

Sygnatura akt II Ca 2717/15

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 lutego 2016 roku

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział II Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący:	SSO Grzegorz Buła (sprawozdawca)
Sędziowie:	SSO Katarzyna Serafin-Tabor SSO Małgorzata Łoboz
Protokolant:	protokolant sądowy Małgorzata Łojewska

po rozpoznaniu w dniu 12 lutego 2016 roku w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi wykonawcy (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w B.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2015 roku, sygnatura akt KIO 2407/15 wydanego w sprawie z odwołania wykonawcy (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w N. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego Województwo (...), po stronie którego przystąpił wykonawca (...) Spółka Akcyjna w B.

1. oddala skargę;
2. zasądza od skarżącego (...) Spółki Akcyjnej w B. na rzecz przeciwnika skargi (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w N. kwotę 3 617 (trzy tysiące sześćset siedemnaście) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania wywołanego skargą.

SSO Katarzyna Serafin-Tabor SSO Grzegorz Buła SSO Małgorzata Łoboz

UZASADNIENIE

wyroku z dnia 12 lutego 2016 roku

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Województwo (...) (dalej „Zamawiający”) na zakup elektrycznych zespołów trakcyjnych dla rozwoju kolei (...) wykonawca (...) S.A. z siedzibą w N. (dalej (...) S.A.) wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego, polegających na wyborze oferty wykonawcy (...) S.A. z siedzibą w B. (dalej (...) S.A.) jako oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) S.A., zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz zaniechaniu wyboru oferty (...) S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2a i ust. 4 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm. – dalej p.z.p.) poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) S.A. pomimo, że wykonawca ten dopuścił się poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania, co zamawiający był w stanie wykazać za pomocą znajdujących się w jego posiadaniu dowodów, przy jednoczesnym braku podjęcia przez wykonawcę środków, które miałyby zapobiec poważnemu i zawinionemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz braku naprawienia wyrządzonej szkody, co winno skutkować uznaniem oferty wskazanego wykonawcy za odrzuconą;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy (...) S.A., pomimo że przedmiotowa oferta zawiera rażąco niską cenę.

W związku z przedmiotem niniejszego postępowania zbędne jest przedstawianie argumentacji uzasadniającej pierwszy z w/w zarzutów. W odniesieniu natomiast do drugiego z zarzutów odwołujący (...) S.A. wskazał, że zaoferowana przez wykonawcę (...) S.A. cena za realizację przedmiotowego zamówienia publicznego winna być uznana za rażąco niską z uwagi na jej dysproporcję w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, jak również do dotychczasowych cen oferowanych przez ten podmiot w innych przetargach za podobne elektryczne zestawy trakcyjne, zwłaszcza iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) przewidywała większe wymagania niż istniejące przy przetargach organizowanych wcześniej przez innych zamawiających. Swoje twierdzenia odwołujący zobrazował tabelą przedstawiającą ceny oferowane w przetargach dotyczących elektrycznych zespołów trakcyjnych w okresie lat 2009-2015. Nadto (...)S.A. podniósł, iż skoro Zamawiający wszczął postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust.1 p.z.p. to ciężar dowodu, iż oferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy (...) S.A. Jakkolwiek odwołujący (...) S.A. nie mógł zająć konkretnego stanowiska w przedmiocie treści wyjaśnień udzielonych przez (...) S.A., wobec objęcia ich tajemnicą przedsiębiorstwa, to jednak stwierdził iż wyjaśnienia te mogą zostać uznane za przekonujące jedynie w przypadku wykazania przez w/w wykonawcę dostępnych mu indywidualnych czynników, które pozwolą mu na realizację zamówienia bez strat własnych i finansowania zamówienia z innych źródeł.

Wyrokiem z dnia 20 listopada 2015 roku Krajowa Izba Odwoławcza w punkcie 1 uwzględniła odwołanie wykonawcy (...) S.A. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy (...) S.A z tego powodu, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy (...) S.A z tego powodu, że w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe uznano za niezasadny. Nadto wyrokiem tym obciążono kosztami postępowania odwoławczego Województwo (...), zasądzając od tego podmiotu na rzecz wykonawcy (...) S.A. kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przedstawiając motywy powyższego wyroku należy ograniczyć je wyłącznie do tej ich części, która miała związek z rozstrzygnięciem uwzględniającym odwołanie. Uwzględniając to zastrzeżenie stwierdzić należy, że orzeczenie to zapadło w następującym stanie faktycznym:

Przedmiotem zamówienia była dostawa fabrycznie nowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz z dokumentacją w wersji czteroczołowej w ilości 8 sztuk oraz w wersji pięcioczołowej w ilości 4 sztuk wraz z gwarancją nie krótszą niż 60 miesięcy i nie dłuższą niż 120 miesięcy oraz kompleksową usługą serwisowo-utrzymawczą-naprawczą przez okres 5 lat, a nadto przeszkoleniem i udzieleniem licencji na oprogramowanie i dokumentację. Zamawiający przewidział, obok zamówienia podstawowego - dostawy 12 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych- możliwość skorzystania z prawa opcji, w ramach którego zastrzegł zakup dodatkowych elektrycznych zespołów trakcyjnych wraz ze świadczeniem kompleksowej usługi serwisowo-utrzymawczą-naprawczą w ilości 4 sztuk, w tym 2 sztuk w wersji czteroczołowej i 2 sztuk w wersji pięcioczołowej, co daje łącznie 16 sztuk elektrycznych zespołów trakcyjnych. Zamawiający w oparciu o analizę ofert cenowych otrzymanych od trzech firm dokonał szacowania wartości zamówienia z uwzględnieniem ostatecznych ilości i terminów wykonania zamówienia na podstawie uśrednienia cen jednostkowych uzyskanych z rynku na kwotę 339 178 592,79 zł netto, czyli 417 189 669,12 zł brutto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert, tj. w dniu 5 października 2015 r., Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć

na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 319 125 000 brutto. W postępowaniu złożono dwie oferty: ofertę (...) S.A. z ceną 374 018 400 zł brutto i 60 miesięcznym okresem gwarancji oraz ofertę (...) S.A. z ceną 292 543 200 zł brutto i 120 miesięcznym okresem gwarancji. Pismem z dnia 8 października 2015 r. Zamawiający wezwał (...) S.A., z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 p.z.p., do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny, wskazując, że zaoferowana cena może wydawać się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca (...)S.A. złożył wyjaśnienia wraz z plikiem dokumentów zastrzegając, że informacje w nich zawarte stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W piśmie tym ujął argumentację przemawiającą za tym, że w przedmiotowym postępowaniu szacunkowa wartość zamówienia nie może stanowić miernika oceny rażąco niskiego charakteru ceny ofertowej podanej przez niego. Opisał przyjętą przez siebie metodę wykonania zamówienia, która wedle jego oceny pozwalała na oszczędności i stanowiła szczególnie warunki sprzyjające realizacji zamówienia.

