niską cenę.

Sąd Okręgowy uznał, że przy takim stanie faktycznym, tj. w sytuacji, kiedy po złożeniu wyjaśnień przez wykonawcę, zamawiający uznaje je za wystarczające i wybiera ofertę

wykonawcy składającego te wyjaśnienia, zgodzić trzeba się ze skarżącym co do tego, że na etapie postępowania odwoławczego - przed KIO - ciężar dowodu obciążał odwołującego, czyli konsorcjum Budimex. Dostrzegając powyższe nie można jednak równocześnie tracić z oczu tego, iż wyjaśnienia złożone przez konsorcjum Salini były w całości zastrzeżone, a zatem, że nie były jawne dla odwołującego. W tych warunkach odwołujący miał utrudnione możliwości dowodowe. Mimo powyższego - uwzględniając zarzuty zawarte w odwołaniu - Sąd Okręgowy uznał, że odwołujący ze swojego obowiązku dowodowego wywiązał się w należyty sposób. Sąd Okręgowy uznał, że odwołujący postawił dobre zarzuty, które do tego należyte uzasadnił, a które pozwoliły KIO dokonać oceny zachowania zamawiającego w zakresie, w jakim dokonywał on oceny wyjaśnień składanych przez konsorcjum Salini.

Po pierwsze odwołujący prawidłowo zakwestionował zasadność zastrzeżenia w całości wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Salini. Powyższe pozwoliło KIO, nie dzieląc oceny zamawiającego w tym zakresie, na odtajnienie wyjaśnień. Taką decyzję Izby Sąd Okręgowy w pełni podziela i uznaje za trafną.

Dodatkowo jednak odwołujący słusznie wskazał, że zarzuca, iż błędnie doszło do nieodrzużenia oferty z rażąco niską ceną. Odnosząc się do tej ceny podniósł, że - nie znając treści wyjaśnień - nie jest w stanie zająć merytorycznego stanowiska, ale postawił szereg ogólnych zarzutów, jak też wskazał, że zachodzi możliwość, iż złożone wyjaśnienia są zbyt ogólne, za mało precyzyjne i że nie sposób w oparciu o nie wyprowadzić wniosku, że obalają one domniemanie rażąco niskiej ceny. Takie zarzuty nakazywały Izbie dokonanie powtórnej oceny przedmiotowych wyjaśnień celem weryfikacji stanowiska zamawiającego co do braku konieczności odrzucenia oferty konsorcjum Salini. Słusznie zatem Izba w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku wskazała, że przedmiotem jej oceny była prawidłowość dokonanej przez zamawiającego oceny wyjaśnień złożonych przez konsorcjum Salini.

Jeżeli chodzi o te wyjaśnienia, to Sąd Okręgowy w pełni podziela ich ocenę dokonaną przez Izbę oraz wnioski co do tego, że wyjaśnienia te nie dają podstaw do przyjęcia, że cena została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia.

Sąd Okręgowy zgodził się z wnioskami Izby co do tego, że skarżący w swych wyjaśnieniach nie zawarł takich informacji, które w jednoznaczny sposób wykazywały realność zaoferowanej przez niego ceny. Słusznie Izba w uzasadnieniu swojego orzeczenia zwróciła uwagę na poziom szczegółowości, a w zasadzie jego brak, czyli zwróciła uwagę na zbyt ogólny charakter wyjaśnień.

Odnosząc się do powyższego Sąd Okręgowy wskazuje, że analiza treści złożonych przez skarżącego wyjaśnień wskazuje na pewną formułę zgodnie z którą były one sporządzane. W istocie stanowią one jedynie ogólne odpowiedzi, które nie sposób uznać za

wystarczające dla potrzeb oceny realności tej konkretnej zaoferowanej przez skarżącego ceny.

W rozpatrywanym przypadku, w ocenie Sądu Okręgowego, odwołujący konstruując wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny oparł się na terminach o dużym stopniu ogólności, nie popierając ich jednocześnie wystarczająco precyzyjnymi i wyczerpującymi w swej treści danymi w oczywisty sposób uzasadniającymi zaoferowanie niskiej ceny. Tymczasem celem złożenia wyjaśnień jest umożliwienie zamawiającemu zweryfikowania poprawności dokonanej przez wykonawcę kalkulacji ceny, a nie złożenie ogólnego zapewnienia, że wykonawca wykona zamówienie za oszacowaną przez siebie cenę. Jak wynika z art. 90 ust. 2 ustawy wyjaśnienia mają być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z tego powodu powinny być one wyczerpujące, konkretne i przekonujące, ujawniające najważniejsze składniki cenotwórcze. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z tego względu dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień, które będą odpowiednio umotywowane, przekonujące, że zaproponowana oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 9 kwietnia 2010 r. (IV Ca 1299/09, niepubl.), który Sąd orzekający w niniejszej sprawie w pełni podziela wykonawca powinien wskazać i opisać

obiektywne czynniki mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia powinny być jak najbardziej szczegółowe i winny zawierać wszystkie aspekty mające wpływ na cenę, tak aby nie pozostawiały wątpliwości co do prawidłowego jej wyliczenia, a jednocześnie nie mogły opierać się na samych oświadczeniach wykonawcy, gdyż art. 90 ust. 3 ustawy Pzp mówi o „dowodach” na ich potwierdzenie. Sąd Okręgowy podkreśla też, że ze złożonych przez wykonawcę wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp musi jednoznacznie wynikać możliwość zaoferowania tak niskiej ceny jaką zdecydował się złożyć wykonawca m.in. poprzez przedłożenie szczegółowych wyliczeń i wyjaśnień. Dodatkowo Sąd Okręgowy wskazuje (tak też: Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 5 stycznia 2007 r., sygn. V Ca 2214/06, niepubl.), iż wykonawca składający wyjaśnienia w trybie art. 90 ustawy Pzp nie może powoływać się na stosowanie niższych marż, zaopatrywanie się bezpośrednio u producentów, czy posiadanie stałego kręgu kontrahentów, gdyż tego typu czynniki są dostępne dla każdego z wykonawców. Nie są więc obiektywnie właściwe i wyjątkowe tylko dla wykonawcy proponującego niską cenę. Wymienione w art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp czynniki muszą charakteryzować się cechą wyjątkowości dostępnej dla danego wykonawcy. Oznacza to, że wykonawca podając konkretne przykłady powinien je dokładnie opisać i wskazać, jak wpływają one na obniżenie ceny. Przykład nie może polegać na wskazaniu niskich cen, ale na wyjaśnieniu dlaczego ten konkretny wykonawca ma możliwość zaoferowania właśnie takich cen. Istotne jest, aby wykonawca wykazał, że właśnie dzięki temu może różnić się od innych wykonawców, którym te akurat czynniki nie są dostępne. Jeżeli cecha właściwa danemu wykonawcy jest bez trudu dostępna dla innych wykonawców to nie może być mowy o szczególnych okolicznościach pozwalających na zaoferowanie niskiej ceny. Przyjmuje się też, że w przypadku gdy wyjaśnienia wykonawcy nie wskazują na indywidualne - dostępne tylko temu wykonawcy - uwarunkowania uzasadniające wysokość zaoferowanej ceny należy uznać, że wyjaśnienia spełniające wymagania przepisów komentowanej ustawy w ogóle nie zostały złożone.

