

UZASADNIENIE

Miasto Ł. – Zarząd Dróg i (...) (dalej: „zamawiający”) prowadziło postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Ł. (...) ((...))”. Wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 13.617.500,00 złotych brutto.

We wskazanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wpłynęły dwie oferty. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej: „odwołujący”) złożyła ofertę na kwotę 12.598.000,06 złotych brutto. Natomiast wartość oferty (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (dalej: „wykonawca wybrany”) wyniosła kwotę 8.874.000,00 złotych brutto.

Ponieważ wartość oferty wykonawcy wybranego była niższa od wartości zamówienia ustalonego przez zamawiającego o 34.83%, Miasto Ł. – Zarząd Dróg i (...) powzięło wątpliwości, co do wyceny oferty wykonawcy wybranego. W związku z powyższym pismem z dnia 9 października 2014 roku zamawiający zwrócił się do wykonawcy wybranego o udzielenie wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny brutto. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie wykonawca wybrany w piśmie z dnia 20 października 2014 roku wskazał, że według jego szacunków łączny koszt realizacji całego zamówienia wyniesie kwotę 14.475.186,00 złotych brutto. Wykonawca wybrany podniósł, że umowa na uruchomienie oraz zarządzanie i kompleksową eksploatację systemu (...) zostanie podpisana na okres 44 miesięcy, z czego sezon rowerowy trwać będzie przez 34 miesiące. Wykonawca wybrany wskazał również, że w ramach realizacji zamówienia publicznego, przychód z tytułu reklam umieszczanych na rowerach wyniesie łącznie kwotę 6.691.200,00 złotych brutto. Dokonując wyliczenia możliwego do uzyskania przychodu wykonawca wybrany założył, że reklamy zostaną umieszczone na 80% rowerów, przy czym miesięczny koszt jednej reklamy wyniesie kwotę 200 złotych netto (1000 rowerów x 200 złotych netto miesięcznie x 34 miesiące x 80% = 5.440.000,00 złotych netto, co stanowi 6.691.200,00 złotych brutto). Mając zatem na uwadze szacowaną wysokość przychodu z tytułu reklam wykonawca wybrany konkludował, że złożona przez niego oferta na kwotę 8.874.000,00 złotych brutto nie zawiera ceny rażąco niskiej. Wykonawca wybrany zdecydował się przedstawić ofertę za cenę 8.874.000,00 złotych brutto, bowiem szacowany koszt realizacji całego zamówienia w wysokości 14.475.186,00 złotych brutto zostanie zrekompensowany przez przychód z reklam. Wykonawca wybrany zastrzegł jednocześnie, że złożone przez niego wyjaśnienia są objęte tajemnicą przedsiębiorstwa i zostały przekazane wyłącznie do wiadomości zamawiającego.

Pismem z dnia 22 października 2014 roku zamawiający zwrócił się do wykonawcy wybranego o wykazanie zasadności objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W odpowiedzi wykonawca wybrany pismem z dnia 23 października 2014 roku podtrzymał zastrzeżenie tajemnicy w zakresie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny brutto, w tym cen jednostkowych danych elementów zamówienia. Wykonawca wybrany argumentował, że zastrzeżone informacje posiadają dla niego istotną wartość gospodarczą i handlową, bowiem obejmują informacje dotyczące elementów zaoferowanej w przedmiotowym postępowaniu ceny i sposób jej budowania, zatem obrazują sposób kalkulowania ceny, który pozwala na konkurowanie na rynku i związany jest ze stosowaną marżą i warunkami współpracy z kontrahentami. Ujawnienie cen i sposobu ich wyliczenia może doprowadzić wykonawcę wybranego do utraty znacznej ilości przychodów na rynku. Wykonawca wybrany argumentował dalej, że przedstawiona przez niego kalkulacja została przygotowana wyłącznie na potrzeby tego postępowania. Wykonawca wybrany wskazał także, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa dotyczyło cen jednostkowych oraz sposobu ich kalkulacji, nie obejmowało natomiast ceny brutto. Wykonawca wybrany podniósł również, że w odniesieniu do informacji zawartych w złożonych przez niego wyjaśnieniach podjął on działania zapobiegające ujawnieniu tych informacji i wyraził wolę objęcia ich ochroną. W konsekwencji powyższego wykonawca wybrany wskazał, że ziszczyły się przesłanki do uznania wskazanych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, określone

w art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r., nr 153, poz. 1503 ze zm.) (dalej: „z.n.k.”).

Pismem z dnia 31 października 2014 roku zamawiający poinformował uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że ofertą najkorzystniejszą jest oferta złożona przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. i to właśnie ta oferta została wybrana.

(...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. wniosła do Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: (...)) odwołanie od czynności polegającej na wyborze oferty (...) Sp. z o.o. w W.. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) (dalej: „p.z.p.”) poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także naruszenie innych pozostających w związku z art. 7 p.z.p. przepisów, to jest:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w związku z art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez (...) Sp. z o.o. w W., pomimo że ta oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 z.n.k. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez (...) Sp. z o.o. w W., pomimo że złożenie tej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnianiu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż usług poniżej kosztów ich świadczenia;
3. naruszenie art. 8 ust. 1 – 3 p.z.p. w związku z art. 96 ust. 2 i 3 p.z.p. oraz art. 11 ust. 4 z.n.k. poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia odwołującemu zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień złożonych przez (...) Sp. z o.o. w W. w sprawie rażąco niskiej ceny, pomimo że nie wystąpiły przesłanki do zastrzeżenia tych wyjaśnień tajemnicą przedsiębiorstwa.

W uzasadnieniu odwołania, w zakresie zarzutu, że oferta wykonawcy wybranego zawiera rażąco niską cenę, odwołujący podniósł, iż wartość zamówienia została ustalona przez zamawiającego na kwotę 13.617.500,00 złotych brutto. Zdaniem odwołującego oszacowana przez zamawiającego wartość przedmiotu zamówienia de facto obrazuje poziom cen rynkowych. Ponieważ oferta wykonawcy wybranego jest niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia o 34,83%, odwołujący stwierdził, że oferta wykonawcy wybranego zawiera rażąco niską cenę, za którą wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest możliwe. Odwołujący wskazał także, że wykonawca wybrany zastrzegając tajemnicę przedsiębiorstwa w odniesieniu do całości złożonych przez niego wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny utrudnił odwołującemu wykazanie, że zaoferowana cena jest rażąco niska.

Pismem z dnia 14 listopada 2014 roku do postępowania odwoławczego toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca wybrany.