W oparciu o powyższe Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że to ustawodawca przepisem art. 90 ust. 1 p.z.p. wprost uczynił wartość zamówienia jako jeden z mierników prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. Miarodajność szacunku zamawiającego uzależniona jest od jego staranności (art. 32 ust. 1 p.z.p. in fine) i terminu, w jakim dokonano ustaleń wartości zamówienia (zgodnie z art. 35 ust. 1 p.z.p. - ustalenia wartości zamówienia dokonuje się nie wcześniej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania w przypadku dostawy). Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że wykonawca (...) S.A. nie kwestionowała kręgu wykonawców, do których - w ramach rozeznania rynku - skierował zapytanie Zamawiający. Nie sposób było także, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, odmówić zasadności przyjęcia przez Zamawiającego wartości zamówienia z uwzględnieniem uśrednionych cen jednostkowych z rynku (trzy oferty), bowiem podstawą wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. może być sama już tylko relacja badanej ceny ofertowej do wartości zamówienia (bez konieczności sięgania po drugi z mierników, tj. średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert), która w przedmiotowym stanie faktycznym wynosiła 29,9%, będąc właściwie tożsamą (przy zaokrągleniu relacja ta wynosi 30%) z relacją (niższa o 30%), która zgodnie z treścią p.z.p. obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Jednakże w ocenie składu orzekającego Izby, wykonawca (...) S.A. obowiązkowi temu nie sprostął, a z uwagi na zastrzeżenie poufności zawartych w wyjaśnieniach informacji odniesienie się do nich przez skład orzekający miało w znacznej mierze jedynie charakter ogólny. Ustosunkowując się do wyjaśnień przystępującego do postępowania odwoławczego wykonawcy (...) S.A., zawartych na stronach 5-8, Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że powoływanie się na wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dla wykazania realności zaoferowanej ceny ma sens o tyle, o ile warunki te są dostępne wyłącznie temu wykonawcy i z tego względu stanowią uzasadnienie dla różnic cenowych. Ze względu na odwoływanie się przez (...) S.A. do cen rynkowych pojazdów trójczłonowych Krajowa Izba odwoławcza podniosła, że wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego odnosiła się do będących przedmiotem tego zamówienia pojazdów cztero i pięcioczłonowych, co oznacza jej „większą adekwatność” do cen rynkowych. Wartość ta nie była także obciążona szeregiem założeń i uproszczeń przyjętych przez przystępującego (...) S.A., a związanych z doprowadzeniem do zasadności porównywania cen pojazdów trójczłonowych oferowanych przez przystępującego i odwołującego w innym postępowaniu.

Nadto, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, argument zawarty w zdaniu rozpoczynającym się od „Ponadto wskazujemy” (str. 8) stanowił osłabienie samego warunku z pozycji 3 uznanego przez przystępującego jako wyjątkowo sprzyjający. Wykonawca (...)S.A., w odniesieniu do pozyskanej pomocy publicznej, poprzestał na wskazaniu łącznych wielkości (wartości) pomocy i bardzo ogólnym wskazaniu sposobu jej wykorzystania bez przypisania jednak, jakie znaczenie pomoc ta miała dla zaoferowania ceny poszczególnych typów pojazdów w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W odniesieniu do wyjaśnień zawartych na stronach 8-10 Izba wskazała, że ta część wyjaśnień przystępującego miała zasadnicze znaczenie dla oceny realności zaoferowanej ceny, ponieważ dotyczyła wprost przedmiotu zamówienia oraz kluczowych w ujęciu wartościowym pozycji kalkulacyjnych. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że (...) S.A. w kalkulacji szczegółowej w części ujmującej materiały strategiczne wskazała 22 pozycje, którym przypisała konkretne dokumenty źródłowe - w przypadku 8 pozycji były to dokumenty w języku angielskim. Jednakże Izba stanęła na stanowisku, że zarówno powyższe dokumenty, jak i wszelkie inne

złożone w języku angielskim nie mogły stanowić podstawy oceny realności zaferowanej przez przystępującego ceny, ponieważ zostały złożone wyłącznie w języku angielskim w sytuacji, gdy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim. W konsekwencji treść dokumentów w języku angielskim nie mogła zostać uwzględniona przez Zamawiającego w postępowaniu prowadzonym w języku polskim. Dodatkowo nawet na rozprawie przystępujący nie złożył tłumaczenia na język polski dokumentów w języku angielskim, pozbawiając w ten sposób Krajową Izbę Odwoławczą (wobec § 19 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48 poz. 280) możliwości weryfikacji treści tych dokumentów i to w sytuacji, gdy - ze względu na zastrzeżenie poufności informacji w nich zawartych - możliwości takiej weryfikacji nie miał także konkurencyjny wykonawca, tj. odwołujący.

W konsekwencji zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej złożone przez (...) S.A. wyjaśnienia były po części natury ogólnej, po części nie pozwalały przyjąć, że warunki sprzyjające realizacji zamówienia są właściwe jedynie temu podmiotowi, po części nie były powiązane z konkretnymi wartościami pozycji zawartych w kalkulacji szczegółowej. Przede wszystkim jednak wyjaśnienia okazały się być w zbyt dużym zakresie pozbawione oparcia w postaci dowodów (materiały strategiczne), co nie pozwoliło uznać je jako kompletnych, odnoszących się do całkowitej ceny oferty przystępującego. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła nadto uwagę, na fakt że Zamawiający zmienił pierwotnie wyznaczony termin złożenia przez (...) S.A. wyjaśnień, zatem wykonawca ten dysponował optymalnym czasem na przygotowanie wyjaśnień i załączenie doń kluczowych dowodów. Pomimo to wykonawca nie sprostał obowiązkowi wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, wobec czego Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty (...) S.A., czego zaniechał, naruszając przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy p.z.p. związku z art. 90 ust. 2 p.z.p. W tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza nakazała unieważnić czynność wyboru oferty przystępującego i wyeliminować tę ofertę w toku ponowionego badania i oceny złożonych ofert.

O kosztach postępowania Krajowa Izba Odwoławcza orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p. oraz § 3 pkt 1 oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Od powyższego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej skargę wniosła (...) S.A. Zaskarżyła go w części, to jest w zakresie w jakim dotyczył on uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty skarżącej jako najkorzystniejszej oraz nakazania Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenia oferty skarżącej z powodu tego, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zaskarżonemu orzeczeniu (...) S.A. zarzuciła:

1. naruszenie art. 192 ust. 2 p.z.p. w związku z art. 90 ust. 3 p.z.p. i art. 89 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. poprzez uwzględnienie odwołania (...) S.A., mimo iż w postępowaniu nie doszło do naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych przez Zamawiającego, które miało wpływ na wynik postępowania, w szczególności nie ziściły się przesłanki wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 90 ust. 3 p.z.p., na podstawie których Zamawiający miałby odrzucić ofertę skarżącego;
2. naruszenie art. 190 ust. 7 p.z.p. w związku z art. 190 ust. 1a p.z.p. i art. 90 ust. 2 p.z.p. poprzez błędne przyjęcie, że skarżący nie uczynił zadość ciężarowi dowodowemu w sprawie, określone w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej w taki sposób, że skarżący nie przedstawił dowodów (dokumentacji), które potwierdzają jasne twierdzenia w zakresie rażąco niskiej ceny, mimo iż taką dokumentację oraz szczegółowe wyjaśnienia skarżący przedstawił Zamawiającemu i przywoływał je w ramach postępowania przed Izbą, co w konsekwencji spowodowało niepełną i nieprawidłową ocenę dowodów oraz niezasadne uwzględnienie odwołania (...) S.A.;
3. naruszenie art. 190 ust. 5 p.z.p. w zw. z art. 9 ust. 3 p.z.p. poprzez uznanie dowodów przywołanych przez skarżącego za niewystarczające z uwagi na uchybienia formalne (brak tłumaczenia na język polski), mimo iż Zamawiający uznał te dowody w wersji złożonej przez skarżącego w postępowaniu za wystarczające do wykazania, iż oferta skarżącego nie zawiera rażąco niskiej ceny, zaś dokumenty nie były kwestionowane w postępowaniu ani co do ich istnienia, ani

wiarygodności; co w konsekwencji doprowadziło do niezasadnej odmowy mocy dowodowej tychże dokumentów w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą i uwzględnienia przez Izbę odwołania (...) S.A.;