W tym miejscu ponownie wskazać trzeba na jednolite stanowisko KIO i doktryny w zakresie rozłożenia ciężaru dowodowego w sytuacji zastosowania przez zamawiającego art. 90 ustawy Pzp. Jak się słuszenie przyjmuje konstrukcja przepisów zawartych w art. 90 ustawy Pzp pozwala na postawienie tezy, iż zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień należy

rozumieć jako przyjęcie domniemania, że cena oferty jest rażąco niska. Ciężar wykazania, iż tak nie jest, spoczywa na wezwanym do złożenia wyjaśnień wykonawcy. Może on wykorzystać to wezwanie do obalenia domniemania w drodze złożenia odpowiednich wyjaśnień. Za taką koncepcją opowiadała się też wielokrotnie KIO i pogląd ten jest w pełni popierany przez Sąd orzekający w niniejszej sprawie. I tak w szczególności w wyroku o sygn. KIO/UZP 1157/10 Izba stwierdziła, iż wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. W związku z ustanowieniem tego domniemania dowód braku

zaoferowania ceny rażąco niskiej spoczywa na wykonawcy. To wyjaśnienia wykonawcy mają doprowadzić do obalenia tego domniemania, a ciężar złożenia wyczerpujących wyjaśnień, iż oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, obciąża wykonawcę. Wykonawca powinien przedstawić dowód na twierdzenie przeciwne i winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za proponowaną cenę.

W ocenie Sądu Okręgowego poprzestając jedynie na złożeniu ogólnikowych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia powoływanych przyczyn wykonawca czyni to na własne niebezpieczeństwo. Słusznie Izba w zaskarżonym wyroku nie podzieliła poglądu skarżącego, że zamawiający dokonał rzetelnej i wyczerpującej oceny wyjaśnień. Podkreślić bowiem trzeba, że wobec ogólnikowych stwierdzeń zawartych w wyjaśnieniach zamawiający nie miał możliwości dokonywania głębszej analizy złożonych wyjaśnień gdyż nie zawierały one żadnych szczegółowych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. W ocenie Sądu znaczna część informacji zawartych w wyjaśnieniach skarżącego zawiera - wbrew dyspozycji art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - tylko ogólne stwierdzenia i nie wyjaśnia, czy i jaki wpływ mają poszczególne czynniki na konkretną wysokość zaoferowanej ceny, ani nie wskazują żadnych dowodów na potwierdzenie prawidłowości wyliczenia ceny. W tej sytuacji zamawiający był zobowiązany odrzucić ofertę skarżącego, skoro złożone wyjaśnienia nie potwierdziły, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia co dawało podstawę do uznania, że cena oferty jest rażąco niska - zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Ciężar dowodu, że cena nie jest ceną rażąco niską, spoczywa na wykonawcy składającego ofertę, a nie na zamawiającym, który w dodatku nie musi „podpowiadać” wykonawcy, dlaczego uważa cenę za rażąco niską.

W ocenie Sądu Okręgowego wyjaśnienia złożone przez skarżącego nie spełniają wyżej przedstawionych wymagań.

Jak wskazano powyżej wyjaśnienia z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, aby mogły skutecznie obalić domniemanie rażąco niskiej ceny i tym samym uchronić wykonawcę przed odrzuceniem jego oferty nie mogą być nie dość precyzyjne i szczegółowe. Tymczasem skarżący, odpowiadając na wezwanie zamawiającego, poprzestał na przedstawieniu ogólnych zapewnień, że w ofercie wycenił wszystkie roboty i ryzyko, podając własną kalkulację pozycji kosztorysu oraz powołując się na oferty podwykonawców. Tego typu wyjaśnień nie można uznać za wystarczające. Podkreślić bowiem trzeba, że każdą wartość podaną w kosztorysie ofertowym można rozbić na pozycje cząstkowe, co nie jest równoznaczne z wykazaniem rynkowego charakteru ceny. Dopiero połączenie rozbicia analizowanej ceny z dowodami wskazującymi na realność przyjętych cen cząstkowych (np. przyjętych kosztów materiałów, robocizny, sprzętu), może wskazywać na to, że cena poddawana analizie została ustalona w sposób prawidłowy. Podobnie przedstawienie oferty podwykonawcy na wykonanie pewnych robót, bez analizy, czy cena podana przez podwykonawcę jest realna, nie świadczy o tym, że wykonawca za podaną cenę będzie w stanie wykonać przedmiot zamówienia.

Sąd Okręgowy zgodził się w szczególności z oceną izby, że skarżący nie wykazał, aby w przypadku konsorcjum Salini zachodziły jakieś szczególne okoliczności, właściwe tylko temu wykonawcy, które pozwoliłyby mu wycenić przedmiot zamówienia na tak niskim poziomie. Wykonawcy, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie i zasoby własne niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia. Ponadto, w zasadzie wszyscy ci wykonawcy należą do międzynarodowych koncernów, które wykonują roboty budowlane na całym świecie, a co za tym idzie korzystają z tzw. efektu skali przy dokonywaniu zakupów, negocjowaniu umów dostaw itp. Z powyższych względów, wyjaśnienia konsorcjum Salini nie pozwalają przyjąć, że wykonawca ten za zaoferowaną cenę jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia bez strat oraz że ta cena jest adekwatna do przedmiotu zamówienia, jego wartości, wyznaczonej zakresem, rozmiarami, koniecznym do jego wykonania nakładem pracy i materiałów etc.

Konsorcjum Salini w złożonych wyjaśnieniach powołało się na takie okoliczności, jak doświadczenie i renoma wykonawcy, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo-sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym, które to okoliczności w znacznej mierze należy uznać za cechujące większość wykonawców ubiegających się o tego rodzaju zamówienia o podobnej skali i wartości. Sąd Okręgowy podkreśla, że w istocie wyjaśnienia w

tym zakresie sprowadzały się do ogólników, które nie niosły informacji o możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Tymczasem wykonawca winien dążyć do wykazania wartości rynkowej poszczególnych elementów zamówienia. Skarżący nie przedstawił informacji o możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych powiązanych z rozpiszanymi także w skardze wskazanymi powyżej okolicznościami, które to okoliczności zostały poddane w wątpliwość zamawiającego w 22 dodatkowych kwestiach. Właśnie m.in. brak wyjaśnień w tym zakresie miał decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia KIO. Powyższa kwestia wymagała szczególnego wyjaśnienia nie tylko z uwagi na wątpliwości zamawiającego, ale i ze względu na fakt, iż powyższe okoliczności cechują większość wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Z tych względów powinny być precyzyjnie przełożone na konkretne elementy kalkulacji ceny skarżącego. To nie Izba miała wykazać, że cena jest rażąco niska. Izba oceniła, czy skarżący udowodnił, że znajduje się w okolicznościach właściwych tylko jemu, które pozwalają mu na zaoferowanie ceny tak drastycznie odbiegającej od wartości zamówienia i ceny pozostałych ofert złożonych w tym postępowaniu. W ocenie Sądu skarżący okoliczności takich nie wykazał. Wykonawca, składając wyjaśnienia do ceny oferty, powinien wskazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny, ale również, w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Tymczasem skarżący nie wyjaśnił w jaki sposób doświadczenie, kondycja finansowa (know how) przekłada się na zaoferowaną cenę, a to właśnie te czynniki, objęte dodatkowymi pytaniami zamawiającego, spowodowały, jak wynika ze skargi, znaczne obniżenie ceny całkowitej zamówienia.

Jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku Izba ustaliła, że wykonawca nie

udzielił odpowiedzi na liczne pytania zamawiającego dotyczące cen materiałów

uwzględnionych w całkowitej cenie jednostkowej. Izba wskazała przy tym dokładnie jakie

26

pytania ma na myśli. Jednocześnie podniosła, że w odpowiedzi na wszystkie z powyższych pytań wykonawca wskazał, że cena jednostkowa została uwzględniona w danej pozycji kosztorysu, który nie zawiera tak szczegółowego rozbicia cenowego. Na etapie przygotowywania kosztorysu, zamawiający nie wymagał tak szczegółowego rozbicia cenowego w zakresie sposobu kalkulowania ceny jednostkowej, składników tej ceny i cen poszczególnych składników. Cytując powyższą odpowiedź skarżącego Izba dodała, że informacje o cenach materiałów nie wynikają również z załączonych do wyjaśnień kosztorysów potencjalnych podwykonawców, gdyż sporządzone zostały one metodą uproszczoną, a zatem przedstawiają pozycje scalone. Wskazując na powyższe Izba uznała, że zamawiający nie miał możliwości ustalenia ceny materiałów. Z takim ustaleniem Izby w pełni zgadza się Sąd Okręgowy. Oczywiście jest, że ceny materiałów stanowią jeden z elementów cenotwórczych mających wpływ na cenę ogólną oferty. Tym samym - zwłaszcza wobec jednoznacznego żądania zamawiającego w tym zakresie - skarżący powinien swoimi wyjaśnieniami i dołączonymi do nich dowodami dowieść, że zaoferowane przez niego ceny materiałów ujęte w ofercie są rynkowe i realne. W ocenie Sądu skarżący nie sprostował powyższemu. Odnosząc się do ofert podwykonawców skarżącego Sąd Okręgowy wskazuje, że to skarżący powinien był udowodnić, że oferty podwykonawców są faktycznie realne, w szczególności w zakresie możliwości pozyskania przez podwykonawców materiałów za cenę mieszczącą się w ich ofercie.