Zaskarżonym wyrokiem z dnia 26 listopada 2014 roku, sygn. akt KIO 2360/14, Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Ł. – Zarząd Dróg i (...) przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.:

1. uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała ponowny wybór oferty najkorzystniejszej po odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego i odtajniła wyjaśnienia wykonawcy wybranego;
2. kosztami postępowania obciążyła Miasto Ł. – Zarząd Dróg i (...);
 - 2.1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 złotych uiszczoną przez (...) Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądziła od Miasta Ł. – Zarządu Dróg i (...) na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. kwotę 18.600 złotych stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

W uzasadnieniu zapadłego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się na wstępie do zastrzeżonej przez wykonawcę wybranego tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonych w piśmie z dnia 20 października 2014 roku wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. (...) po dokonaniu zbadania informacji zawartych w przedmiotowym piśmie z dnia 20 października 2014 roku nie stwierdziła żadnych informacji noszących znamiona wskazane w art. 11 ust. 4 z.n.k., to jest informacji mających wartość gospodarczą. Swoje wnioski w powyższym zakresie (...) wywiodła z faktu, że wykonawca wybrany nie wyjaśnił na czym polega wartość gospodarcza tych informacji. (...) podniosła, że sam wykonawca wybrany przyznał, iż kwoty, liczby, dane stanowiące o kalkulacji ceny zmieniają się w każdym kolejnym postępowaniu, a zatem zastrzeżone informacje w postaci liczb, danych mają charakter jednorazowy i związane są z kalkulacją ceny w poszczególnym postępowaniu, to jest na użytek konkretnego postępowania. W ocenie zaś I., aby informacja była chroniona, musi mieć walor stałości, reprezentatywności, stabilności i być wyznacznikiem statusu, czy kondycji przedsiębiorstwa, a nie być zmienną kalkulacją na użytek każdego kolejnego postępowania. Informacja powinna posiadać wartość gospodarczą nie tylko na użytek konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą, przynajmniej w jakimś okresie czasu, stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia na rynku. Zdaniem I. informacja posiadająca wartość gospodarczą to taka, która ma na przykład wpływ na wycenę przedsiębiorstwa, a nie stanowi tylko element kalkulacyjny tworzony na użytek kolejnego postępowania celem zdobycia kolejnego zamówienia i zmieniająca się z dnia na dzień. (...) nie zgodziła się z argumentacją wykonawcy wybranego, że ujawnienie wynegocjowanych przez niego stawek spowoduje utratę przychodu. Izba wskazała, że w jej ocenie nie ma żadnego logicznego związku pomiędzy stosowanymi stawkami, a groźbą utraty przychodów w związku z pokazaniem tych stawek. Pokazanie wysokości stawek nie naraża wykonawcy wybranego na utratę przychodów, bowiem nie wskazuje na źródło tych stawek. Same stawki jednostkowe nie powinny być chronione. Chronione mogą być natomiast informacje, co do źródeł tych stawek. Izba podniosła także, że w jej ocenie brak jest jakiegokolwiek oryginalności w samym sposobie ujęcia stawek i kosztów, czyli kalkulacji, która zasługiwałaby na ochronę przed ujawnieniem. Izba zauważyła także, że kalkulacja przedstawiona przez wykonawcę wybranego w jego piśmie z dnia 20 października 2014 roku zawiera wyższe koszty od kosztów skalkulowanych przez zamawiającego. Zdaniem I. w całej kalkulacji przedstawionej przez przystępującego na ochronę mogłaby zasługiwać jedynie wycena przychodu z reklam. Jednak wykonawca wybrany poza podaniem kwoty, jaką zamierza uzyskać z tytułu reklam nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność. Mając na uwadze powyższe Izba odtajniła w wyroku wyjaśnienia wykonawcy wybranego zawarte w jego piśmie z dnia 20 października 2014 roku.

W dalszej części uzasadnienia Izba odniosła się do zarzutu rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy wybranego. (...) argumentowała, że w związku z nie przedstawieniem dowodów na zasadność przyjętej przez wykonawcę wybranego kwoty przychodu z reklam należy uznać, że złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę. Wykonawca wybrany nie załączył do swoich wyjaśnień żadnych dowodów potwierdzających sporządzoną przez siebie kalkulację. Obowiązek przedstawienia dowodów w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wynika z bezwzględnie obowiązującego art. 90 ust. 3 p.z.p., o treści którego i skutkach jego nie przestrzegania wykonawca wybrany został przez zamawiającego pouczony. Konkludując ten fragment swoich rozważań Izba stwierdziła, że wobec braku przedstawienia dowodu w złożonych wyjaśnieniach na zakładane przychody z reklam przez wykonawcę wybranego, które mają wpływ na oferowaną cenę, (...) Sp. z o.o. w W. nie wypełniła wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny (...) odniosła się także do przedłożonych przed odwołującego dowodów na okoliczność, że wycena wykonawcy wybranego w spornym postępowaniu jest nienależycie oszacowana. Odwołujący w toku postępowania odwoławczego przed Izbą przedłożył dowody potwierdzające spadek w ostatnich latach dochodów z reklam w tym reklam tranzytowych (Informacja Izby Gospodarczej (...) Zewnętrznej w sprawie danych o wielkości sprzedaży branży out of (...) w czwartym kwartale i całym 2013 roku) oraz Raport na temat wielkich miast (...) wskazujący na różnice w (...) poszczególnych miast P., na zaprzeczenie, iż miasto Ł. posiada wyjątkowo chłonny potencjał rynku reklamowego. (...) odniosła się również do argumentacji zamawiającego zawartej w jego odpowiedzi

na odwołanie. Zamawiający, mając na względzie swoje doświadczenia w zakresie komunikacji miejskiej w Ł., wskazał, że w jego ocenie realnym jest uzyskanie przychodu z reklam w wysokości wskazanej przez wykonawcę wybranego w złożonych przez niego wyjaśnieniach. Izba dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału na okoliczność dochodu z reklam stwierdziła, że żadne z przedstawionych przez strony i uczestnika dowody na tę okoliczność nie mają jednoznacznego charakteru. Natomiast mogą budzić wątpliwości co do rzetelności wyceny wykonawcy wybranego. W ocenie I. wymienione powyższej dowodu przedłożone przez odwołującego wskazują na ogólne tendencje w potencjale reklamowym miast polski nie dają natomiast odpowiedzi, czy poczynione w wyjaśnieniach założenia są zawyżone i na ile są zawyżone. Argumentacja odwołującego może wzbudzać wątpliwości, ale nie rozstrzyga o zawyżeniu przychodu z reklam. W odniesieniu zaś do argumentacji zamawiającego Izba wskazała, że odnosi się ona do doświadczeń zamawiającego, a nie wykonawcy wybranego, a nadto doświadczenie to dotyczy reklam w pojazdach komunikacji gdzie jest inny ich odbiór i inny zasięg odbiorców masowej komunikacji miejskiej niż odbiór reklam na poruszających się pojazdach po ścieżkach rowerowych i wytyczonych do tego trasach w sytuacji przewidzianych 1000 rowerów.

(...) za zasadny uznał również zarzut odwołującego, iż wykonawca wybrany dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

(...) wskazała na przedłożony przez odwołującego dowód

w postaci wykresu graficznego, który obrazuje podział rynku w Polsce w latach 2013 i 2014.

Z przedmiotowego wykresu wynika, że decydujący udział w rynku posiada wykonawca wybrany, w 2013 roku jego udział wynosił 96%, natomiast w 2014 roku udział w rynku wykonawcy wybranego wyniósł 82%. Pozostały udział w rynku należy do odwołującego

i w 2013 roku wynosił 0,4%, zaś w 2014 roku udział odwołującego w rynku wyniósł 13%.