4. naruszenie art. 191 ust. 1 i ust. 2 p.z.p. poprzez zamknięcie rozprawy, mimo iż sprawa nie została przed Izbą dostatecznie wyjaśniona, tj. Izba nie mogła przeprowadzić prawidłowo dowodu z dokumentów złożonych w języku angielskim i de facto pominęła ocenę tych dokumentów, które złożone zostały przez skarżącego w toku postępowania - wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, mimo ich zgodności z przepisami, tj. art. 9 ust. 3 p.z.p. i uznania przez Zamawiającego za złożone w formie zgodnej z jego wymaganiami, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego i niezasadnego uwzględnienia odwołania (...) S.A.;

5. naruszenie art. 190 ust. 6 i 7 p.z.p. w zw. z art. 9 ust. 3 p.z.p., § 9 oraz § 19 ust. 3 i § 24 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (dalej jako Rozporządzenie), poprzez brak przeprowadzenia i dokonania przez Izbę oceny powołanego przez skarżącego dowodu z dokumentów, w szczególności zaniechania wezwania skarżącego do przedłożenia tłumaczenia dokumentów, na które powoływał się on w ramach wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji spowodowało błędne ustalenie stanu faktycznego i niezasadne uwzględnienie odwołania (...) S.A.;

6. naruszenie art. 192 ust. 3 pkt 1 p.z.p. poprzez nakazanie dokonania czynności odrzucenia oferty skarżącego, podczas gdy Izba może nakazać dokonanie czynności, ale (co wynika z art. 180 ust. 1 p.z.p.) tylko wówczas, gdy wykazano zaniechanie czynności obowiązkowej, natomiast żaden przepis prawa nie nakazuje, ani nie zezwala na odrzucenie oferty w sytuacji złożenia wyjaśnień ceny rażąco niskiej, które podlegają dalszemu uzupełnieniu w celu jednoznacznego ustalenia zgodnie z art. 90 ust. 3 p.z.p. czy potwierdził się fakt rażąco niskiego charakteru ceny.

Mając powyższe na uwadze, skarżąca (...) S.A. wniosła o uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku poprzez oddalenie odwołania (...) S.A. w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny, ewentualnie o zmianę zaskarżonego wyroku w części nakazującej Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty skarżącego, poprzez: nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach nakazanie Zamawiającemu wezwanie skarżącego do uzupełnienia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy p.z.p. o przetłumaczone na język polski dokumenty, które zostały złożone w języku angielskim. Ewentualnie w przypadku zawarcia przez Zamawiającego umowy w sprawie zamówienia publicznego, strona skarżąca wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Nadto wniosła o zasądzenie od przeciwnika skargi na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania wywołanego wniesieniem skargi wraz z kosztami zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na powyższą skargę (...) S.A. wniósł o jej oddalenie w całości oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pismem z dnia 14 stycznia 2016 r. zamawiający - Województwo (...), zgłosił interwencję uboczną po stronie skarżącej - (...) S.A. i wniósł o uwzględnienie skargi oraz zmianę zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez uznanie, że Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez skarżącego w zakresie rażąco niskiej ceny i w konsekwencji oddalenie odwołania (...) S.A. w części dotyczącej uwzględnienia zarzutu rażąco niskiej ceny, oraz o zasądzenie od przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Rozpoznając niniejszą sprawę Sąd Okręgowy przyjął za własne ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą, uznając je prawidłowe i oparte na właściwej ocenie zgromadzonego materiału dowodowego. Nadto za podstawę faktyczną wyroku Sądu Okręgowego przyjęto okoliczności faktyczne wynikające ze wskazanych przez Krajową Izbę Odwoławczą dokumentów w języku angielskim dołączonych przez (...) S.A. do wyjaśnień składanych Zamawiającemu, wobec przedłożenia w toku postępowania sądowego ich tłumaczeń na język polski. Z uwagi na zastrzeżenie przez (...) S.A., iż dane wynikające z powyższych dokumentów stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 8 ust.3 p.z.p. nie jest możliwe szczegółowe wskazanie faktów wynikających z powyższych dokumentów. Podobną uwagę należy odnieść do pozostałych dokumentów stanowiących załączniki do wyjaśnień

udzielonych zamawiającemu przez (...) S.A., jak również do szczegółowej treści udzielonych wyjaśnień. Zdaniem Sądu Okręgowego należy podzielić stanowisko (...) S.A., iż powyższe dokumenty wraz z odnoszącymi się do nich wyjaśnieniami z uwagi na charakter zawartych w nich informacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 8 ust. 3 p.z.p., skoro dane te dotyczą kontrahentów, z którymi skarżącego wiąże współpraca gospodarcza, a tym samym technologii w jakiej realizowane są produkty oferowane przez tę Spółkę, cen za poszczególne komponenty wchodzące w skład oferowanych produktów, oraz wewnętrznych procesów gospodarczych. W stanie faktycznym uwzględniono także oświadczenie złożone na rozprawie w dniu 12 lutego 2016 roku przez przedstawicieli (...) S.A., iż przy kalkulacji oferty cenowej dla kosztów ponoszonych w Euro, przyjmowany był kurs na poziomie 3,9 -4,0zł za 1 Euro, z uwagi na stosowany w tym przedsiębiorstwie hedging naturalny, związany z uzyskiwaniem zapłaty za swoje produkty także w tej walucie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie była zasadna.

Na wstępie odnieść się należy do kwestii proceduralnych związanych ze zgłoszeniem przez Zamawiającego w tej sprawie interwencji ubocznej. W ocenie Sądu Okręgowego interwencja ta była bezprzedmiotowa. Zgodnie z art. 76 k.p.c., który w tej sprawie znajduje zastosowanie poprzez art. 198a ust.2 p.z.p. podmiot, który ma interes prawny w tym, aby sprawa została rozstrzygnięta na korzyść jednej ze stron, może w każdym stanie sprawy aż do zamknięcia rozprawy w drugiej instancji przystąpić do tej strony. Stosując powyższą regulację w niniejszej sprawie należy stwierdzić, że obecne postępowanie stanowi kontynuację postępowania toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą. W postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą stronami tego postępowania był odwołujący się wykonawca (...) S.A. oraz zamawiający Województwo (...), natomiast jego uczestnikiem był wykonawca (...) S.A., który przystąpił do niego po stronie Zamawiającego. W ocenie Sądu Okręgowego fakt wniesienia skargi na wyrok wydany przez Krajową Izbę Odwoławczą nie powoduje zmiany stron tego postępowania, co wynika chociażby z art. 198a ust.1 p.z.p. określającego komu przysługuje środek zaskarżenia w postaci przedmiotowej skargi. Zatem skoro Zamawiający był stroną postępowania w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, to pozostał nią także w niniejszym postępowaniu wywołanym skargą wniesioną przez uczestnika tamtego postępowania. W tej sytuacji dla jego udziału w postępowaniu przed tut. Sądem zbędnym było zgłaszanie interwencji ubocznej.