Ponadto Sąd Okręgowy zgodził się też z wnioskami Izby co do tego, że nie złożono również wyjaśnień, na podstawie których można by ustalić, że niezbędne materiały rzeczywiście mogą być przystępnymu dostępne za określoną cenę. Powyższe jest istotne tym bardziej, że podwykonawcami, którzy mieli zapewnić skarżącemu dostawę materiałów po znacznie obniżonych cenach nie byli producenci tych materiałów. Twierdzenia skarżącego, jakoby podwykonawcom tym mogły pozostać jakieś materiały po realizacji uprzednich inwestycji pozostały gołosłowne.

Sąd Okręgowy zgadza się z Izbą co do tego, że pomimo wyraźnego żądania, nie złożono jakichkolwiek informacji, w oparciu o które zamawiający mógłby przeanalizować,

czy zaproponowane ceny mają charakter rynkowy, a tego właśnie powinny dowieść wyjaśnienia.

Słusznie też Izba wypunktowała w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku, że skarżący w swych wyjaśnieniach nie podał również i innych żądanych przez zamawiającego informacji, takich jak: wskazanie technologii robót, która umożliwia ich wykonanie po tak niskiej cenie (pytanie nr 54), opisanie technologii demontażu słupów (pytanie nr 77), szczegółowe opisanie technologii robót uwzględnionych w cenie jednostkowej w poz. 3 G.A Przebudowa gazociągu (pytanie nr 82). W przypadku pierwszego z wymienionych wyżej pytań wykonawca nie udzielił odpowiedzi w zakresie technologii, a w odniesieniu do kolejnych dwóch poinformował jedynie, że przewidywana technologia jest zgodna ze standardem stosowanym obecnie przez zamawiającego i zasadami sztuki budowlanej. Słusznie takie oświadczenia Izba poczytała jedynie za zapewnienie wykonawcy co do zgodności oferty z treścią SIWZ, nie zaś za wyjaśnienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Powyższej kwestii skarżący w swej skardze nie wyjaśnił. Nie wyjaśnił też wątpliwości dotyczących wskazanego przez Izbę pytania nr 75, w odpowiedzi na które skarżący - mimo wyraźnego żądania zamawiającego w tym zakresie - nie podał wysokości opłat eksploatacyjnych właściciela sieci. Izba wskazała też, że w odpowiedzi na pytania nr 87 i 88, w których zamawiający prosił o wskazanie sposobu skalkulowania ceny z podziałem na robociznę, materiał i sprzęt, przystępujący poinformował jedynie, że na etapie przygotowania kosztorysu zamawiający nie wymagał rozbicia ceny z podziałem na robociznę, materiał i sprzęt. Dodatkowo Izba zwróciła uwagę i na to, że w części pytań zamawiający prosił również o wyszczególnienie wszystkich materiałów uwzględnionych w cenie, w odpowiedzi na co przystępujący ograniczył się do wskazania, że w pozycji uwzględniono wszystkie niezbędne do realizacji materiały oraz pozostałe elementy składowe ceny.

Sąd Okręgowy po zapoznaniu się z wyjaśnieniami złożonymi przez skarżącego poczytuje je nie jako zmierzające do faktycznego wyjaśnienia wątpliwości zamawiającego czy też zmierzające do wykazania realności zaoferowanej ceny. W znacznej części nie zawierają one nic nowego, dodatkowego, poza gołosłownymi zapewnieniami. W wielu kwestiach w istocie stanowią one jedynie powtórzenie czy to treści pytania, czy stanowią zapewnienie

wykonawcy o zamiarze realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ. Skarżący odsyła też do oferty podwykonawcy, która jako sporządzona metoda scaloną nie wyjaśnia spornych kwestii. Ponadto część okoliczności, które zdaniem skarżącego, mają wpływ na wielkość ogólnej ceny oferty, została jedynie przez skarżącego wskazana ale bez zaznaczenia, jak dana okoliczność w ujęciu ekonomicznym przekłada się na możliwość obniżenia ceny i o ile.

W świetle powyższego - w ocenie Sądu Okręgowego - Izba słusznie uznała, że wykonawca nie wykazał, iż cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwia należytą realizację zamówienia. Wykonawca, składając wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie był uprawniony do odmowy odpowiedzi na pytania zamawiającego z powołaniem się na fakt, że na etapie składania oferty zamawiający pewnych informacji nie wymagał. Wyjaśnienia służą bowiem uzyskaniu dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność zaoferowanej ceny. Wykonawca miał obowiązek udzielić wyjaśnień o wyższym stopniu szczegółowości niż informacje, które musiały znaleźć się w ofercie.

Warto też wskazać, że na rozprawie przed KIO odwołujący wskazywał dodatkowo uwagę na "wątpliwe" jego zdaniem pozycje oferty konsorcjum Salini uzasadniając źródło swojej wątpliwości w tym zakresie (vide: k. 46-47 akt sprawy). Tymczasem konsorcjum Salini nie tylko w żaden sposób nie rozwiało powyższych wątpliwości, ale i też w żaden sposób nie odniosło się do podnoszonej przez odwołującego kwestii.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Izby co do tego, że złożone wyjaśnienia nie wykazały, że cena została skalkulowana prawidłowo w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia. W ocenie Sądu na podstawie wyjaśnień

udzielonych przez skarżącego zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty. Zaniechanie tego odrzucenia stanowiło naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W tym miejscu Sąd Okręgowy podkreśla, że skarżący nie podważył w wywiedzionej skardze przedstawionej powyżej oceny Izby. W zasadzie do żadnej ze wskazywanych powyżej kwestii skarżący nie odniósł się w swej skardze, a jedynie ograniczył się do zarzutów jakoby Izba niezasadnie przypisała wszystkim ubiegającym się o udzielenie zamówienia wskazywanych przez niego okoliczności takich jak: doświadczenie i renoma wykonawcy,

dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie własnym sprzętem czy bazą materiałową, wykwalifikowaną i efektywnie zarządzaną kadrą oraz dużym potencjałem finansowym. Tym kwestiom poświęcona została spora część uzasadnienia skargi.

W ocenie Sądu Okręgowego skarżący skupiał się nie tyle, na wykazaniu, że jego wyjaśnienia faktycznie i wbrew ustaleniom Izby obalały domniemanie rażąco niskiej ceny, co skupiał się na podnoszeniu, że nie można przyjąć, że konsorcjum Budimex wykazało, że zaoferowana przez konsorcjum Salini cena jest rażąco niska. Skarżący podnosił przy tym, że KIO w nieuprawniony sposób wyręczyło w tym zakresie odwołującego czyli konsorcjum Budimex, które w istocie nie przedstawiło żadnych konkretnych dowodów na rażąco niską cenę, a mimo to Izba cenę zaoferowaną przez skarżącego za takową uznała.

Sąd Okręgowy nie podziela powyższego stanowiska.