Na rynku istnieje trzecia firma, której udział w 2014 roku wyniósł 5%. Ponadto Izba wskazała, że w postępowaniach w innych miastach P. wykonawca wybrany i odwołujący prowadzą ze sobą bardzo intensywną konkurencję poprzez zaniżanie cen, czy też wzajemne oskarżenia o nieuczciwe praktyki. Zachowania odwołującego i wykonawcy wybranego podyktowane są walką konkurencyjną o udział w rynku. Na gruncie przedmiotowego postępowania w ocenie I. wykonawca wybrany wskazując na niczym nieudowodnione przychody z reklam zaniżył oferowaną usługę. W konsekwencji, zdaniem (...), ponieważ wykonawca wybrany nie uzasadnił tak jak oczekiwał tego zamawiający zaoferowanej ceny i jej poszczególnych składników poprzez przedstawienie dowodów zwłaszcza na udział przychodów z reklamy w kształtowaniu kosztów utrzymania systemu roweru publicznego (...) Sp. z o.o. w W. zastosowała nieuczciwą praktykę wypierania przez cenę innych wykonawców z rynku – w przedmiotowej sprawie odwołującego.

Skargę na powyższe orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej wywiódł przystępujący po stronie zamawiającego – (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.. Skarżący zarzucił:

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest:

1) art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że oferta N. podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

2) art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez jego niewłaściwą interpretację i przyjęcie, że z przepisu tego wynika konieczność załączenia dowodów do wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny a fakt ich niezłączenia skutkuje koniecznością odrzucenia oferty, a w konsekwencji bezprawne i bezzasadne uznanie, że oferta N. podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia z powodu niezłączenia dowodów do wyjaśnień złożonych w dniu 20 października 2014 roku, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;

3) art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 15 ust. 1 z.n.k. poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że oferta N. podlega odrzuceniu, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia;

4) art. 8 ust. 1 – 3 p.z.p. w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 p.z.p. oraz art. 11 ust. 4 z.n.k. poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że wyjaśnienia złożone przez N. w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa;

2. naruszeni przepisów postępowania mające istotny wpływ na treść wyroku, to jest:

1) art. 192 ust. 7 p.z.p. poprzez rozstrzygnięcie co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, to jest uznanie, że oferta N. podlega odrzuceniu jako zawierająca rażąco niską cenę w związku z faktem nie załączenia dowodów do wyjaśnień N. złożonych w dniu 20 października 2014 roku, pomimo że BikeU nie postawiło w ogóle takiego zarzutu w odwołaniu i nie domagało się uznania oferty N. za podlegającą odrzuceniu z tego powodu;

2) art. 190 ust. 1 p.z.p. oraz art. 6 k.c. poprzez nieuzasadnioną zmianę reguły ciężaru dowodzenia i uznanie, że ciężar dowodzenia obciąża N. (wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego) a nie wykonawcę wnoszącego odwołanie, a w konsekwencji uznanie, że N. powinien podczas rozprawy wykazać, że jego cena nie jest rażąco niska, zamiast BikeU (wykonawca wnoszący odwołanie) wykazać, że cena oferty N. jest rażąco niska;

3) art. 190 ust. 6 i 7 p.z.p., art. 191 ust. 2 p.z.p., art. 233 § 1 k.p.c., w zw. z art. 185 ust. 7 p.z.p. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego, w szczególności dowodów złożonych przez zamawiającego na okoliczność zaoferowania jeszcze niższych cen za jeden rower w innych postępowaniach, niż w mieście Ł., dowodów przedstawionych przez skarżącego i zamawiającego na okoliczność potencjału reklamowego Miasta Ł., wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny złożonych przez BikeU w postępowaniu prowadzonym w B., bez wystarczającego uzasadnienia dlaczego odmówiono im mocy dowodowej.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o zmianę wyroku poprzez oddalenie odwołania BikeU oraz zasądzenie od BikeU na rzecz zamawiającego Miasta Ł. – Zarządu Dróg i (...) kosztów postępowania odwoławczego. Nadto skarżący wniósł o zasądzenie na jego rzecz od przeciwnika skargi kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W piśmie procesowym z dnia 20 marca 2015 roku (data wpływu do Sądu) zamawiający oświadczył, że podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w toku postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. W ocenie zamawiającego podjęte przez niego działania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego były prawidłowe. Na wypadek zaś oddalenia skargi zamawiający wniósł o zasądzenie od skarżącego na rzecz przeciwnika skargi kosztów postępowania, w tym zastępstwa procesowego według norm przepisanych. W uzasadnieniu przedmiotowego pisma zamawiający podniósł także wątpliwości czy w postępowaniu sądowym powinien on zajmować pozycję przeciwnika skargi. Zamawiający argumentował, że jego interes nie jest sprzeczny z interesem skarżącego, lecz z interesem odwołującego, który wygrał postępowanie przed (...). Zdaniem skarżącego za przeciwnika skargi należy zatem uznać odwołującego, bowiem to jego interes stoi w sprzeczności z interesem skarżącego.

W piśmie procesowym z dnia 24 marca 2015 roku (data wpływu do Sądu) skarżący wniósł o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. pisma Zarządu Dróg i (...) w Ł. do Banku (...) S.A. ((...)DZ.3321.100.2014) dotyczącego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Ł. (...) ((...))” z dnia 14 stycznia 2015 roku;

2. pisma Banku (...) S.A. do Zarządu Dróg i (...) w Ł. z dnia 21 stycznia 2015 roku;

3. zawiadomienia o podejrzeniu popełnienia przestępstwa złożonego przez Zarząd Dróg i (...) w Ł. do Prokuratury Rejonowej Ł. ((...).100.2014) z dnia 16 lutego 2015;

4. zawiadomienia o uzasadnionym podejrzeniu popełnienia przestępstwa złożonego przez Pełnomocnika firmy (...) sp. z o.o. do Prokuratury Rejonowej W. z dnia 10 lutego 2015 roku;

5. zawiadomienia o wszczęciu śledztwa przesłanego przez Prokuraturę Rejonową W. do firmy (...) Sp. z o.o. (sygn. akt 1 Ds./898/15) z dnia 9 marca 2015 roku;

na okoliczność utraty przez (...) Sp. z o.o. w W. statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „wykonanie usługi polegającej na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie L. (...) ((...))”, nr sprawy: (...)DZ.3321.100.2014.

W przedmiotowym piśmie skarżący wskazał, że (...) Sp. z o.o. w W. złożyła dokument wymagany przez zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokument ten nie pochodził jednak od banku. W takiej sytuacji w ocenie skarżącego, odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 p.z.p.

W piśmie procesowym z dnia 25 marca 2015 roku (data wpływu do Sądu) odwołujący wniósł o oddalenie skargi oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, to jest w wysokości równej stawce minimalnej określonej prawem. W ocenie odwołującego przeciwnikiem skargi nie jest zamawiający, a zatem nie posiada on legitymacji procesowej biernej, co w konsekwencji powinno skutkować oddaleniem skargi. (...) Sp. z o.o. w W. za przeciwnika skargi należy uznać odwołującego. Odwołujący argumentował także, że nawet gdyby Sąd Okręgowy nie uznał zarzutu braku legitymacji procesowej biernej zamawiającego to i tak skarga powinna podlegać oddaleniu, bowiem podniesione w niej zarzuty są bezzasadne.