Przechodząc do rozważań w przedmiocie zarzutów podniesionych w skardze przez (...) S.A. rozpocząć należy od tych, które dotyczą naruszeń przepisów postępowania. Zarzuty te związane są przede wszystkim z błędną oceną przez Krajową Izbę Odwoławczą materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie i pominięciem w dokonanych ustaleniach okoliczności, które wynikać miały z dokumentów sporządzonych w języku angielskim. Zdaniem Sądu Okręgowego zarzuty te nie były zasadne. Nie budzi wątpliwości, że zgodnie z art. 9 ust.2 p.z.p. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego toczy się w języku polskim. Wskazywanie przez skarżącego na wyjątek przewidziany w ust.3 art. 9 p.z.p. nie może odnieść jakiegokolwiek skutku, gdyż z akt tej sprawy, w tym także z akt samego postępowania toczącego się przed Zamawiającym, nie wynika aby kiedykolwiek i komukolwiek wyrażał on zgodę na składanie dokumentów, bądź oświadczeń w innym języku niż język polski. Nie wynika z niego również, aby wykonawca (...) S.A. ubiegał się kiedykolwiek o wyrażenie powyższej zgody. Uzyskanie takiej zgody w sposób dorozumiany nie może być uznane za skuteczne, jeśli uwzględni się zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 9 ust.1 p.z.p.), zasadę jawności tego postępowania (art. 8 ust.1 p.z.p.) oraz zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o zamówienie (art. 7 ust.1 p.z.p.). Jeśli zatem wykonawca (...) S.A. został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 90 ust.1 p.z.p. o udzielenie żądanych wyjaśnień, to winien uczynić to w formie zgodnej z zasadami obowiązującymi w tym postępowaniu, a jeśli chciał uzyskać odstępstwo od nich, winien uprzednio uzyskać stosowną zgodę Zamawiającego, czego w ocenie Sądu nie wykazano. Powyższe prowadzi do wniosku, że jeśli wykonawca (...) S.A. składając wyjaśnienia Zamawiającemu chciał je poprzeć dowodami w postaci dokumentów to winny one być sporządzone w języku polskim, a nie obcym. Nie można uznać za przekonujące twierdzeń skarżącego, że powyższe dokumenty zawierały jedynie ceny i oznaczenia nie wymagające jakichkolwiek tłumaczeń, skoro wśród tych dokumentów złożone zostały kilkustronicowe pisma, zawierające jedynie tekst w język obcym (np. pismo oznaczone nr PLz/ (...)). W ocenie Sądu Okręgowego za chybiony należy uznać zarzut skarżącego naruszenia przez Krajową

Izbę Odwoławczą przepisów §9 ust. 3, §19 ust.3 i §24 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2014r. poz. 964). Pierwszy z powołanych przepisów dotyczy kwestii usuwania braków formalnych odwołania, w tym braków określonych w §4 tego rozporządzenia. Przepis ten w sposób oczywisty nie mógł zostać naruszony w sposób zarzucony przez skarżącego, gdyż to nie ten podmiot składał odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej. Nie było więc jakichkolwiek podstaw do wzywania go o usunięcie braków formalnych takiego pisma procesowego. Niezależnie od powyższego stwierdzić należy, że przedłożenie właściwych dowodów dla wykazania faktów, na które powołuje się dany podmiot, nie ma związku z wymaganymi przez przepisy proceduralne warunkami formalnymi określonego pisma procesowego, lecz ma wpływ na merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy zgodnie z oczekiwaniami danego podmiotu. Zdaniem Sądu Okręgowego nie jest też trafny zarzut naruszenia §19 ust.3 w/w rozporządzenia. Przepis ten wymaga od stron i uczestników postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą przedkładania dokumentów w języku polskim, a w przypadku sporządzenia ich w języku obcym dołączenia ich tłumaczeń na język polski. Tego zaś właśnie w toku powyższego postępowania nie uczynił skarżący (...) S.A. powołując się na dokumenty, o których doskonale wiedział, iż są sporządzone w językach obcych. Trudno więc czynić zarzut Krajowej Izbie Odwoławczej, iż rozstrzygając sprawę nie dokonywała ustaleń w oparciu o powyższe dokumenty. Chybiony jest również zarzut zaniechania przez Izbę wezwania skarżącego o przedłożenie stosownych tłumaczeń. Po pierwsze stwierdzić należy, że zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówień publicznych winny być znane wykonawcy, a na etapie postępowania odwoławczego nie ulegały one jakimkolwiek zmianom w stosunku do tych jakie obowiązywały przed Zamawiającym. Po drugie wskazać trzeba, iż uprawnienie Krajowej Izby Odwoławczej uregulowane w zdaniu 3 ust. 3 §19 powołanego rozporządzenia dotyczy sytuacji, gdy strona przedkłada dokument wraz z jego tłumaczeniem na język polski, z tym że tłumaczenie to nie było dokonane przez tłumacza przysięgłego, nie zaś sytuacji gdy strona powołująca się na fakt wynikający z określonego dokumentu przedkłada go wyłącznie w języku obcym. W ocenie Sądu Okręgowego nie można także skutecznie zarzucić naruszenia przez orzekającą Izbę §24 ust.1 w/w rozporządzenia. W tym zakresie zasadnym jest stwierdzenie, iż to od samej Krajowej Izby Odwoławczej zależy uznanie, że zachodzi uzasadniona potrzeba wezwania strony lub uczestnika o dodatkowe dokumenty lub inne dowody potrzebne jej zdaniem do rozstrzygnięcia sprawy. W tym miejscu jednak dodać należy, iż w przypadku niniejszej sprawy przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w sposób jednoznaczny określiły na kim spoczywa ciężar dowodu, że nie doszło do naruszenia przepisów tej ustawy. Zatem nie można czynić Krajowej Izbie Odwoławczej zarzutu, iż nie podejmowała czynności w celu wykazania okoliczności, które miał obowiązek wykazać wykonawca przystępujący do sprawy, czyli (...) S.A. W ocenie Sądu Okręgowego Izba prawidłowo uznała, że wobec braku przedłożenia przez przystępującego wykonawcę dokumentów sporządzonych w sposób wymagany przez §19 ust.3 rozporządzenia nie mogą one stanowić dowodów na wskazywane okoliczności, a także iż rozstrzygnięcie tej sprawy winno nastąpić na podstawie pozostałych twierdzeń i dowodów. Należy zwrócić uwagę, iż celem postępowania odwoławczego jest ocena zarzutów zgłoszonych we wniesionym środku ochrony prawnej przy zachowaniu zasady bezstronności organu orzekającego i równości stron tego postępowania. Zatem jedynie wyjątkowo Krajowa Izba Odwoławcza winna sięgać po uprawnienia wyřeczające strony w realizacji ich obowiązków procesowych, a w szczególności wskazywać na dowody konieczne dla wykazania racji jednej z nich. W tej sprawie, zdaniem Sądu Okręgowego, słusznie Izba nie wzywała o stosowne tłumaczenia, gdyż nie były one niezbędne dla rozstrzygnięcia odwołania wniesionego przez (...) S.A. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 190 ust.1 p.z.p. to strony i uczestnicy postępowania są zobowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. To zatem do nich należy inicjatywa dowodowa, a uprawnienie Izby określone w ust.4 tego artykułu do dopuszczenia dowodu z urzędu należy uznać za wyjątek, który zwłaszcza w sprawach dotyczących kwestii rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wykonawcę, musi być stosowany szczególnie ostrożnie.