Po pierwsze, na etapie postępowania skargowego to na konsorcjum Salini, jako na skarżącym, spoczywał ciężar dowodu, że jego skarga jest zasadna, a zatem to on powinien wykazać, że ocena dokonana przez KIO, w świetle dowodów zaoferowanych w postępowaniu, była wadliwa i nieuprawniona. Tym samym Skoro konsorcjum Salini nie zgadzało się z orzeczeniem KIO i zdecydowało się na jego zaskarżenie, to ono powinno na etapie postępowania skargowego wykazać, że dokonana przez zamawiającego ocena jego wyjaśnień była prawidłowa, zaś ta dokonana przez KIO, błędna.

Po drugie, nie można się zgodzić z wywodami skarżącego, że KIO wyręczyła odwołującego w dowodzeniu. Odwołujący postawił skuteczne i prawidłowe zarzuty co do nieodrżucenia oferty skarżącego, a w szczególności co do wadliwości oceny wyjaśnień dokonanej przez zamawiającego, a zatem Izba dokonując oceny przedmiotowych wyjaśnień, nie wyręczała odwołującego w dowodzeniu tylko wypełniała swoje zadania tj. na skutek wywiedzonego odwołania weryfikowała prawidłowość decyzji zamawiającego. Miała zatem pełne prawo nie podzielić ocen dokonanych przez zamawiającego. Ostatecznie to przecież na skutek odwołania konsorcjum Budimex i podniesionych w nim zarzutów doszło do ponownej oceny złożonych wyjaśnień i orzeczenia Izby, z którego wynika, że ocena tych wyjaśnień dokonana przez zamawiającego była nieprawidłowa.

Sąd Okręgowy w tym miejscu zwraca uwagę, że wszelkie fakty i dowody na ich poparcie, zmierzające do obalenia domniemanie rażąco niskiej ceny, powinny być składane w wyjaśnieniach złożonych w ustawowym terminie do 30 września 2014 roku. Powyższe wynika z ugruntowanego w tym zakresie stanowiska i KIO i sądów, że wszelkie argumenty zmierzające do wykazania, że zaoferowana przez skarżącego cena nie jest rażąco niska powinny być przytoczone na etapie składania wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp, a nie w trakcie postępowania odwoławczego, czy skargowego. Przyjęcie, złożonych dopiero na rozprawie, czy to przed KIO, czy Sądem, wyjaśnień i dowodów w przedmiocie rażąco niskiej ceny doprowadzić może bowiem do odebrania innym wykonawcom możliwości weryfikowania działań (zaniechań) zamawiającego w toku prowadzonej procedury o udzielenie zamówienia i w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji. Tym samym Sąd Okręgowy orzekający w niniejszej sprawie podziela w tym zakresie linię orzecniczą zgodnie z którą wyjaśnienia wykonawcy dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny na etapie postępowania odwoławczego, tj. składane w odwołaniu i na rozprawie (tym bardziej przed Sądem) są spóźnione, a kolejne wezwanie przez zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny naruszyłoby art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Pisma składane w toku postępowania odwoławczego nie mogą bowiem stanowić substytutu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zarówno

postępowanie odwoławcze, jak i skargowe, ma na celu kontrolę poprawności czynności zamawiającego, tj. oceny tych wyjaśnień, a w konsekwencji decyzji o np. zaniechaniu odrzucenia oferty (jej wyborze).

Reasumując, wyjaśnienia obalające domniemanie rażąco niskiej ceny, zgodnie z art.

90 ust. 1 ustawy Pzp złożone muszą zostać zamawiającemu w określonym przez niego terminie, dlatego też niedopuszczalne jest ich późniejsze (po upływie wyznaczonego terminu) uzupełnianie czy uszczegóławianie, czy to bezpośrednio zamawiającemu, czy też Izbie bądź Sądowi, na etapie postępowania odwoławczego bądź skargowego. Rozprawa przed Izba, a tym samym również przed Sadem, nie jest miejscem dla przedstawiania dalszych wyjaśnień z art. 90 ustawy Pzp. Rozprawa nie jest bowiem składnikiem postępowania przetargowego, lecz podlega odrębnym regułom proceduralnym organu zewnętrznego (tak w szczególności KIO w wyroku z dnia 27 marca 2013 r., KIO 593/13, LEX 31

nr 1308983, w wyroku z dnia 19 czerwca 2013 r., KIO 1317/13, LEZ nr 1388371, w wyroku z dnia 5 marca 2013 r., KIO 337/13, LEX nr 1295026, w wyroku z dnia 29 lipca 2013 r., KIO 1688/13, LEX nr 1396590).

Wobec powyższego słusznie Izba w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku dokonała oceny prawidłowości czynności zaniechania zamawiającego opierając się o posiadane przez niego informacje. W postępowaniu odwoławczym nie można bowiem dokonać skutecznego uzupełnienia wyjaśnień czy przedstawiania nowych dowodów, których przedstawienia zaniechano w toku postępowania przed zamawiającym. Takie stanowisko zajął m.in. Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 kwietnia 2010 roku (sygn. IV Ca 1299/09, niepubl.) wskazując, że złożenie przez skarżącego dodatkowych wyjaśnień i przedstawienie nowych argumentów (w celu wykazania prawidłowości wyliczenia wskazanej w ofercie ceny) dopiero na rozprawie było spóźnione i nie mogło być wzięte pod uwagę ani przez Izbę, ani tym bardziej przez Sąd Okręgowy. Definicja "określonego terminu" na złożenie wyjaśnień zamawiającemu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) oznacza, że informacje i dowody przedstawione przez wykonawcę muszą być znane zamawiającemu na konkretnym etapie postępowania przetargowego (celem umożliwienia mu podjęcia decyzji co do ewentualnego przyjęcia oferty lub jej odrzucenia), a nie w toku postępowania odwoławczego lub skargowego.

Ostatecznie Sąd Okręgowy uznał, że na etapie postępowania skargowego inicjatywa dowodowa skarżącego powinna zmierzać nie do uzupełnienia złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyjaśnień, a do wykazania, że ocena tych wyjaśnień dokonana przez KIO była nieprawidłowa i dla czego. Skarżący powinien zatem przekonać Sąd, że wyjaśnienia, które on złożył na żądanie zamawiającego, były wystarczające dla uznania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska.

Skarżący mógł, a nawet - chcąc należycie wypełnić spoczywający na nim obowiązek dowodowy - powinien, poprzez nawiązanie do poszczególnych części swoich wyjaśnień, dowodzić, że w istocie wykazał nimi, że zaoferował cenę, realną, możliwą i rynkową.

Tymczasem skarżący ograniczył się do stawiania zarzutów co do tego, że w toku

dotychczasowego postępowania nie zostało udowodnione, że zaoferowana przez niego cena

jest rażąco niska. Co prawda w swojej skardze skarżący nawiązuje do niektórych części swoich wyjaśnień, ale i nawet w tej części te wskazywane przez skarżącego wyjaśnienia

charakteryzuje, zbyt duży poziom ogólności, w szczególności brak wyraźnego wskazania, jak poszczególne podnoszone przez niego okoliczności przekładają się na możliwość zaoferowania tak niskiej ceny.

W przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż Izba - wbrew wywiodom i zarzutom skarżącego - dokonała prawidłowej i pełnej oceny złożonych przez skarżącego wyjaśnień {na ile było to możliwe wobec tak lakonicznych stwierdzeń}' ostatecznie konstatując, że wobec braku wykazania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, ofertę skarżącego należało odrzucić.