Na rozprawie odwoławczej w dniu 27 marca 2015 roku pełnomocnik skarżącego oświadczył, że popiera wywiedzioną skargę oraz wniósł o zasądzenie kosztów postępowania. Pełnomocnik skarżącego powtórzył swoje wnioski dowodowe zawarty w piśmie z dnia 24 marca 2015 roku. Nadto pełnomocnik skarżącego przedłożył do akt sprawy pismo opatrzone datą 26 marca 2015 roku, stanowiące jego odpowiedź na argumentację podniesioną przez odwołującego w piśmie procesowym z dnia 25 marca 2015 roku. Natomiast pełnomocnik zamawiającego pozostawił skargę do uznania Sądu oraz wniósł alternatywnie na wypadek oddalenia skargi o zasądzenie na jego rzecz od skarżącego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, zaś na wypadek uwzględnienia skargi o nieobciążanie go kosztami postępowania. Pełnomocnik odwołującego (który w postępowaniu sądowym posiada status uczestnika) wniósł z kolei o oddalenie skargi z uwagi na brak legitymacji procesowej biernej zamawiającego, a także z uwagi na bezzasadność podniesionych w skardze zarzutów. Nadto pełnomocnik odwołującego wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Łodzi zważył, co następuje:

Skarga nie jest zasadna i podlega oddaleniu.

Zaskarżone rozstrzygnięcie Krajowej Izby Odwoławczej jest prawidłowe i jako takie musi się ostać. Podniesione w skardze zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Przed przystąpieniem do merytorycznego rozpoznania skargi wskazać należy na dwie kwestie wstępne, a mianowicie: kto jest przeciwnikiem skargi oraz zawarte w piśmie skarżącego z dnia 24 marca 2015 roku wnioski dowodowe, o których dopuszczenie skarżący wniósł powtórnie na rozprawie w dniu 27 marca 2015 roku.

Ad primo żaden z przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych nie wskazuje kto jest przeciwnikiem skargi, w sytuacji gdy skargę do sądu okręgowego na orzeczenie (...) wnosi wykonawca, który uprzednio przystąpił do odwołania po stronie zamawiającego, jednak (...) przyznała rację odwołującemu. W ocenie Sądu Okręgowego w opisanym powyższej przypadku za strony postępowania sądowego wszczętego na skutek skargi na orzeczenie (...) należy

uznać skarżącego (wykonawcę) oraz zamawiającego (przeciwnika skargi). Zdaniem Sądu Okręgowego określenie przeciwnika skargi nie może być postrzegane jedynie w odniesieniu do stanowisk zajmowanych przez poszczególne podmioty. Zarówno odwołujący jak i zamawiający wychodzą z błędnego założenia, że skoro ich faktyczne interesy są ze sobą zbierze, należy przyjąć, iż przeciwnikiem skargi jest odwołujący. Pogląd ten jest sprzecznym z ugruntowanym orzecznictwem, w tym Sądu Najwyższego. Podnieść należy, że Sąd Najwyższy w uzasadnieniu swojego postanowienia z dnia 19 czerwca 2007 roku, sygn. akt III CZP 25/07, wskazał, iż postępowanie zainicjowane skargą na orzeczenie (...) jest postępowaniem dwustronnym, opartym na strukturze trybu procesowego. Przepisu ustawy – Prawo zamówień publicznych nie dają podstawy do konstruowania postępowania ze skargi jako postępowania, w którym występuje mnogość stron. Stroną postępowania jest zawsze skarżący, którym może być również zamawiający oraz przeciwnik skargi (odwołujący się wykonawca albo zamawiający). Mówiąc wprost stroną postępowania skargowego zawsze jest zamawiający. Zamawiający nie będzie przeciwnikiem skargi jedynie wówczas gdy sam wniesie skargę na orzeczenie (...). Powyższy pogląd Sąd Najwyższy potwierdził w uchwale z dnia 24 lutego 2009 roku, sygn. akt III CZP 147/08. Pogląd Sądu Najwyższego znalazł także akceptację w orzecznictwie sądów powszechnych (postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 maja 2012 roku, sygn. akt XXIII Ga 436/12; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2011 roku, sygn. akt V Ca 3061/11; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 października 2011 roku, sygn. akt XXIII Ga 666/11; wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z dnia 13 stycznia 2009 roku, sygn. akt II Ca 1141/08).

Reasumując w niniejszej sprawie na etapie postępowania sądowego przeciwnikami procesowymi (wbrew swojej woli) są zamawiający (przeciwnik skargi) oraz wykonawca wybrany (skarżący). W ocenie Sądu Okręgowego brak jest bowiem dostatecznych argumentów na rzecz poglądu, że przeciwnikiem skargi jest odwołujący. Z pewnością takim argumentem nie może być jedynie wskazanie na tożsamość faktycznych interesów wykonawcy wybranego (skarżącego) i zamawiającego. Warto w tym miejscu dodatkowo zaznaczyć, że adresatem orzeczenia (...) jest zamawiającym, to na nim spoczywa powinność wykonania orzeczenia I.. W rozpoznawanej sprawie ze skargi na orzeczenie (...) Sąd Okręgowy może skargę uwzględnić bądź też jako bezzasadną oddalić. Uwzględniając skargę Sąd Okręgowy zmienia zaskarżonego orzeczenie (...). Niezależnie od treści rozstrzygnięcia zapadłego przed Sądem Okręgowym zawsze będzie ono dotyczyć zaskarżonego orzeczenia (...), którego ciężar wykonania spoczywa na zamawiającym. Tym samym adresatem rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego, niezależnie od tego kto jest skarżącym, będzie zamawiający. W konsekwencji zamawiający jest stroną postępowania sądowego, nawet wbrew jego woli i pomimo zbieżności jego stanowiska ze stanowiskiem skarżącego.

Mając na uwadze powyższe rozważania uznać należy za nietrafne stanowisko odwołującego, iż skarga powinna podlegać oddaleniu z uwagi na brak legitymacji procesowej biernej po stronie zamawiającego. Powyższy pogląd odwołujący opiera na założeniu, że wbrew stanowisku skarżącego przeciwnikiem skargi nie jest zamawiający. Ponieważ Sąd Okręgowy uznał to założenie za mylne, w konsekwencji dalsza argumentacja odwołującego co do braku legitymacji procesowej biernej zamawiającego stała się bezprzedmiotowa. Na marginesie wskazać jednak należy, iż pojęcie legitymacji procesowej nie jest pojęciem, którym posługuje się Kodeks postępowania cywilnego. Przymiot legitymacji procesowej oraz skutki jej braku zostały wypracowane w doktrynie na gruncie postępowania cywilnego w sprawach z zakresu prawa cywilnego. Zdaniem Sądu Okręgowego wątpliwa jest możliwość posługiwania się pojęciem legitymacji procesowej w postępowaniu sądowym wszczętym na skutek skargi na orzeczenie (...) w sposób w jaki chce tego odwołujący. Mylne oznaczenie stron w treści skargi nie skutkuje brakiem legitymacji procesowej, bowiem cały czas mamy do czynienia z tym samym kręgiem podmiotów, które występowały w postępowaniu odwoławczym przed (...).