Kontynuując rozważania Sąd Okręgowy stwierdza, iż bezzasadny był zarzut naruszenia art. 190 ust.5 p.z.p. Błędne jest stanowisko skarżącego wykonawcy, iż okoliczności związane danymi zawartymi w dokumentach sporządzonych w języku obcym nie wymagały wykazania we właściwy sposób z uwagi na fakt, iż Zamawiający uznał je za wystarczające, a także ponieważ nie były kwestionowane w toku postępowania. W związku z tym ostatnim stwierdzeniem nasuwa się pytanie, kto mógł kwestionować te dokumenty skoro objęte były tajemnicą przedsiębiorstwa (...) S.A. i nikomu poza nim oraz Zamawiającym, nie były one znane. Całkowicie chybione jest stanowisko, iż faktem przyznanym w toku postępowania jest fakt nie ujawniony drugiej stronie postępowania. Takie rozumowanie jest całkowicie sprzeczne

z istotą okoliczności niespornych między stronami. Niewątpliwie dane zawarte w tych dokumentach nie mogą być też uznane za powszechnie znane lub za fakty znane z urzędu. Według Sądu Okręgowego nie można też uznać, że wystarczające dla uznania racji skarżącego, iż Zamawiający nie domagał się stosownych tłumaczeń, nie kwestionował danych zawartych w dokumentach obcojęzycznych, jak również, iż uznał wyjaśnienia skarżącego za przekonujące. Gdyby powyższe zachowanie Zamawiającego było wystarczające dla uznania, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska, to jakiegokolwiek postępowanie odwoławcze byłoby zbędne, gdyż rola Krajowej Izby Odwoławczej sprowadzałaby się jedynie do stwierdzenia, czy zamawiający uznał się za przekonanego wyjaśnieniami złożonymi w trybie art. 90 ust.1 p.z.p., czy też nie. W takiej jednak sytuacji wykonawca, którego oferta nie została wybrana nie miałby jakichkolwiek możliwości skutecznie zarzucać wadliwości czynności podjętej przez zamawiającego. Według art. 190 ust. 1a p.z.p. ciężar dowodu dla wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny obciąża wykonawcę, który ją zaoferował, jeśli jest stroną bądź uczestnikiem postępowania, a w innym przypadku zamawiającego. Już tylko z tej regulacji wynika, że nie jest wystarczające twierdzenie zamawiającego o braku przesłanki rażąco niskiej ceny, lecz niezbędne w każdym przypadku jest wykazanie powyższej okoliczności w postępowaniu dowodowym. Ponieważ w tej sprawie wykonawca, którego dotyczył zarzut „rażąco niskiej ceny” był uczestnikiem postępowania odwoławczego to jego obowiązkiem było przedstawienie wszystkich dowodów, jakie uznał za niezbędne, dla wykazania że oferowana cena rażąco niska nie jest. (...) S.A. nie wykazała się jednak jakąkolwiek inicjatywą dowodową, poprzestając na wyjaśnieniach przedłożonych Zamawiającemu, o których musiała wiedzieć, iż częściowo oparte są na dokumentach niezgodnych z zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym regulami dotyczącymi postępowania odwoławczego. Z powyższych względów wskazany zarzut nie jest trafny.

Podobnie - jako niezasadne - należy ocenić zarzuty naruszenia art. 191 ust.1 i 2 p.z.p. Wskazać należy, iż do zamknięcia rozprawy w postępowaniu odwoławczym doszło po pełnym przedstawieniu stanowisk stron i uczestnika postępowania, w tym również w zakresie możliwości wykazywania braku rażąco niskiej ceny dokumentami sporządzanymi w innym języku niż polski. W tej ostatniej kwestii odwołujący się (...) S.A. w sposób jednoznaczny zanegował taką możliwość, co nie spotkało się z reakcją przystępującego, polegającą na przedłożeniu stosownych tłumaczeń, bądź złożeniem wniosku do składu orzekającego Izby o umożliwienie dokonania takiej czynności. Zdaniem Sądu, w takiej sytuacji oraz po przeprowadzeniu wszystkich zgłoszonych i możliwych do przeprowadzenia dowodów, nie było jakichkolwiek przeszkód do zamknięcia rozprawy, gdyż w istocie sprawa nadawała się do rozstrzygnięcia. Z kolei biorąc pod uwagę treść uzasadnienia zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej trzeba stwierdzić, iż został oparty na stanie istniejącym w chwili zamknięcia rozprawy, a więc na stanie zgodnym z wymaganiami wynikającymi z art. 191 ust.2 p.z.p.

Zdaniem Sądu Okręgowego skarżąca (...) S.A. niezasadnie zarzuciła również naruszenie art. 190 ust.6 p.z.p., gdyż Krajowa Izba Odwoławcza nie odmówiła przeprowadzenia jakiegokolwiek zgłoszonego dowodu, a jedynie uznała iż część dokumentów mających potwierdzić argumentację tego wykonawcy, powołaną w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu, nie może zostać uwzględniona z uwagi na niespełnianie przez nie warunków określonych w §19 §3 rozporządzenia z dnia 22 marca 2010 roku.

W ocenie Sądu Okręgowego chybiony okazał się również zarzut naruszenia art. 190 ust.7 p.z.p. Przepis ten swoją treścią odpowiada art. 233 §1 k.p.c., statuując zasadę swobodnej oceny dowodów w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Krajową Izbą Odwoławczą. Uwzględniając dorobek orzecznictwa i doktryny na tle art. 233 §1 k.p.c. wskazać należy, iż zarzut ten może być uznany za skuteczny jedynie wówczas, gdy ocena materiału dowodowego przez organ orzekający byłaby sprzeczna z zasadami logicznego rozumowania, bądź zasadami doświadczenia życiowego. Tak jednak w niniejszej sprawie nie jest. Zdaniem Sądu Okręgowego Izba po pierwsze uwzględniła całość materiału dowodowego, który strony powołały dla wykazania własnych twierdzeń, i który mógł zostać ujawniony w toku postępowania odwoławczego, zaś ocena ta była zgodna ze wskazanymi wyżej zasadami. W pełni także (w ramach w jakich było to dopuszczalne z uwagi na tajemnicę przedsiębiorstwa) Izba przedstawiła ocenę poszczególnych dowodów w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Sąd Okręgowy rozpoznając sprawę na skutek skargi (...) S.A. ponownie dokonał oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego. W tym miejscu stwierdzić należy, iż jeśli w postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie

Krajowej Izby Odwoławczej zastosowanie znajdują przepisy dotyczące postępowania apelacyjnego uregulowanego w kodeksie postępowania cywilnego (art. 198a ust.2 p.z.p.), to uznać należy, że Sąd rozpoznający skargę jest także sądem merytorycznym ponownie rozpoznającym sprawę, z zastrzeżeniem wynikającym z regulacji art. 198d p.z.p., iż w tym postępowaniu nie mogą być rozszerzane żądania odwołania, ani zgłaszane nowe żądania. W postępowaniu tym może być jednak prowadzone postępowanie dowodowe, na co pośrednio wskazuje też przepis art. 198ea p.z.p. Gdyby bowiem ustawodawca takiej możliwości nie przewidywał to zbędne byłoby określanie na kim spoczywa ciężar dowodu, w szczególności w sprawach w których zarzut związany jest z rażąco niską ceną. Skoro w postępowaniu wywołanym skargą istnieje możliwość wykazywania okoliczności, z których strony wywodzą skutki prawne, to skarżący był uprawniony do zgłoszenia dowodów dla wykazania zasadności swoich twierdzeń. Podnieść należy, że skarżący (...) S.A. w zasadzie nie powołał się na jakiegokolwiek nowe dowody i nie złożył dodatkowych wyjaśnień na okoliczność, iż cena przez niego zaoferowana nie jest rażąco niska. Jedynym uzupełnieniem dotychczasowego materiału dowodowego stanowiły tłumaczenia na język polski dokumentów w języku angielskim, które złożone zostały na wcześniejszych etapach postępowania. W ocenie Sądu Okręgowego powyższych tłumaczeń nie można traktować jako nowe dowody w sprawie, a jedynie jako środki umożliwiające przeprowadzenie dowodów z dokumentów złożonych wcześniej, z tym że języku angielskim. Z tego powodu, jak również z uwagi na wcześniejsze stwierdzenia co do dopuszczalności prowadzenia postępowania dowodowego na obecnym etapie postępowania, nie mogły zostać uwzględnione wnioski (...) S.A. o pominięciu powyższych tłumaczeń dokumentów.