W ocenie Sądu Okręgowego poprzestając jedynie na złożeniu lakonicznych wyjaśnień i odstępując od udowodnienia realności zaoferowanej ceny, skarżący wykonawca czynił to na własne niebezpieczeństwo. Sąd Okręgowy podzielił przy tym stanowisko Izby, że zamawiający w niniejszej sprawie nie miał możliwości dokonania głębszej analizy złożonych wyjaśnień, gdyż nie zawierały one żadnych obszerniejszych danych, które takiej analizie mogłyby być przez zamawiającego poddane. Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, iż udzielenie przez wykonawcę odpowiedzi, której nie można ocenić z uwzględnieniem art. 90 ust. 2 ustawy Pzp prowadzi do przyjęcia, że wyjaśnienia w rozumieniu ustawowym nie zostały udzielone, a w konsekwencji wykonawca nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Biorąc pod uwagę powyższe Sąd Okręgowy wskazuje, że problem dowodowy w zakresie oceny podniesionych zarzutów skupia się przede wszystkim na niewłaściwym wykazaniu przez wezwanego wykonawcę, że zaoferowana cena jest ceną realną, tzn., że ponoszone na wykonanie zamówienia koszty zostaną pokryte z ceny oferty oraz, że wykonawca jeszcze z tego tytułu osiągnie zysk. Przy tak ogólnych i niepełnych wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę jedynym słusznym wnioskiem było stwierdzenie, że wykonawca w ofercie nie wykazał ceny rynkowej i realnej, zapewniającej należyte wykonanie zamówienia. Również zamawiający uznając takie wyjaśnienia za udowadniające, że za zaoferowaną cenę wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie, naruszył przepis art. 7 ust.

1 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Słusznie zatem podniesione w odwołaniu zarzuty

33

w tym zakresie Izba uznała za zasadne. Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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, co - ze wskazanych wyżej względów - miało miejsce w zakresie uznanych za zasadne zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Sąd Okręgowy odnosząc się do zarzutu z pkt 1 skargi, tj. naruszenia przepisów postępowania - art. 190 ust. 1 w zw. z art. 190 ust. 3 w zw. z art. 190 ust. 7 ustawy Pzp i w zw. z art. 6 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie tj. brak wszechstronnej analizy materiału dowodowego w sprawie, co doprowadziło do błędnej oceny i uznania jako wiarygodne i uprawdopodobniające fakt zaoferowania rażąco niskiej ceny, przedstawionych przez konsorcjum Budimex dokumentów w postaci: zestawienia cen SECOCENBUD, ofert na drogi szybkiego ruchu z 2014 roku oraz ofert uzyskanych przez konsorcjum Budimex podczas, gdy - zdaniem skarżącego -dokumenty te w żaden sposób nie potwierdzały tego faktu, a w szczególności były nieprzydatne do stwierdzenia okoliczności na potwierdzenie których zostały powołane a tym samym wykonawca ten nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich zarzutów, że cena zaoferowana przez konsorcjum Salini jest ceną rażąco niską i nie udowodnił, zgodnie z rozkładem ciężaru dowodowego, okoliczności, z których wywodził skutki prawne, wskazuje, że nie doszło w niniejszej sprawie do naruszenia żadnego ze wskazanych powyżej przepisów. Sąd Okręgowy w tym miejscu wskazuje, że co prawda KIO w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku wskazała, że złożone przez odwołującego dowody w postaci zestawienia ofert na drogi szybkiego ruchu z 2014 roku, zestawień cen materiałów budowlanych według SECOCENBUD oraz ofert uzyskanych przez odwołującego

uprawdopodobniły, że cena zaoferowana przez przystępującego (skarżącego) nie jest realną ceną rynkową, to jednak Izba ta podkreślała kilkakrotnie, że przedmiotem postępowania dowodowego i rozstrzygnięcia Izby była kwestia wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz ich ocena dokonana przez zamawiającego. Izba wskazała przy tym, że właśnie analiza tych wyjaśnień miała decydujące znaczenie dla merytorycznego rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Z przyczyn szeroko omówionych powyżej Sąd Okręgowy podzielił takie stanowisko Izby stwierdzając przy tym, że Izba ta dokonała wszechstronnej oceny przedmiotowych wyjaśnień wyprowadzając z nich logiczne i prawidłowe wnioski.

Niezależnie od powyższego Sąd Okręgowy dodatkowo wskazuje, że jeśli wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa to odwołujący w celu udowodnienia, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska, powinien powołać dowody przeciwnie do okoliczności wskazanych w wyjaśnieniach, a te nie są mu znane. W tej sytuacji obarczenie wyłącznie odwołującego ciężarem dowodu nakładałoby na niego obowiązek procesowy zasadniczo niemożliwy do spełnienia. Zatem, jakkolwiek nie można zwolnić odwołującego się wykonawcy od aktywności procesowej w ogóle, to w sytuacji zastrzeżenia wyjaśnień ceny oferty jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to od zamawiającego, który uznał zastrzeżenie, należy oczekiwać wykazania w postępowaniu odwoławczym, że udzielone wyjaśnienia wskazują na rzetelne obliczenie ceny oferty.

W kontekście zastrzeżenia w całości wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wskazać należy, że na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie, w jakim przepis ten stanowi o odrzuceniu oferty zawierającej rażąco niską cenę oraz art. 90 tej ustawy w zakresie przewidzianego w tym przepisie postępowania wyjaśniającego, jednolicie w zasadzie przyjmuje się i w doktrynie i orzecznictwie - i pogląd ten podziela Sąd orzekający w niniejszej sprawie - że w tych przypadkach możliwe jest odejście od prostej zasady z art. 6 k.c. i przewidzianej w nim reguły dowodzenia i ciężaru dowodu, zgodnie z którą ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Tym samym w takim przypadku to wykonawca ma obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W aktualnym stanie prawnym wynika to wprost z art. 90 ust. 2, a przed nowelizacją tego przepisu powyższe wynikało z koncepcji, że zwrócenie się przez zamawiającego o udzielenie wyjaśnień jest konsekwencją domniemania rażąco niskiej ceny.

Uwzględniając powyższe Sąd Okręgowy uznał, że o ile przeciwnik skargi stawiając w swym odwołaniu zarzuty ogólne odnoszące się do możliwie zbyt mało precyzyjnych wyjaśnień skarżącego, a nadto podnosząc kilka kwestii szczegółowych, w tym te, wykazane przywołanymi powyżej dowodami w postaci zestawienia ofert na drogi szybkiego ruchu z 2014 roku, zestawienia cen materiałów budowlanych według SECOCENBUDU i ofert uzyskanych przez niego od swoich podwykonawców, uczynił zadość wymaganiom

procesowym w ujęciu dowodowym, o tyle skarżący dowodów przeciwnych nie wskazał. Tym samym stawianie zarzutów dotyczących naruszenia przepisów postępowania określonych w art. 190 ustawy Pzp nie zasługiwało na uwzględnienie.

Chybione były również zarzuty z pkt 2 skargi. Ponad to, o czym była już mowa wyżej, warto w tym kontekście jeszcze wskazać, że skarżący zarzucał, że KIO z sobie tylko znanych powodów nie uwzględniło stanowiska zamawiającego, który uznał wyjaśnienia skarżącego za wystarczające. Tym samym skarżący podnosił, że Izba dokonała błędnej oceny przedmiotowych wyjaśnień w sytuacji, gdy właściwa i wszechstronna ocena złożonych wyjaśnień oraz stanowiska zamawiającego winna prowadzić do wniosku, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską.

Odnosząc się do zarzutu skarżącego jakoby KIO pominęła stanowisko zamawiającego Sąd Okręgowy wskazuje, że nic ono do sprawy nie wniosło. Analiza stanowiska zamawiającego doprowadziła Sąd Okręgowy do wniosku, że zamawiający jedynie formalnie dopełnił procedury wyjaśniającej nie przeprowadzając jednak pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień konsorcjum Salini tak jeżeli chodzi o zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, jak i w zakresie rażąco niskiej ceny.

Rzeczą wykonawcy jest - w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez

zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - udzielenie wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny, a brak tych wyjaśnień czy też złożenie wyjaśnień nieprzekonujących, że cena w danej sytuacji nie ma charakteru rażąco niskiej, skutkować powinien odrzuceniem oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Przedstawione przez wezwanego wykonawcę wyjaśnienia podlegają - w myśl art. 90 ust. 2 ustawy Pzp - ocenie zamawiającego i jako takie powinny być poddane analizie zmierzającej do ustalenia, czy cena została skalkulowana poprawnie, czy też nosi ona znamiona rażąco niskiej. Z powyższego wynika, że obowiązek złożenia wyjaśnień co do zarzutów rażąco niskiej ceny, występujący po stronie wykonawcy, jest skorelowany ustawowo, z obowiązkiem zamawiającego dokonania wnikliwej oceny złożonych wyjaśnień.

