

Sygnatura akt XIII Ga 1094/16



**WYROK  
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 5 grudnia 2016 roku

Sąd Okręgowy w Łodzi, XIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy  
w składzie następującym:

Przewodniczący: Sędzia S.O. Mariola Szczepańska,  
Sędziowie: S.O. Jarosław Pawlak [spraw.],  
S.O. Bartosz Kaźmierak,

Protokolant: st. sekr. sąd. Sławomira Janikowska

po rozpoznaniu w dniu 23 listopada 2016 roku w Łodzi,  
na rozprawie

odwołań wniesionych w dniu 1 lipca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby  
Odwoławczej w Warszawie przez wykonawców:

- A. [redacted] siedzibą w [redacted] (sygn. akt KIO 1170/16)
- B. [redacted] sp. z o.o. z siedzibą w [redacted], [redacted] [redacted] z siedzibą w [redacted]  
wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1172/16)
- C. „[redacted]” sp. z o.o. z siedzibą w [redacted], [redacted] sp. z o.o. z siedzibą w [redacted]  
wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1173/16)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 i A2 z podziałem na dwa zadania: Zadanie nr 1: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”. Zadanie nr 2: „Całoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A2 na odcinku od granicy województw wielkopolskiego/łódzkiego do węzła Łódź Północ (bez węzła), od km 303+145 do km 362+700 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”, (nr postępowania O/Ł.D3.2413.1.2016.vk)* prowadzonym przez zamawiającego: **[redacted]**

**[redacted]**  
z udziałem **[redacted]** i **[redacted]**



Oddział w Łodzi

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. „MARKBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Poddebicach, Bogdan Jędrzejczak „SERVIAM” w Poddebicach, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16, KIO 1172/16 i KIO 1173/16
- B. Przedsiębiorstwo Budowlane Sł Sławomir w Poddebicach, KMP sp. z o.o. z siedzibą w Łogowje, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16, KIO 1172/16 i KIO 1173/16
- C. „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R.” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - w sprawie o sygn. akt KIO 1170/16

na skutek skargi Konsorcjum „GNOM” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i „N.R.” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2016 roku, w sprawie sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16

- I. oddala skargę;
- II. zasądza od „GNOM” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi i „N.R.” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Łodzi solidarnie na rzecz:
  - 1) Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi kwotę 7.200,00 zł [siedem tysięcy dwieście złotych];
  - 2) „MARKBUD” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poddebicach i Bogdana Jędrzejczaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „SERVIAM” w Poddebicach solidarnie kwotę 7.200,00 zł [siedem tysięcy dwieście złotych]
 tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym;
- III. ustala, iż pozostali uczestnicy postępowania ponoszą koszty tego postępowania w zakresie związanym z ich własnym udziałem w sprawie.

Jarosław Pawlak

Mariola Szczepańska

Bartosz Kaźmierak



Na oryginale właściwe podpisy  
zgodność świadczy:

st. sekretarz sądowy

Beata Kowalczyńska



## Sygnatura akt XIII Ga 1094/16

## Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 18 lipca 2016 roku Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie rozpoznając odwołania wniesione w dniu 1 lipca 2016 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

- 1) ~~MARKBUD~~ sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1170/16),
- 2) „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ~~N.R.~~ sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1172/16),
- 3) „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, ~~N.R.~~ sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (sygn. akt KIO 1173/16)

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Czatoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 i A2 z podziałem na dwa zadania: Zadanie nr 1: „Czatoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A1 na odcinku od km 295+850 do km 335+937,65 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”. Zadanie nr 2: „Czatoroczne, kompleksowe utrzymanie autostrady A2 na odcinku od granicy województwa wielkopolskiego/łódzkiego do węzła Łódź Północ (bez węzła), od km 303+145 do km 362+700 wraz ze wszystkimi jej elementami, w okresie 72 miesięcy od daty podpisania umowy”, prowadzonym przez zamawiającego: ~~Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi~~ przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- 1) ~~MARKBUD~~ sp. z o.o. z siedzibą w Poddębicach, ~~Bogdan Jędrzejczak~~, „SERVIAM” z Poddębic wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16, KIO 1172/16 i KIO 1173/16,
- 2) ~~Przedsiębiorstwo Budowlane Sil Sławomir z Poddębic~~, ~~WIP sp. z o.o.~~ z siedzibą w ~~Łodzi~~ wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16, KIO 1172/16 i KIO 1173/16,
- 3) „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R.” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - w sprawie o sygn. akt KIO 1170/16,