Ad secundo w ocenie Sądu Okręgowego wniosek skarżącego zawarty w jego piśmie procesowym z dnia 24 marca 2015 roku, a następnie powtórzony na rozprawie w dniu 27 marca 2015 roku, o dopuszczenie nowych dowodów należało oddalić. Zgodnie z art. 227 k.p.c. przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Ponieważ przepisy Działu VI „Środki ochrony prawnej” Rozdział 3 „Skarga do sądu” ustawy – Prawo zamówień publicznych nie zawierają odmiennej regulacji dotyczącej postępowania dowodowego, należy uznać, że

wskazany przepis art. 227 k.p.c. znajduje odpowiednie zastosowanie w niniejszym postępowaniu wszczętym na skutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie bowiem z art. 198a ust. 2 p.z.p., w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy niniejszego rozdziału nie stanowią inaczej. Przepis art. 227 k.p.c. znajduje odpowiednie zastosowanie w postępowaniu apelacyjnym za sprawą odesłania z art. 391 § 1 k.p.c. W niniejszym postępowaniu w punkcie 1 sentencji zaskarżonego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty (...) Sp. z o.o. w W. oraz nakazała ponowny wybór oferty najkorzystniejszej, natomiast w punkcie 2 sentencji (...) rozstrzygnęła o kosztach postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Sąd Okręgowy rozpoznając skargę od powyższego wyroku (...) musi zatem rozstrzygnąć czy zasadnym było unieważnienie wyboru oferty (...) Sp. z o.o. w W.. Sąd Okręgowy musi zbadać czy zawarta w ofercie wykonawcy wybranego cena jest rażąco niska oraz czy doszło do popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji. Poza niniejszym postępowaniem pozostaje natomiast okoliczność czy odwołujący - (...) Sp. z o.o. w W. - utracił status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, jako że wyrok (...) w żaden sposób nie odnosił się do powyższej kwestii. Innymi słowy Sąd Okręgowy nie jest uprawniony do badania czy odwołujący utracił status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem zaskarżone rozstrzygnięcie (...) żadną miarą nie odnosi się do tego zagadnienia. Odpowiedź na pytanie, czy odwołujący utracił status wykonawcy nie ma także żadnego wpływu na wynik niniejszego postępowania sądowego i nie uzasadnia jego zawieszenia do czasu udzielenia odpowiedzi na powyższe pytanie. Kwestia tego, czy w postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego doszło do przedłożenia dokumentu podrobionego będzie przedmiotem zainteresowania odpowiednich organów państwa w innym, niż niniejsze postępowanie.

Konkludując, zdaniem Sądu Okręgowego dowody załączone do pisma z dnia 24 marca 2015 roku, o których przeprowadzenie wnosi skarżący, nie mają istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy i tym samym wniosek o ich dopuszczenie podlegał oddaleniu.

Przechodząc do oceny zasadności poszczególnych zarzutów podniesionych w treści skargi w pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutu skarżącego, że Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie wniesione przez (...) Sp. z o.o. w W. naruszyła art. 192 ust. 7 p.z.p., poprzez rozstrzygnięcie co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z przywołanym art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przepis art. 192 ust. 7 p.z.p. nakazuje zatem rozpatrywać odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Oznacza to, że zarzuty objęte rozstrzygnięciem I. muszą być tożsame pod względem podstawy faktycznej i prawnej z zarzutami podniesionymi w odwołaniu. Po złożeniu odwołania rozszerzanie zarzutów odwołania przez dodawanie nowych podstaw faktycznych jest niedopuszczalne. Samo powołanie się w treści odwołania na dany artykuł ustawy – Prawo zamówień publicznych nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność, na którą powołuje się odwołujący w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, to jest dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Odwołujący powinien wskazać, w jaki sposób jego interes został naruszony, w wyniku jakiego zachowania, działania bądź zaniechania zamawiającego, w jakich okolicznościach

i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 grudnia 2011 roku, o sygn. akt. KIO 2625/11). Jak wynika z treści uzasadnienia skargi wykonawca wybrany upatruje naruszenia art. 192

ust. 7 p.z.p. w tym, że (...) Sp. z o.o. w W. w treści wniesionego odwołania podniosła zarzut złożenia wyjaśnień ogólnych, lakonicznych, natomiast (...) zaskarżone rozstrzygnięcie oparła na tezie, że oferta wykonawcy wybranego zawiera rażąco niską cenę, bowiem do złożonych przez siebie wyjaśnień skarżący nie załączył żadnych dowodów. Powyższe stanowisko skarżącego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem jest ono oparte na mylnych założeniach. W rozpoznawanej sprawie (...) Sp. z o.o. w W. w treści wywiedzonego przez siebie odwołania zarzuciła między innymi naruszenie art. 89 ust. 1

pkt 4 p.z.p. w związku z art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez (...) Sp. z o.o. w W., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W uzasadnieniu

wniesionego odwołania BikeU Spółka z .o.o. w W. podniosła, że oferta wykonawcy wybranego jest niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia o 34,83%. Zaskarżonym zaś wyrokiem Izba uznała, że w związku z nieprzedstawieniem dowodów na zasadność przyjętej przez wykonawcę wybranego kwoty przychodu z reklam złożona przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę. W opisanych okolicznościach nie sposób zatem doszukać się zarzuczonego przez skarżącego naruszenia art. 192 ust. 7 p.z.p. Odwołujący w treści wniesionego przez siebie środka ochrony prawnej zarzucił, że oferta wykonawcy wybranego powinna zostać odrzucona, jako że zawiera ona cenę rażąco niską, a zatem odwołujący wskazał na konkretne zachowanie, działanie zamawiającego. Uznając przedmiotowy zarzut odwołującego za zasadny Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że cena zawarta w ofercie wykonawcy wybranego zawiera rażąco niską cenę, w konsekwencji czego nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazała ponowny wybór oferty najkorzystniejszej po odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego. Nie ma zatem racji skarżący podnosząc, że Izba orzekła w przedmiocie zarzutu, który nie został podniesiony w odwołaniu. Kwestia zaś tego na kim spoczywał ciężar udowodnienia, że zawarta w ofercie wykonawcy wybranego cena jest rażąco niska będzie przedmiotem rozważań w dalszej części niniejszego uzasadnienia.

Chybiony jest także zarzut skarżącego naruszenia art. 8 ust. 1 – 3 p.z.p. w związku z art. 96 ust. 2 i 3 p.z.p. oraz art. 11 ust. 4 z.n.k. poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę wybranego w sprawie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Dla uznania danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa konieczne jest spełnienie trzech przesłanek,

o których mowa w art. 11 ust. 4 z.n.k. Informacja, mogąca zostać zakwalifikowana jako tajemnica przedsiębiorstwa, powinna być informacją, która posiada wartość gospodarczą (1), nie została ujawniona publicznie (2) oraz co do której przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania jej poufności (3). Zaznaczyć należy, że niespełnienie pierwszej