W ocenie Sądu Okręgowego w realiach niniejszej sprawy zamawiający zaniechał

faktycznego badania wyjaśnień przystępującemu poprzestając jedynie na formalnym ich

36

przyjęciu. Potwierdzeniem dla tego ustalenia jest okoliczność, iż w toku postępowania przed izbą zamawiający nie podał, jakie okoliczności zdecydowały o uznaniu prawidłowości przedstawionych wyjaśnień, ani w jaki sposób dokonał ich badania i weryfikacji. W istocie na rozprawie przed KIO stanowisko zamawiającego w zakresie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny sprowadzało się do sześciu zdań (vide: k. 47 akt sprawy). Uwzględniając ich treść nie sposób uznać, że zamawiający wykazał, że jego czynności w zakresie zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum Salini z uwagi na rażąco niską cenę były prawidłowe. Tymczasem przyjmuje się, że w przypadku wyboru oferty wykonawcy, którego wyjaśnienia zostały zastrzeżone, to na zamawiającym spoczywa ciężar wykazania, że wyjaśnienia te obaliły domniemanie rażąco niskiej ceny. Jeśli dodatkowo uwzględni się stanowisko zamawiającego prezentowane przed Sądem nie sposób zgodzić się ze wywodami skarżącego, że uwzględnienie stanowiska zamawiającego doprowadziłoby do odmiennego orzeczenia KIO aniżeli to będące przedmiotem skargi. O ile na rozprawie przed KIO zamawiający chociaż formalnie wniósł o oddalenie odwołania mimo, że nie przedstawił na poparcie swojego stanowiska żadnych rzeczowych argumentów, nie mówiąc już o dowodach, to na rozprawie przed Sądem nie wnosił on już nawet o uwzględnienie skargi oświadczając, że decyzję w tym przedmiocie pozostawia do uznania Sądu, z wyrokiem którego się zgodzi i przyjmie go do wykonania.

■ Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut z pkt 3 skargi dotyczący naruszenia prawa materialnego tj. art. 90 ust. 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwą interpretację, błędne zastosowanie i uznanie, że pytania zamawiającego wyznaczają zakres udzielanych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny i wykonawca musi bezwzględnie na nie odpowiedzieć a także, że brak szczegółowej odpowiedzi na niektóre z pytań zamawiającego w ramach badania rażąco niskiej ceny, powoduje uznanie, że wyjaśnienia są niewystarczające i automatyczne przyjęcie, że cena jest rażąco niska. Sąd Okręgowy zgodził się w tym zakresie ze stanowiskiem skarżącego co do tego, że prawidłowa wykładnia tych przepisów prowadzi do wniosku, że wykonawca nie jest związany wyłącznie pytaniami zamawiającego lecz jest zobowiązany do wykazania, iż jego cena nie jest rażąco niską. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że Sąd podniesiony w tym zakresie zarzut uznał za chybiony. Odnosząc się do powyższego zarzutu Sąd Okręgowy wskazuje, że wbrew twierdzeniu skarżącego, Izba swojego rozstrzygnięcia nie oparła na tym, że skarżący nie odpowiedział na wszystkie pytania zamawiającego. Była to jedynie okoliczność dodatkowa, potwierdzająca, że skarżący nie obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. W tym zakresie warto przywołać wyrok KIO z dnia 20 grudnia 2013r, sygn. akt KIO 2794/13, w którym Izba zauważyła, że "nie można z góry przesądzić, czy w danym przypadku konieczne było przedstawienie wraz z wyjaśnieniami stosownych dowodów, czy też wystarczające było tylko wskazanie i powołanie określonych informacji. Można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne. Stosowana powszechnie w dokumentach tego typu beletrystyka polegająca na mnożeniu ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych, energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, położenia siedziby blisko miejsca wykonania zamówienia, etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych....". Nawiązując do tego wyroku Sąd Okręgowy wskazuje, że wykonawca winien dążyć do wykazania wartości rynkowej poszczególnych

elementów zamówienia, a tego bez wątplenia skarżący zaniechał.

W tym miejscu należy wskazać, że nie w każdym przypadku i nie w każdej sytuacji istnieje obowiązek wzywania wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a jedynie gdy zaistnieją uzasadnione wątpliwości, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie następuje automatycznie, w każdej sytuacji, a jedynie gdy istnieją do tego obiektywne przesłanki. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy nie konstruuje obowiązku, któremu zamawiający musi się bezwzględnie podporządkować. Zamawiający zobowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający uzna, że ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę "rażąco niską" w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zatem dopiero w przypadku realnego podejrzenia, że oferowana cena jest rażąco niska zamawiający powinien podjąć decyzję o wszczęciu procedury wyjaśniającej uregulowanej w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp celem dokonania analizy czy zaoferowana przez wykonawcę cena obiektywnie jest rażąco niska. Ponadto zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zatem przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie przewiduje obowiązek skierowania przez zamawiającego wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących niektórych elementów oferty budzących uzasadnione wątpliwości zamawiającego, tj. elementów mających wpływ na wysokość ceny. Wobec powyższego wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie pytań. Pytanie do wykonawcy powinno wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Wykonawca musi wiedzieć, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował, (które budzą jego wątpliwości), albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo zanalizuje każdą pozycję cenową ofert, które podlegały ocenie zamawiającego. Brak wskazania, jakie pozycje kalkulacji ceny oferty wymagają - według zamawiającego - wyjaśnień, nie może być uznane za obowiązek wykonawcy do szczegółowego udzielenia wyjaśnień, co do pozycji kosztorysowych całości oferty. W takiej sytuacji brak szczegółowego odniesienia się wykonawcy do kwestii nieobjętych pytaniami zamawiającego nie może prowadzić do uznania, że złożona oferta jest ofertą z rażąco niską ceną, gdyż udzielone wyjaśnienia są zbyt ogólne.

Przenosząc powyższe uwagi teoretyczne na grunt niniejszej sprawy Sąd Okręgowy

wskazuje, że wezwanie skierowane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do skarżącego było bardzo szczegółowe. Zamawiający nie tylko uzasadnił, dlaczego po jego stronie zaistniało podejrzenie, że cena konsorcjum Salini może być rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, ale i wskazał elementy formularza ofertowego (roboty ziemne S7, podbudowy na S7, pale prefabrykowane na S7, podbudowy na DK16) i kilkanaście pozycji kosztorysu wymagających w szczególności wyjaśnienia. Nadto zadał wykonawcy kilkadziesiąt dodatkowych pytań w zakresie sposobu ujęcia pewnych kosztów i ryzyka na etapie wyceny oferty. W wezwaniu zamawiający podkreślił również, że oczekuje wyjaśnień merytorycznych

i popartych materiałem, który pozwoli na dokonanie oceny oferty. Oczywiście sam fakt nie

udzielenia odpowiedzi na wszystkie pytania nie uzasadniał odrzucenia oferty tego wykonawcy niejako z automatu. W tym zakresie Sąd Okręgowy zgadza się ze skarżącym, że należało przeanalizować otrzymane wyjaśnienia i dopiero w przypadku uznania, że nie odzwierciedlają one rzeczywistego stanu rzeczy, a w szczególności że nie obalają domniemania rażąco niskiej ceny, ofertę można było odrzucić. W przedmiotowej sprawie tak właśnie było - KIO nie odrzuciło wyjaśnień skarżącego z automatu tylko z uwagi na fakt nie udzielenia odpowiedzi na wszystkie pytania zamawiającego, ale dokonało oceny całych

wyjaśnień i na tej podstawie sformułowało ostateczne wnioski co do tego, że złożone wyjaśnienia nie tylko nie obaliły domniemania, ale wręcz potwierdziły, że cena nie została skalkulowana prawidłowo, w sposób zapewniający należyte wykonanie zamówienia.