Analiza przez Sąd Okręgowy całego materiału dowodowego zebranego w sprawie, w tym w szczególności wyjaśnień złożonych Zamawiającemu przez (...) S.A. wraz z wszystkimi dołączonymi do nich dokumentami, nie doprowadziła Sądu do innych wniosków, niż te poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą. Poniższe rozważania związane są z zarzutami naruszenia art. 192 ust.2 p.z.p. w zw. z art. 90 ust.ust.2 i 3 p.z.p. i art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Na ich wstępie stwierdzić należy, iż Sąd Okręgowy podziela pogląd wyrażany w doktrynie i orzecznictwie, iż wszczęcie przez zamawiającego procedury określonej w art. 90 ust.1 p.z.p. stwarza domniemanie istnienia rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez konkretnego wykonawcę. Domniemanie to może zostać wzruszone, ale ciężar dowodu wykazania, że oferowana cena nie jest rażąco niska, obciąża na każdym etapie postępowania wykonawcę, który ją zaoferował, jeśli oczywiście jest on stroną lub uczestnikiem danego postępowania. W sytuacji zaś, gdy podmiot ten nie bierze udziału w sprawie, obowiązek powyższy spoczywa na zamawiającym. To ostatnie stwierdzenie odnosi się oczywiście do ewentualnych postępowań wywołanych odwołaniem do KIO, bądź wniesieniem skargi do sądu. Dla Sądu nie budzi wątpliwości także i to (o czym wspomniano już wcześniej), że samo twierdzenie zamawiającego o uznaniu udzielonych mu wyjaśnień za przekonujące i usuwające jego pierwotne wątpliwości, nie jest wystarczające dla podważenia w/w domniemania w postępowaniu przez KIO lub sądem. Gdyby tak było, to zamawiający nie byłby ustawowo obciążony ciężarem dowodu o jakim stanowią art. 190 ust.1a pkt 2 p.z.p. oraz art. 198ea pkt 2 p.z.p. Zwrócić też należy uwagę, że regulacje zawarte w art. 90 ust.1 i ust. 3 p.z.p. z jednej strony służą zagwarantowaniu wykonania przedmiotu zamówienia, a więc mają chronić interesy zamawiającego i w konsekwencji interes publiczny, skoro finansowane są za pomocą środków publicznych. Z drugiej jednak strony mają na celu ochronę zasad uczciwej konkurencji pomiędzy podmiotami funkcjonującymi na rynku. Ten drugi cel jest równie istotny i jest konsekwencją zasady przewidzianej w art. 7 ust.1 p.z.p. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, iż wykonawca oferuje cenę nie pokrywającą kosztów realizacji zamówienia, mając możliwość jego sfinansowania z innych środków, co nie zagraża interesom zamawiającego, ale może prowadzić do eliminacji z rynku konkurencyjnych podmiotów, bądź ograniczenia ich udziału w rynku. Powyższa regulacja ma zapobiegać takim sytuacjom. Przed przystąpieniem do omówienia okoliczności ściśle związanych z tą sprawą należy jeszcze dodać, że Sąd Okręgowy podziela stanowiska wyrażane zarówno przez skarżącego, jak i przeciwnika skargi (...) S.A., iż za cenę rażąco niską należy uważać cenę odbiegającą od ceny rynkowej, nierealną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów.

W ocenie Sądu Okręgowego zgodzić się należy z Krajową Izbą Odwoławczą, że wyjaśnienia i dowody przedłożone przez skarżącego wykonawcę nie wzruszyły domniemania rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez (...) S.A. Podnieść należy, że przedmiot zamówienia objętego niniejszym zamówieniem publicznym jest specyficzny, w tym znaczeniu iż rynek podmiotów mogących go zrealizować jest wąski i ogranicza się jedynie do kilku wykonawców oferujących podobne

produkty. Uwaga ta wynika nie tylko faktów powszechnie znanych, ale również potwierdza ją zestawienie ujęte, tak przez skarżącego, jak i odwołującego w ich pismach procesowych. Z zestawienia tego wynika, iż na przestrzeni ostatnich 6 lat w postępowaniach o udzielenie podobnych zamówień publicznych brały udział jedynie 4 podmioty, przy czym dwa z nich jedynie sporadycznie, zaś regularnymi uczestnikami tych postępowań były jedynie (...) S.A. oraz (...) S.A. Nie jest też rzeczą sporną między stronami, iż wykonując swoje produkty przynajmniej częściowo korzystają one prawdopodobnie z komponentów pochodzących od tych samych producentów (wniosek taki można wysnuć wprost z twierdzeń zawartych w pismach procesowych nie objętych tajemnicami przedsiębiorstw), a także iż prowadzą swoją działalność w tych samych warunkach makroekonomicznych. Okoliczności te są istotne, gdyż mają wpływ na ocenę możliwości zaistnienia szczególnych właściwości dostępnych konkretnemu wykonawcy do zaoferowania ceny istotnie odbiegającej od ceny drugiego z wykonawców pozostających w sporze. Analiza opisanego wyżej zestawienia cen oferowanych przez poszczególnych producentów na przestrzeni ostatnich lat prowadzi do wniosku, iż po pierwsze ich ceny były do siebie zbliżone, a po drugie, iż nigdy nie oferowano wykonania podobnego zamówienia (4 lub 5 członowego elektrycznego zespołu trakcyjnego) za cenę podaną przez skarżącego w tej sprawie. W tym miejscu należy uczynić zastrzeżenie, iż w rzeczywistości jeden raz (...) S.A. oferowała wykonanie 4 członowego ezt za cenę 12.870.000zł, jednak ten przypadek powołany przez skarżącego, jako przykład przemawiający za jego stanowiskiem, nie może być uwzględniony tak jak chciałby skarżący, gdyż powyższa oferta uznana została właśnie za zawierającą rażąco niską cenę, a trzeba dodać iż miało to miejsce w październiku 2013 roku, a więc niedawno. Stanowisko ówczesnego zamawiającego o rażąco niskiej cenie wskazanej oferty potwierdzone zostało następnie przez wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 grudnia 2013 roku sygn. KIO 2794/13. Uwzględniając wskazaną okoliczność należy uznać, iż powyższa oferta nie może mieć jakiegokolwiek znaczenia dla przyjęcia, iż cena obecnie oferowana nie jest ceną rażąco niską, a wręcz przemawia za całkowicie odmiennym poglądem. Powyższa analiza prowadzić musi też do wniosku, że w pozostałych przypadkach poprzednio prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego startujący w nich wykonawcy oferowali za swoje produkty ceny rynkowe. Zgodnie bowiem z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania brak podstaw do przypuszczeń, iż chcąc uzyskać zamówienie oferowali za swoje produkty ceny rażąco zawyżone lub tylko zawyżone. Takie postępowanie byłoby sprzeczne z racjonalnym postępowaniem podmiotu gospodarczego chcącego uzyskać dane zamówienie i mającego świadomość istnienia konkurenta ubiegającego się o to samo zamówienie. Przyjmując to założenie stwierdzić należy, iż jakkolwiek ceny za oferowane elektryczne zespoły trakcyjne na przestrzeni lat systematycznie ulegały zmniejszeniu, to jednak odbywało się to stopniowo i w podobnym zakresie u obu konkurujących wykonawców, a oferowane przez (...) S.A. zestawy 4 członowe jeszcze w styczniu 2015 roku miały cenę 14.650.000zł netto (w niniejszej sprawie oferowano je za kwotę 15.375.000zł brutto).