z wymienionych przesłanek czyni bezprzedmiotowym dalsze badanie pozostałych dwóch przesłanek. Przechodząc do oceny pierwszej z wymienionych przesłanek, to jest do oceny, czy informacje zawarte w wyjaśnieniach wykonawcy wybranego w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny brutto posiadają wartość gospodarczą, podnieść należy, że Sąd Okręgowy w pełni podziela rozważania Krajowej Izby Odwoławczej poczynione na kartach uzasadnienia zaskarżonego wyroku, uznając jednocześnie za zbędne ich powielenie w treści niniejszego uzasadnienia. W zakresie pierwszej z wymienionych przesłanek warunkujących uznanie danej informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa Sąd Okręgowy uznał za potrzebne przytoczenie argumentacji zawartej w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2014 roku, sygn. akt KIO 189/14. W uzasadnieniu wskazanego orzeczenia, z którego to tezami Sąd Okręgowy w pełni się zgadza, Izba wskazała, że informacje zawarte w wyjaśnieniach elementów kalkulacyjnych oferty, mających wpływ na wysokość ceny mogą posiadać wartość gospodarczą, jeżeli obrazują one sposób kalkulacji ceny – przyjęte w tym celu stawki, operując konkretnymi danymi wskazującymi na sposób pozyskiwania zasobów służących wykonywaniu działalności, ze wskazaniem konkretnych nazw i adresów, obrazują nie tylko przyjęte w celu kalkulacji ceny na użytek konkretnego postępowania stawki wynagrodzeń, ale także stosowaną marżę oraz źródła pozyskiwania zasobów, które służą nie tylko realizacji konkretnego zamówienia, ale wiążą się z działalnością operacyjną wykonawcy. Przenosząc powyższe uwagi na grunt rozpoznawanej sprawy, Sąd Okręgowy po dokonaniu analizy treści informacji zastrzeżonych w postępowaniu przez wykonawcę wybranego stoi na stanowisku, że było to zastrzeżenie niedopuszczalne. Zdaniem Sądu Okręgowego wykonawca wybrany nie wykazał, aby podane przez niego informacje posiadały jakkolwiek wartość gospodarczą. Lakoniczne informacje zawarte w piśmie wykonawcy wybranego z dnia 23 października 2014 roku, tłumaczące zastrzeżenie wyjaśnień, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie są w stanie odnieść zamierzonego przez skarżącego skutku. W ocenie Sądu Okręgowego wykonawca wybrany zasłaniając się rzekomą tajemnicą przedsiębiorstwa miał na celu ukrycie przed odwołującym sposobu obliczenia ceny i uniemożliwienie mu tym samym wykazanie w postępowaniu odwoławczym przed (...), że cena zawarta w ofercie skarżącego jest rażąco niska. Takie działanie jest niedopuszczalne. Złożone przez wykonawcę wybranego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie operują konkretnymi danymi wskazującymi na sposób pozyskiwania zasobów służących wykonywaniu działalności, ze wskazaniem konkretnych nazw i adresów, obrazują jedynie ceny przyjęte na użytek danego postępowania, nie ujawniają natomiast stosowanej marży oraz źródeł pozyskiwania zasobów, które służą realizacji także i innych

zamówień. Bez wątplenia nie mogą być uznane za tajemnicę przedsiębiorstwa ogólne stwierdzenia wykonawcy wybranego, lub też zwykłe obliczenia, na podstawie jakichś danych, bez jednoczesnego wskazania na źródło ich pochodzenia, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Tajemnicę przedsiębiorstwa nie stanowią także oszacowane przez wykonawcę wybranego kwoty, które nie wynikają z żadnych poufnych dokumentów, a są jedynie niczym nieopartymi prognozami lub szacunkami – uwaga ta odnosi się przede wszystkim do wskazanej przez wykonawcę wybranego wysokości możliwego do uzyskania przychodu z reklam. Poufność może dotyczyć jedynie drobnych, pojedynczych informacji, wynikających z poufnych dokumentów, a nie kilkustronicowych wyjaśnień, których poufność w żaden sposób nie została wykazana. Zamawiający naruszył więc art. 8 p.z.p. poprzez brak odtajnienia wyjaśnień wykonawcy wybranego dotyczących rażąco niskiej ceny.

W konsekwencji powyższego, w ocenie Sądu Okręgowego Krajowa Izba Odwoławcza nie naruszyła art. 8 ust. 1 – 3 p.z.p. w zw. z art. 96 ust. 2 i 3 p.z.p. oraz art. 11 ust. 4 z.n.k. poprzez odtajnienie wyjaśnień wykonawcy wybranego, bowiem nie sposób uznać wskazane wyjaśnienia za tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamierzonego przez skarżącego skutku nie jest w stanie odnieść podniesiony przez niego zarzut naruszenia art. 190 ust. 1 p.z.p. oraz art. 6 k.c. poprzez przerzucenie ciężaru dowodzenia w zakresie rażąco niskiej ceny na wykonawcę wybranego. Zdaniem skarżącego ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niska spoczywał na odwołującym, zaś wykonawca wybrany nie był obowiązany wykazać przed (...) przeciwnej tezy. Ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2014 roku, poz. 1232), która weszła w życie z dniem 19 października 2014 roku,

w art. 190 po ust. 1 dodano ust. 1a w następującym brzmieniu: „ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania”. Wskazaną ustawą nowelizacyjną po

art. 198e dodano także art. 198ea zgodnie z którym: „ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na: 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną postępowania albo interwenientem; 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest stroną postępowania albo interwenientem”. W myśl art. 3 ustawy nowelizującej z dnia 29 sierpnia 2014 roku do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem art. 24 ust. 1 pkt 1a ustawy zmienionej w art. 1. Ponieważ prowadzone przez Miasto Ł. – Zarząd Dróg i (...) postępowanie na udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie wskazanej ustawy nowelizacyjnej z dnia 29 sierpnia 2014 roku zarówno

w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą, jak i w niniejszym postępowaniu sądowym zastosowanie znajdują przepisy p.z.p. w ich dotychczasowym brzmieniu. Mając na względzie powyższe w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed (...) zastosowanie powinien znaleźć art. 190 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis art. 190 ust. 1 p.z.p. nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Zgodnie z art. 14 p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego

i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przechodząc zatem do art. 6 k.c. wskazać należy, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Art. 6 k.c. wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat – na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza) (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO

2755/12). Mając powyższe na względzie wskazać należy, że skarżący mógł pozostawać w uzasadnionym przekonaniu, iż w rozstrzyganej sprawie w postępowaniu odwoławczym toczącym się przed Izłą, to na odwołującym spoczywał obowiązek wykazania, że zawarta

w ofercie wykonawcy wybranego cena jest rażąco niska. Stanowisko skarżącego należy jednak uznać za mylne. Ponieważ treść art. 190 ust. 1 p.z.p. odpowiada treści art. 6 k.c., który to przepis za sprawą odesłania z art. 14 p.z.p. także znajduje zastosowanie w postępowaniu odwoławczym przed (...), zasadnym jest sięgnięcie do dorobku orzecznictwa sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, w zakresie ciężaru dowodu. W orzecznictwie można uznać za ukształtowany pogląd, że ilekroć jedna ze stron swoim postępowaniem spowoduje uniemożliwienie lub poważne utrudnienie wykazania okoliczności przeciwnikowi, na którym spoczywał ciężar ich udowodnienia, wówczas na tę stronę przechodzi ciężar dowodu, co do tego, że okoliczności takie nie zachodziły (vide wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 1971 roku, sygn. akt II PR 453/70, Lex nr 14120). Jak już podniesiono zdaniem Sądu Okręgowego zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do złożonych przez wykonawcę wybranego wyjaśnień miało na celu ukrycie przed odwołującym sposobu obliczenia ceny

i uniemożliwienie mu wykazania, że cena zawarta w ofercie skarżącego jest rażąco niska. Tym samym w świetle przedstawionego powyżej stanowiska orzecznictwa uznać należy, że ciężar udowodnienia, iż zawarta w ofercie wykonawcy wybranego cena nie jest rażąco niska spoczywał na skarżącym.