W zakresie zarzutu z pkt 3 skargi skarżący wskazywał, iż nie jest związany wyłącznie pytaniami zamawiającego, lecz jest zobowiązany do wykazania, że jego cena nie jest ceną rażąco niską przedstawiając w tym celu obiektywne czynniki, a ponadto, iż wykonawca jest uprawniony do wykroczenia poza zakres stawianych mu pytań, bądź nawet ich pominięcia w swoich wyjaśnieniach. Odnosząc się do powyższych twierdzeń, należy podnieść, iż istotnie ciężar udowodnienia, iż cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy, który w tym zakresie rzeczywiście może wyjść poza zakres pytań zamawiającego. Celem wyjaśnień jest zatem wyczerpujące udowodnienie kwestii kalkulacji ceny. W niniejszym postępowaniu skarżący nie tylko nie wyszedł jednak poza zakres pytań zamawiającego, ale zawężył w sposób niedopuszczalny zakres odpowiedzi na nie. Mimo, że pytania skierowane przez zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp były szczegółowe i precyzyjne, to konsorcjum Salini na wiele z nich nie udzieliło odpowiedzi i nie przedstawiło żądanych informacji, podejmując polemikę z dopuszczalnością ich żądania przez zamawiającego. Oczywiście to nie sam fakt odmowy, czy tym bardziej wskazanej powyżej polemiki, skutkowało uznaniem, że wyjaśnienia skarżącego nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny. Analiza pisemnych motywów zaskarżonego wyroku wyraźnie temu przeczy. W ocenie Sądu Okręgowego Izba dokonała kompleksowej i wnikliwej oceny całych wyjaśnień złożonych przez konsorcjum słusznie uwzględniając przy tej ocenie zarówno znaczny poziom ogólności tych wyjaśnień, jak i brak odpowiedzi na część pytań zamawiającego. Przystępujący miał

bowiem pełną wiedzę, jakich informacji oczekuje zamawiający i możliwość udzielenia

40

wyczerpujących odpowiedzi, z czego jednak świadomie zrezygnował nie wykazując prawidłowości zaoferowanej ceny i jej rzetelnej kalkulacji.

W ocenie Sądu słusznie Izba oceniła, że powyższe powoduje, iż wykonawca nie wykazał, że cena oferty została skalkulowana rzetelnie i umożliwia należyłą realizację zamówienia. Wykonawca, składając wyjaśnienia na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, nie był uprawniony do odmowy odpowiedzi na pytania zamawiającego z powołaniem się na fakt, że na etapie składania oferty Zamawiający pewnych informacji nie wymagał. Wyjaśnienia, służą bowiem uzyskaniu dodatkowych informacji, które pozwolą ocenić realność zaoferowanej ceny. Wykonawca miał obowiązek udzielić wyjaśnień o wyższym stopniu szczegółowości niż informacje, które musiały znaleźć się w ofercie. Biorąc pod uwagę różnicę między ceną oferty przystępującego a wartością szacunkową zamówienia i cenami innych ofert wykonawca, aby wykazać realność ceny, powinien wskazać istnienie po jego stronie szczególnych okoliczności umożliwiających obniżenie ceny i ujawnić założenia przyjęte na etapie jej kalkulacji. Mógł to oczywiście uczynić odpowiadając w wyczerpujący sposób na pytania zamawiającego, bądź w inny wybrany przez siebie sposób. Skarżący powyższego nie wykazał jednak żadnymi metodami.

Nie zasługiwał również na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy

Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że oferta konsorcjum Salini zawiera rażąco niską cenę w stosunku do całego przedmiotu zamówienia, podczas gdy oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny. W uzasadnieniu powyższego zarzutu skarżący odnosił się do zakwestionowanych przez Izbę pytań zamawiającego, na które - zdaniem Izby - skarżący nie udzielił odpowiedzi wskazując, że wartość ofertowa wszystkich "niewyjaśnionych" pozycji stanowi 1,33% wartości całej oferty konsorcjum Salini, podczas gdy o rażąco niskiej cenie można mówić tylko w odniesieniu do ceny za całe zamówienie, a nie w odniesieniu do cen poszczególnych pozycji składających się na tę cenę. W ocenie skarżącego przyjmując zatem nawet stanowisko Izby, że konsorcjum Salini nie udzieliło wyczerpujących odpowiedzi na wskazane w uzasadnieniu wyroku pytania, pozycje te nie mają znaczącego przełożenia na wartość całej oferty, a w związku z tym brak, czy też nieprzekonujące wyjaśnienia w tym zakresie nie mogły stanowić podstawy do

uznania, że zaoferowano rażąco niską cenę w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia. Na podstawie złożonych wyjaśnień Izba mogła co najwyżej uznać, że wyjaśnienia są niewystarczające dla kilkunastu pozycji, jednak aby nakazać odrzucenie oferty konsorcjum Salini niezbędnym było wykazanie, że wartość tych pozycji ma decydujący wpływ na cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia, podczas gdy w przedmiotowej sprawie wpływ ten jest minimalny. Skarżący podnosił też, że konsorcjum Salini w toku postępowania wyjaśniającego rażąco niską cenę przedstawiło obszerne i w miarę możliwości szczegółowe wyjaśnienia potwierdzające, że zaoferowana cena nie jest ceną rażąco niską. Jak podnoszono również w uzasadnieniu pozostałych zarzutów wskazano, że Izba nie odniosła się do całości złożonych wyjaśnień lecz uznała, że brak szczegółowej odpowiedzi na niektóre z pytań zamawiającego stanowi wystarczającą podstawę do uznania, że zaoferowana cena jest rażąco niska. Tymczasem zdaniem skarżącego zaoferowana cena ma pokrycie z uwagi na wyjątkowy potencjał materiałowo-sprzętowy, potencjał ekonomiczny czy dobrą współpracę z podwykonawcami. Skarżący zarzucał, że konsorcjum Budimex nie udowodniło, że nie da się zrealizować przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez skarżącego cenę, przy czym, co szczególnie istotne, Izba, naruszając zasadę kontradyktoryjności, nie wskazała dlaczego wykazane przez konsorcjum Salini okoliczności, mające wpływ na wysokość ceny, należy uznać za niewiarygodne.

W ocenie Sądu nawet gdyby przyjąć, że wartości niewyjaśnionych pozycji wynoszą 1,33% ceny, to i tak nadal niewyjaśnione zostały kwestie związane z właściwymi tylko skarżącemu okolicznościami pozwalającymi na tak drastyczne obniżenie ceny. Skarżący nie przedstawił informacji o możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych powiązanych z rozpiszowanymi także w skardze okolicznościami jak doświadczenie i renoma, dokonywanie centralnych zakupów, dysponowanie sprzętem, bazą materiałowo - sprzętową i bazą biurową, wykwalifikowaną, efektywnie zarządzaną kadrą oraz duży potencjał finansowy, które to okoliczności zostały poddane w wątpliwość zamawiającego w 22 dodatkowych kwestiach. Właśnie m.in. brak wyjaśnień w tym zakresie miał decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia KIO. Ponadto nie sposób zgodzić się ze skarżącym, iż to na Izbie spoczywał ciężar udowodnienia, jaki wpływ na cenę całej oferty mają niewyjaśnione pozycje. Takie twierdzenie świadczyłoby o niedopuszczalnym przerzuceniu ciężaru dowodowego na Izbę.