Istotnym w tej sprawie jest również to, że wartość przedmiotu zamówienia określona przez Zamawiającego na kwotę 339.178.592,79zł netto, czyli 417.189.669,12zł brutto, została ustalona w oparciu o informacje uzyskane od trzech producentów na krótko przed ogłoszeniem zamówienia publicznego. W toku obecnego postępowania nie było zarzutów związanych z uchybieniami Zamawiającego przy ustalaniu wartości przedmiotu zamówienia. Wartość ta przynajmniej w przybliżeniu oddawać zatem musiała cenę rynkową za realizację zamówienia, w szczególności jeśli weźmie się pod uwagę, iż oparto ją na danych od 3 podmiotów, gdy w dotychczasowych postępowaniach o udzielenie podobnych zamówień uczestniczyły tylko 4 podmioty. Fakt, iż ostatecznie Zamawiający zdecydował się przeznaczyć na realizację zamówienia kwotę o ok. 100.000.000zł niższą nie oznacza, iż była to kwota za jaką możliwe było zrealizowanie tego zamówienia, a jedynie iż takimi środkami dysponował one na te potrzeby. Jest rzeczą Zamawiającego jakie środki przeznacza na realizację zaplanowanej inwestycji i w tym postępowaniu nie jest to przedmiotem badania i oceny. Niemniej stwierdzić należy, iż Zamawiający konsekwentnie wspierając stanowisko (...) S.A., w jakikolwiek sposób nie wyjaśnił na czym opierało się jego założenie, iż jest możliwa realizacja przedmiotowego zamówienia za środki o ponad 1/4 niższe niż ustalona przez niego wartość przedmiotu zamówienia. W szczególności ze stanowiska Zamawiającego nie wynikało, aby określając kwotę przeznaczoną na zamówienie zrezygnował z opcji zakupu dodatkowych zestawów elektrycznych zespołów trakcyjnych.

Oceniając treść wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu przez (...) S.A. zgodzić się należy z Krajową Izbą Odwoławczą, iż kwestionowanie przez tego wykonawcę podstaw do wszczęcia postępowania w trybie art. 90 ust.1 p.z.p. ma charakter

czysto subiektywny. To stanowisko skarżącego nie uwzględnia treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a wręcz jest z nimi sprzeczne. Trafnie Izba wskazała, że przesłanka określona w art. 90 ust.1 p.z.p. bezpośrednio odwołuje się do regulacji zawartej w art. 32 p.z.p. (a także art. 89 ust.1 pkt 4 p.z.p.), a nie do uregulowania z art. 86 ust.3 p.z.p. Jeśli zatem różnica pomiędzy wartością zamówienia ustaloną przez Zamawiającego a ceną zaoferowaną przez (...) S.A. wynosiła 30% to Województwo (...) miało obowiązek wszcząć postępowanie w przedmiocie wyjaśnienia czy cena ta nie jest rażąco niska. Dla zaistnienia tego obowiązku nie miała znaczenia okoliczność, że podobna różnica nie istniała pomiędzy ceną oferowaną przez skarżącego, a średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert.

Zgodzić się też należy z poglądem Krajowej Izby Odwoławczej, iż w wyjaśnieniach brak jakichkolwiek szczegółowych odniesień to tego w jaki sposób zmiana istotnych warunków zamówienia w toku trwającego postępowania miała wpływ na możliwość obniżenia ceny jego realizacji. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, iż do powyższej zmiany SIWZ doszło w wyniku odwołania (...) S.A., zaś skarżący w tym postępowaniu brał udział jako przystępujący po stronie Zamawiającego, który wnosił o jego nieuwzględnienie. Nie wydaje się zatem, aby zmiana SIWZ miała jakikolwiek korzystny wpływ na możliwość oferowania niższej ceny przez tego wykonawcę, skoro się tej zmianie sprzeciwiał. Niezależnie jednak od tej uwagi trafnie Izba podniosła, że w wyjaśnieniach nie określono na jaki składnik cenowy i jakim stopniu miały wpływ te zmiany. Zauważyć też trzeba, że jeśli zmiany te miały wpływ na kalkulację ceny przedmiotu zamówienia to w równym stopniu u obu wykonawców.

Za trafne stanowisko Izby należy także uznać jej pogląd o braku wykazania specyficznych i dostępnych tylko dla (...) S.A. warunków realizacji przedmiotu zamówienia. W ocenie Sądu Okręgowego nie są nimi powołane w wyjaśnieniach procesy technologiczne i oszczędnościowe wdrażane w tym przedsiębiorstwie. Izba słusznie oceniła te procesy jako typowe w podmiotach gospodarczych funkcjonujących na rynku. Nie jest bowiem rzeczą wyjątkową wdrażanie w przedsiębiorstwach procesów zmierzających do obniżenia kosztów produkcji i zwiększenia wydajności pracy. W ocenie Sądu Okręgowego dodać należy jeszcze, iż z wyjaśnień i dołączonych do nich dokumentów nie wynika, aby powyższe procesy technologiczne i systemy zarządzania nie były stosowane już poprzednio w zakładach (...) S.A. Nie wykazano więc, aby możliwość znacznego obniżenia ceny w stosunku do cen oferowanych jeszcze niedawno (w poprzednich postępowaniach o udzielenie zamówienia) była efektem tych wdrożonych zmian. Podobne uwagi należy odnieść do tej części wyjaśnień jaka dotyczy uzyskanej pomocy publicznej, która w ocenie skarżącego również pozwalała temu podmiotowi na wykonanie zamówienia za cenę niższą niż mogą to uczynić inne podmioty. Podnieść bowiem trzeba, że skarżąca powołuje się na środki uzyskane w ramach projektów unijnych realizowanych w okresach znacznie poprzedzających niniejsze zamówienie (lata 2004-2006, 2007-2013). W związku z tym logiczny i zgodny z doświadczeniem życiowym jest wniosek, że możliwości wynikające z uzyskania i wykorzystania tej pomocy istniały już dużo wcześniej, a jednak oferowane w poprzednich przetargach ceny rynkowe były istotnie wyższe. Nie można więc uznać za wykazane, iż to właśnie innowacje i wdrożenia wprowadzone w przedsiębiorstwie (...) S.A. za te środki pozwalają aktualnie na zaoferowanie ceny podanej w ofercie tego wykonawcy. Do takich samych wniosków musi prowadzić także analiza pozostałych dokumentów załączonych do wyjaśnień. Zdaniem skarżącego wykazują one, iż kalkulacja ceny oparta jest na racjonalnych i rynkowych zasadach. Sąd Okręgowy tego poglądu nie podziela. W wyjaśnieniach poświęcono dużo miejsca wywodom dotyczącym wpływu wcześniej zrealizowanych zamówień na obecną możliwość realizacji zamówienia przy niższych kosztach własnych. Jednak szczegółowa analiza tych dokumentów (dotyczących cen poszczególnych komponentów wchodzących w skład oferowanych elektrycznych zespołów trakcyjnych) wskazuje, że na 21 pozycji tylko 7 z nich zostało wystawionych w 2015 roku, a więc w roku wszczęcia niniejszego postępowania, zaś pozostałe pochodzą z lat 2013-2014. Rodzi się więc pytanie w jaki sposób powyższe dokumenty mogą skutecznie wykazać obecnie istniejące możliwości wyjątkowych warunków realizacji zamówienia, jeśli dotyczą one okresów czasu, gdy ten sam podmiot za swoje produkty oferował ceny rynkowe na znacznie wyższym poziomie. Zdaniem Sądu Okręgowego pozostaje w sprzeczności z doświadczeniem życiowym i logicznym rozumowaniem, że elektryczne zespoły trakcyjne produkowane w istocie w tych samych lub bardzo podobnych warunkach ekonomicznych, przez tego samego producenta wraz ze związanymi z nimi usługami gwarancyjnymi i serwisowymi, mogą być w krótkim odstępie czasowym oferowane w cenach rynkowych tak rażąco odbiegających od siebie, jak to ma miejsce w niniejszym przypadku na tle wcześniej oferowanych zestawów. Jak zaznaczono już wyżej nie jest racjonalne przyjęcie tezy, że (...) S.A. za swoje produkty i usługi