Na marginesie powyższych uwag podnieść należy, że nie ma racji odwołujący wskazując, iż w rozstrzyganej sprawie znajduje zastosowanie art. 69 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U.UE.L.2014.94.65),

z którego to treści w ocenie odwołującego wynika, że ciężar udowodnienia, iż zawarta

w ofercie wykonawcy wybranego cena nie jest rażąco niska spoczywa na skarżącym. Zgodnie z art. 90 ust. 1 dyrektywy z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych państwa członkowskie wprowadzą w życie przepisy ustawowe, wykonawcze

i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy do dnia 18 kwietnia 2016 roku. Ponieważ jeszcze nie upłynął okres transpozycji do krajowego porządku prawnego przepisów dyrektywy z dnia 26 lutego 2014 roku, jej art. 69 ust. 3 nie znajduje bezpośredniego zastosowania w rozpoznawanej sprawie.

Konkludując tę część rozważań, wskazać należy, że zdaniem Sądu Okręgowego Izba nie naruszyła art. 190 ust. 1 p.z.p. oraz art. 6 k.c., bowiem zgodnie z utrwalonym

w orzecznictwie poglądem w realiach niniejszej sprawy ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej ceny spoczywał na wykonawcy wybranym, nie zaś na odwołującym.

Do zmiany zaskarżonego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez (...) Sp. z o.o. w W. nie jest w stanie także doprowadzić podniesiony przez skarżącego zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez jego niewłaściwą interpretację i przyjęcie, że z przepisu tego wynika obowiązek załączenia dowodów do wyjaśnień w przedmiocie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny a fakt ich niezłączenia skutkuje koniecznością odrzucenia oferty. Na wstępie wskazać należy, że w rozpoznawanej sprawie nie znajduje zastosowania art. 90 ust. 2 p.z.p.,

w brzmieniu nadanym mu wskazaną ustawą nowelizującą z dnia 29 sierpnia 2014 roku, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Jednakże zaznaczyć należy, że nowe brzmienie art. 90 ust. 2 p.z.p. odpowiada dotychczasowej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej w tej materii (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 maja 2014 roku, sygn. akt KIO 785/14; wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014 roku, sygn. akt KIO 669/14), zgodnie

z którą to na wykonawcy ciąży obowiązek wskazania, jakie elementy mają wpływ na wysokość ceny i w jaki sposób dokonano ich kalkulacji, tak aby udowodnić, że zaproponowana cena nie jest rażąco niska. Jeżeli wykonawca nie sprostą temu obowiązkowi, wówczas zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. do odrzucenia oferty tego wykonawcy. Sąd Okręgowy w niniejszym składzie podziela zaprezentowaną linię orzecniczą (...) wypracowaną jeszcze przed wejściem w życie ustawy nowelizującej z dnia 29 sierpnia 2014 roku. Przedstawiona linia orzecnicza I. zapobiegała bowiem sytuacji,

w której obowiązkiem wykazania nierealistycznej wartości cudzej oferty, będzie obciążony podmiot zarzucający zamawiającemu bezprawne zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 3 p.z.p. zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z treści cytowanego przepisu art. 90 ust. 3 p.z.p. wynika wniosek, że wykonawca w ramach składanych wyjaśnień powinien przedkładać dowody, które w jego ocenie uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Oczywiście z przepisu art. 90 ust. 3 p.z.p. nie wynika wprost obowiązek wykonawcy załączenia jakichkolwiek dowodów do złożonych przez niego wyjaśnień, jednakże wykonawca, który takich dowodów nie załączył naraża się na niekorzystne dla niego skutki, bowiem zamawiający może uznać, iż złożona przez tego wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę, wszak takie są konsekwencje nie sprostania ciężarowi dowodzenia. Jeżeli natomiast zamawiający uzna wyjaśnienia wykonawcy za wystarczające, mimo niezłączenia do nich jakichkolwiek dowodów, a następnie wybierze ofertę tego wykonawcy, jako najkorzystniejszą, wówczas na skutek odwołania Krajowa Izba Odwoławcza dokona powtórnej oceny, czy złożona przez wykonawcę wybrana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny – taka właśnie sytuacja nastąpiła w niniejszej sprawie. Problem zaś ciężaru dowodu w postępowaniu przed (...) został już omówiony powyżej.

Przechodząc do oceny zasadności kolejnych zarzutów skargi, po dokonaniu ustaleń w przedmiocie na kim spoczywał ciężar dowodzenia w zakresie rażąco niskiej ceny, rozważenia wymaga zarzut skarżącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez odrzucenie oferty wykonawcy wybranego, ponieważ zawiera ona rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rozstrzygnięcie tej kwestii zależne jest od uprzedniego zbadania, czy przedstawione w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego oraz wykonawcę wybranego dowody są wystarczające do przyjęcia, że w niniejszej sprawie zostało udowodnione, iż cena zaoferowana przez skarżącego nie jest rażąco niska, co w gruncie rzeczy sprowadza się do oceny, czy zadeklarowana przez wykonawcę wybranego w piśmie z dnia 20 października 2014 roku wysokość planowanego do uzyskania przychodu z tytułu reklam jest realna. Na wstępie należy jednakże wyjaśnić pojęcie rażąco niskiej ceny.

Żaden z przepisów prawa wspólnotowego jak i prawa krajowego nie definiuje pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Definicji tej należy zatem poszukiwać w bogatym orzecznictwie. Wyjaśnić należy, że w orzecznictwie znajduje się wiele definicji rażąco niskiej ceny, a zatem to uprawnieniem Sądu Okręgowego, nie zaś stron czy też uczestnika postępowania, była możliwość wyboru jednej z nich. Po dokonaniu przeglądu orzecznictwa, Sąd Okręgowy zważył, że najtrafniejszą definicję pojęcia rażąco niskiej ceny na użytek rozpoznawanej sprawy zawiera uzasadnienie wyroku z dnia 21 czerwca 2010 roku Sądu Okręgowego

w K., sygn. akt XIX Ga 175/10, w którym wskazano, że: „Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu”.

Przechodząc do oceny, czy przedstawione w toku postępowania odwoławczego przez zamawiającego oraz wykonawcę wybranego dowody są wystarczające do przyjęcia, iż zadeklarowana przez skarżącego wysokość przychodu z tytułu reklam jest możliwa do osiągnięcia podnieść należy, że wysokość tego przychodu może być wyłącznie szacowana, nigdy natomiast nie będzie możliwe stwierdzenie z całkowitą pewnością, że przychód ten wyniesie określoną kwotę. Ponieważ w Ł. nie funkcjonował wcześniej system roweru miejskiego, nie jest możliwe oszacowanie wysokości tego przychodu poprzez porównanie z przychodami uzyskiwanymi przez innych wykonawców na terenie Ł.. Tym samym nierealistyczne jest żądanie przedstawienia przez wykonawcę wybranego dowodów, które ponad wszelką wątpliwość świadczyłyby o okoliczności, że przychód z tytułu reklam umieszczanych na rowerach wyniesie kwotę 6.691.200,00 złotych brutto. Zasadne jest natomiast żądanie od wykonawcy wybranego przedstawienia dowodów, które uprawdopodobnią poczynione przez niego założenie co do wysokości oczekiwanego przychodu. Przechodząc do oceny danych przedstawionych przez zamawiającego w załączniku nr 1 do odpowiedzi na odwołanie wskazać należy, że w toku postępowania przez (...)