Reasumując w ocenie Sądu Okręgowego nie doszło w niniejszej sprawie' do naruszenia wskazanego powyżej przepisu. Zgadzając się ze skarżącym co do tego, że rażąco niską cenę należy odnosić do całkowitej ceny oferty, a nie do jej cen jednostkowych, wskazać trzeba, że zamawiający ma prawo zażądać wyjaśnień m.in. odnośnie cen jednostkowych gdyż te stanowią składnik ceny oferty ogółem. Wbrew zarzutom skarżącego KIO nie uznało, że mamy do czynienia z rażąco niskimi cenami jednostkowymi, a uznało, że złożone przez skarżącego wyjaśnienia, z uwagi na poziom ich ogólności, bądź nawet ich brak w niektórych kwestiach, nie wykazały, że cena oferty ogółem jest ceną realną, rynkową i nie jest rażąco niska. Wskazując na niewyjaśnienie wielu kwestii Izba słusznie skonstatowała, że cena całkowita oferty nosi znamiona ceny rażąco niskiej. W żadnym miejscu Izba nie wskazała, że kwestionuje poszczególne pozycje jednostkowe. Izba wypunktowując poszczególne elementy wyjaśnień, które zasadnie budziły jej wątpliwości, ostatecznie uznała, że złożone w sprawie wyjaśnienia nie wykazały niezbicie, że nie mamy do czynienia a rażąco niską ceną.

Skoro przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie nawiązuje do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, to wyjaśnienia dotyczące elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać elementy cenotwórcze, zwłaszcza te

zakwestionowane przez zamawiającego. W przeciwnym wypadku wyjaśnienia będą miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen. Ugruntowany jest pogląd, iż złożenie wyjaśnień nazbyt ogólnych, nieprecyzyjnych, takich, które nie pozwalają zamawiającemu na faktyczną ocenę rzetelności kalkulacji ceny wykonawcy, nakłada na zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Co do zarzutu który pojawił się na rozprawie apelacyjnej w zakresie naruszenia art. 196 ust. 4 ustawy Pzp w związku z którym skarżący wywodził, że nie jest znana sfera motywacyjna KIO, gdyż w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Izba nie odniosła się do twierdzeń zamawiającego, który uznał, że złożone w trybie art. 90 ustawy Pzp wyjaśnienia wykazały, że zaoferowana przez skarżącego cena nie jest rażąco niska, a nadto nie wykazała, że cena skarżącego jest rażąco niska, Sąd Okręgowy wskazuje, że zarzut ten był chybiony. Abstrahując nawet od dopuszczalności zgłoszenia takiego zarzutu dopiero na etapie

postępowania przed Sądem a nie w skardze, Sąd Okręgowy podnosi, że zarzut naruszenia tego przepisu tylko wtedy może skutkować zmianą czy uchyleniem zaskarżonego orzeczenia, gdy uzasadnienie uniemożliwia prześledzenie toku rozumowania. Z taką sytuacją nie mieliśmy do czynienia w niniejszej sprawie. KIO wyraźnie wskazała dlaczego uznała wyjaśnienia skarżącego za niewystarczające. Precyzyjnie uzasadniła swoje stanowisko także co do konieczności odrzucenia oferty konsorcjum Salini. Izba podkreśliła, że przedmiotem postępowania dowodowego i rozstrzygnięcia Izby była kwestia wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz ich ocena dokonana przez zamawiającego. Decydujące dla rozstrzygnięcia znaczenie miała analiza złożonych przez przystępującego wyjaśnień. Właśnie Ocena tych wyjaśnień, które - jak wskazano powyżej - w znacznej części nie zawierały wnioskowanych przez zamawiającego informacji wskazywała, że zamawiający powinien podjąć decyzję o odrzuceniu oferty.

W ocenie Sądu Okręgowego brak było faktycznych przesłanek do rozważania dopuszczalności i zasadności ponownego wezwania skarżącego do złożenia wyjaśnień, w celu doprecyzowania wcześniej udzielonych informacji. Na podstawie pisma zamawiającego z dnia 1 września 2014 roku miał on bowiem pełną wiedzę, jakich informacji oczekuje od niego zamawiający. Stanowisko zamawiającego było jasne, pytania szczegółowe, a zatem skarżący miał możliwość udzielenia wyczerpujących odpowiedzi z czego jednak świadomie zrezygnował nie wykazując prawidłowości, realności i rzetelności złożonej oferty.

Z tych wszystkich względów Sąd Okręgowy uznał, że skarga nie zawiera żadnego zarzutu, który skutkowałby zmianą zaskarżonego orzeczenia. KIO prawidłowo uznała, że konsorcjum Salini swoimi wyjaśnieniami nie wykazało, że cena nie jest rażąco niska, a zatem domniemanie w istocie nie zostało obalone, co z kolei nakazywało zamawiającemu odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odnosząc się do wniosków dowodowych, jakie pojawiły się na etapie postępowania skargowego to wskazać trzeba, że przeciwnik skargi złożył wniosek dowodowy o dopuszczenie dowodów dołączonych do odpowiedzi na skargę podnosząc, że potrzeba ich przedstawienia dopiero na tym etapie wynika z konieczności ustosunkowania się do

zarzutów zawartych w treści skargi. Dodatkowo podniósł, że na etapie formułowania

odwołania - z uwagi na zastrzeżenie wyjaśnień w całości tajemnicą przedsiębiorstwa - nie znał okoliczności faktycznych powołanych w treści skargi. Skarżący na rozprawie złożył z kolei wniosek o dopuszczenie dowodów z dokumentów w postaci protokołu obioru końcowego robót oraz dokumentów potwierdzających fakt otrzymania przez skarżącego nagród za wykonane inwestycje drogowe na okoliczność terminowego i prawidłowego wykonania przez niego robót związanych z inną inwestycją drogową, a także z dokumentu zawierającego symulację kosztów pozyskania piasku z nowoplanowanej kopalni. Podniósł, że potrzeba zgłoszenia tych wniosków pojawiła się po zapoznaniu się z odpowiedzią na skargę.

Wniósł również o pominięcie wniosków dowodowych zawartych w odpowiedzi na skargę oraz ich oddalenie jako niezasadnych. Dodatkowo przeciwnik skargi na rozprawie w dniu 5 marca 2015 roku złożył wniosek dowodowy w przedmiocie dopuszczenia dowodów z dalszych dokumentów złożonych w trakcie rozprawy wskazując, że zgłasza je dopiero na tym etapie, gdyż zostały one sporządzone w styczniu 2015 roku. Zakwestionował również, jako nierealne, wielkości wskazane w symulacji kosztów pozyskania piasku z nowoplanowanej kopalni.

Sąd Okręgowy pominął wnioski dowodowe przeciwnika skargi zgłoszone na rozprawie przed Sądem uznając je za spóźnione. Za dopuszczeniem tych dowodów nie mógł przemawiać wyłącznie fakt sporządzenia dokumentów objętych tezą dowodową w styczniu 2015 roku. Przeciwnik skargi nie wykazał, że nie miał możliwości powołania tych dowodów wcześniej zwłaszcza, że jak sam podał przed Sądem przy sporządzaniu przedmiotowych dokumentów uwzględniane były wyłączenie dane uzyskane od przeciwnika skargi, a nie np. dane jawne z wyjaśnień skarżącego, odtajnionych dopiero na skutek zaskarżonego wyroku KIO.

Dowody zgłoszone w odpowiedzi na skargę, jak również te zgłoszone przez skarżącego, choć nie zostały uznane za spóźnione i przeprowadzono z nich dowód, nie stały się podstawą orzeczenia w niniejszej sprawie i nie mogły skutkować zmianą zaskarżonego wyroku. Jeśli chodzi o dokumenty złożone przez skarżącego to mimo, że w istocie potwierdzają one fakt terminowego zrealizowania przez skarżącego - choć jednak z wadami - innej inwestycji drogowej, to jednak w dalszym ciągu nie wskazują na dostępne tylko temu

wykonawcy "walory" pozwalające zaoferować tak niską cenę, a właśnie brak wykazania powyższej kwestii skutkował wydaniem wyroku KIO w zaskarżonym kształcie.

W tych warunkach zaskarżony wyrok uznać należy za prawidłowy, a skargę oddalić jako bezzasadną na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania skargowego orzeczono zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik procesu na podstawie art. 198f ust. 5 ustawy Pzp.

właściwe podpisy
iść świadczyć