oferowała poprzednio ceny odbiegające od cen rynkowych. A skoro nie wykazano, iż na etapie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie, lub w okresie bezpośrednio go poprzedzającym, doszło do istotnej zmiany warunków w jakich realizowana jest produkcja u tego wykonawcy, to brak przesłanek do uznania, iż doszło do wzruszenia domniemania istnienia rażąco niskiej ceny. Argumentu za wzruszeniem powyższego domniemania nie mogły stanowić też kwestie związane z koniecznością zapłaty za niektóre komponenty w walucie Euro. Z wyjaśnień udzielonych przez przedstawicieli skarżącego na rozprawie w dniu 12 lutego 2016r. wynikało, że wykonawca ten nie stosował w swojej kalkulacji oficjalnego kursu Euro obowiązującego w dacie przygotowywania oferty, lecz kurs wynikający ze stosowanego hedgingu naturalnego. Powyższe tłumaczyło rozbieżność istniejącą pomiędzy przeliczonymi na PLN cenami w Euro, określonymi w dołączonych dokumentach, w stosunku do obowiązującego wówczas kursu NBP. Jednak, jak należy wnosić, powyższe zasady kalkulacji cenowej nie były nowością w praktyce skarżącego. Zatem także ten element wpływający na koszty prowadzonej działalności nie mógł być uznany za stwarzający specyficzne warunki realizacji niniejszego zamówienia. Należy zwrócić uwagę, że w swoich wyjaśnieniach skarżący dokonywał porównania oferowanych obecnie zestawów 4 i 5 członowych z pojazdami 3 członowymi, co w ocenie Sądu Okręgowego, nie może wyjaśnić racjonalności oferowanej aktualnie ceny, zwłaszcza iż całkowicie pominięto w tych wyjaśnieniach okoliczności mające wpływ na możliwość obniżenia ceny oferowanych we wcześniejszych przetargach zestawów 4 i 5 członowych.

Według Sądu Okręgowego przy ocenie materiału dowodowego w tej sprawie nie może ująć z pola widzenia stwierdzenie wykonawcy (...) S.A. zawarte w jego wyjaśnieniach, iż przygotowując swoją ofertę uwzględnił dane zawarte na stronie internetowej Województwa (...), co do wysokości środków jakimi podmiot ten będzie dysponował na zakup taboru kolejowego, a które wynieść miały 319.512.351zł, i że oferta została tak przygotowana, aby kwoty powyższej nie przekroczyć, a tym celu aby nie doszło do unieważnienia przetargu. Jeśli zatem podstawowym założeniem tego wykonawcy przy sporządzeniu oferty było, aby nie doszło do unieważnienia przetargu, to stwierdzić należy, iż powyższe stanowi dodatkowe potwierdzenie braku uwzględnienia w oferowanej cenie rzeczywistych rynkowych składników wpływających na jej wysokość. Okoliczność ta wraz z poprzednio powołanymi argumentami doprowadziła Sąd Okręgowy do przekonania, iż zasadnie Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty (...) S.A. na podstawie art. 90 ust.3 p.z.p. i art. 89 ust.1 pkt 4 p.z.p.

Zdaniem Sądu Okręgowego nie można podzielić zarzutu skarżącego o naruszeniu art. 192 ust.3 pkt 1 p.z.p. W ocenie Sądu Okręgowego za chybione należy uznać stanowisko skarżącej, iż w niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza nie była uprawniona do nakazania odrzucenia oferty (...) S.A. Podnieść należy, że w tej sprawie wykonawca na 3 etapach postępowania miał możliwość wykazywania, iż oferowana cena nie jest rażąco niska. Wszystkie jego argumenty i przedłożone dowody zostały rozważone przez Izbę, a obecnie przez Sąd Okręgowy. Zatem całkowicie zbędne jest nakazywanie Zamawiającemu podjęcia czynności w celu uzupełnienia otrzymanych wcześniej wyjaśnień, zwłaszcza iż skarżący nie powołuje się na jakiegokolwiek twierdzenia i dokumenty nie znane wcześniej Zamawiającemu. W tej sytuacji, wobec stwierdzonego braku wykazania, że oferowana cena nie była rażąco niska, jedynym właściwym rozstrzygnięciem było nakazanie Zamawiającemu odrzucenia tej oferty, gdyż taki jego obowiązek wprost wynika z art. 89 ust.1 pkt 4 p.z.p. i art. 90 ust.3 p.z.p. Jakkolwiek zgodzić się należy co do zasady z poglądem skarżącego, iż przepisy art. 90 ust.1 p.z.p. nie wykluczają możliwości uzupełnienia wyjaśnień udzielonych Zamawiającemu, to jednak w niniejszej sprawie, na obecnym etapie jest to zbędne i stanowiłoby w istocie naruszenie zasady równości traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust.2 p.z.p. orzekł jak w punkcie 1 wyroku. O kosztach niniejszego postępowania Sąd orzekł na podstawie art. 198f ust.5 p.z.p. obciążając nimi skarżącego jako przegrywającego sprawę w postępowaniu wywołanym skargą na orzeczenie KIO. Zasadzoną kwotę stanowi wynagrodzenie profesjonalnego pełnomocnika przeciwnika skargi tj. (...) S.A. Wysokość tego wynagrodzenia określono na podstawie §2, §6 pkt 7 i §12 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (t.j. Dz.U. z 2013r. poz. 490) w związku z §21 rozporządzenia

Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych (Dz.U. z 2015r. poz. 1804).

SSO Katarzyna Serafin-Tabor SSO Grzegorz Buła SSO Małgorzata Łoboz