zamawiający podniósł, iż jego doświadczenia w zakresie komunikacji miejskiej w Ł. świadczą o tym, że uzyskanie przychodu z reklam w wysokości wskazanej przez wykonawcę wybranego w złożonych przez niego wyjaśnieniach jest realne. Sąd Okręgowy w pełni podziela stanowisko I. wyrażone na kartach uzasadnienia zaskarżonego wyroku, że dane przedłożone przez zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem odnoszą się one do doświadczeń zamawiającego, a nie wykonawcy wybranego, a nadto doświadczenie to dotyczy reklam w pojazdach komunikacji, gdzie jest inny ich odbiór i inny zasięg odbiorców masowej komunikacji miejskiej, niż odbiór reklam na poruszających się pojazdach po ścieżkach rowerowych i wytyczonych do tego trasach w sytuacji przewidzianych 1000 rowerów. Przedsięwzięcie polegające na uruchomieniu oraz zarządzaniu i kompleksowej eksploatacji systemu o nazwie Ł. (...) żadną miarą nie może być przyrównywane do komunikacji miejskiej w Ł.. W przedmiocie zaś dowodów przedłożonych przez wykonawcę wybranego na rozprawie przed (...) wskazać należy, że odnoszą się one do postępowań przetargowych prowadzonych w innych miastach i żadną miarą nie odnoszą się one do wysokości możliwego do uzyskania przychodu z tytułu reklam w przypadku miasta Ł.. Tym samym dowody te są mało przydatne do rozstrzygnięcia kwestii, czy zaoferowana przez skarżącego cena jest rażąco niska.

Reasumując, w ocenie Sądu Okręgowego przedstawione przez zamawiającego, jak i wykonawcę wybranego na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą dowody nie świadczą o tym, że realne jest poczynione przez skarżącego założenie, iż z tytułu reklam umieszczanych na rowerach uzyska on przychód w kwocie 6.691.200,00 złotych brutto. W konsekwencji niezasadny okazał się zarzut skargi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p. poprzez uznanie, że oferta wykonawcy wybranego podlega odrzuceniu, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, iż w toku postępowania przed Sądem Okręgowym skarżący nie wniósł o przeprowadzenie jakiegokolwiek dodatkowego dowodu na okoliczność, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, to jest, że zadeklarowany przez niego przychód z tytułu reklam umieszczanych na rowerach jest możliwy do osiągnięcia. Tym samym chybione są uwagi pełnomocnika skarżącego podniesione na rozprawie w dniu 27 marca 2015 roku, że zaskarżone orzeczenie (...) jest dla jego mandanta krzywdzące, bowiem przerzuca ono na niego ciężar dowodu w zakresie rażąco niskiej cen,

o czym skarżący miał dowiedzieć się dopiero z treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku I.. Skarżący miał możliwość wykazania w postępowaniu sądowym wszelkimi dostępnymi środkami dowodowymi, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, z możliwości tej jednak nie skorzystał, poprzestając jedynie na twierdzeniu, że to nie na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. Zaistniały stan potwierdza pośrednio, że zaskarżone orzeczenie (...) było prawidłowe. W ocenie Sądu Okręgowego jeżeli wykonawca wybrany zdecydował się przedstawić ofertę za cenę 8.874.000,00 złotych brutto, mimo iż według jego szacunków koszt realizacji całego zamówienia wyniesie kwotę 14.475.186,00 złotych brutto, to powinien on oprzeć swoją decyzję na rzetelnych szacunkach, że w ramach realizacji zamówienia publicznego, przychód z tytułu reklam umieszczanych na rowerach wyniesie łącznie kwotę 6.691.200,00 złotych brutto. Dokonane zaś przez wykonawcę wybranego obliczenia, co do możliwego do uzyskania przychodu z tytułu reklam, nie sposób uznać za rzetelne, jako że nie zostały one poparte żadnymi danymi.

Nietrafny okazał się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w związku

z art. 15 ust. 1 z.n.k. poprzez bezprawne i bezzasadne uznanie, że oferta skarżącego podlega odrzuceniu, ponieważ jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnieniu innym przedsiębiorcom dostępu do rynku sprzedaży usług poniżej kosztów ich świadczenia. Zgodnie art. 15 ust. 1 z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez: sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu, w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Dopuszczenie się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na utrudnianiu dostępu do rynku innym wykonawcom, prowadzi do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. Utrudnianie dostępu do rynku pokrywa się z pojęciem „utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej”. Natomiast

o sprzedaży poniżej kosztów świadczenia możemy mówić w okolicznościach, gdy sprzedaż nastąpiła poniżej kosztów własnych, poniesionych przez sprawcę czynu. Sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, iż do

transakcji doszło w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. Ponieważ oferta wykonawcy wybranego zawierała rażąco niską cenę, to w konsekwencji należy uznać, że doszło do spełnienia pierwszej z wymienionych przesłonek. W przedmiocie zaś drugiej z wymienionych przesłonek wskazać należy na przedłożony przez odwołującego dowód w postaci wykresu graficznego, z którego wynika, że decydujący udział w rynku posiada wykonawca wybrany, w 2013 roku jego udział wynosił 96%, natomiast w 2014 roku udział w rynku wykonawcy wybranego wyniósł 82%. Pozostały udział w rynku należy do odwołującego i w 2013 roku wynosił 0,4%, zaś w 2014 roku udział odwołującego w rynku wyniósł 13%. Podnieść także należy, że w przetargach w innych miastach P. wykonawca wybrany i odwołujący prowadzą ze sobą bardzo intensywną walkę konkurencyjną o udział w rynku. Powyższe skłania do wniosku, że wykonawca wybrany oferując cenę poniżej kosztów realizacji usługi miał na celu wyeliminować odwołującego z rynku. Z pewnością skarżący oferując cenę poniżej kosztów wytworzenia usługi nie podejmował próby wejścia na rynek, jako że jego udział w rynku jest już ugruntowany i wynosi odpowiednio w 2013 roku - 96%, zaś w 2014 roku - 82%.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy w punkcie I. wyroku na podstawie art. 198f ust. 2 zdanie 1 p.z.p. oddalił skargę jako bezzasadną.

O kosztach postępowania sądowego wywołanego skargą Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 p.z.p., zgodnie z którym strony ponoszą koszty postępowania stosownie do jego wyniku. Ponieważ skarga (...) Sp. z o.o. w W. została oddalona w całości należało zasądzić od skarżącego na rzecz zamawiającego Miasta Ł. – Zarządu Dróg i (...) oraz na rzecz odwołującego (...) Sp. z o.o. w W. poniesione przez nich koszty postępowania sądowego. Na poniesione przez zamawiającego oraz odwołującego koszty złożyło się jedynie wynagrodzenie ich pełnomocników w postępowaniu przed Sądem Okręgowy w kwotach po 1.200 złotych. Wysokość wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego oraz pełnomocnika odwołującego Sąd Okręgowy ustalił w oparciu o § 10 ust. 1 pkt 4 w zw. z § 5 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 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 (Dz. U. z 2013 roku, poz. 490).