uwzględniła odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16, KIO 1173/16 i nakazała zamawiającemu w zadaniu nr 2 unieważnienie czynności wyboru



najkorzystniejszej oferty, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem zwrócenia się do „MARKBUD” sp. z o.o. z siedzibą w Poddebicach, Bogdan Jędrzejczak „SERVIAM” z Poddebiec wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz Przedsiębiorstwa Budowlanego SII Sławomir z Poddebiec, KMB sp. z o.o. z siedzibą w Słogowie wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny; w pozostałym zakresie oddaliła odwołania wniesione w sprawach o sygn. akt: KIO 1170/16 i KIO 1173/16. Ponadto oddaliła odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16. Kosztami postępowania obciążyła, w sprawach o sygn. akt KIO 1170/16 i KIO 1173/16 - zamawiającego - Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi, a w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16 - odwołującego - „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R.” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 45.000,00 zł uiszczoną łącznie przez odwołujących - AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (w sprawie o sygn. akt KIO 1170/16), „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R.” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (w sprawach o sygn. akt KIO 1172/16 i KIO 1173/16) - tytułem wpisów od odwołań oraz zasądziła w sprawie o sygn. akt KIO 1170/16 od zamawiającego - Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Łodzi na rzecz odwołującego - AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 18.567,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, zaś w sprawie o sygn. akt KIO 1173/16 zasądziła od zamawiającego - Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Łodzi na rzecz odwołującego - „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R.” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kwotę 18.600,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika. Ponadto zasądziła w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16 od odwołującego - „GNOM” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, „N.R.” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na rzecz zamawiającego - Generalnej Dyрекcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Łodzi kwotę 3.600,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego



poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Przedmiotowy wyrok wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - konsorcjum spółek: „**NOM Sp. z o.o.**” - Lider konsorcjum i „**N.R. Sp. z o.o.**” - Partner konsorcjum zaskarżyli skargą w części oddalającej odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1172/16 oddalającą odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1173/16 w zakresie w jakim zarzuty podniesione przez Skarżącego w tym odwołaniu zostały przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone. Skarżące konsorcjum zarzuciło orzeczeniu:

1. naruszenie art. 192 ust. 2 ustawy PZP poprzez oddalenie odwołań w sprawach objętych sygn. akt KIO 1172/16 oraz KIO 1173/16 w zaskarżonym zakresie pomimo, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP, które miało istotny wpływ na wynik postępowania;
2. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy PZP w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 46 ust 4a i 5 ustawy PZP poprzez jego bezzasadne niezastosowanie i przyjęcie, że nie zaszyły podstawy do wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum **MARKBUD** z udziału w postępowaniu w sprawach objętych sygn. akt KIO 1172/16 oraz KIO 1173/16 a w konsekwencji zaniechanie nakazania Zamawiającemu wykluczenia Wykonawcy Konsorcjum **MARKBUD** udziału w Postępowaniu w sprawach objętych sygn. akt KIO 1172/16 oraz KIO 1173/16;
3. naruszenie art. 190 ust. 1 a ustawy PZP w zw. z art. 190 ust. 7 PZP oraz art. 90 ust. 2 ustawy PZP poprzez pozbawione podstaw prawnych uznanie, że to na Skarżącym spoczywa obowiązek wykazania, że oferty złożone przez **MARKBUD Sp. z o.o.** z siedzibą w **Poddębicach** przy ul. **Targowej** oraz **Bogdana Jędrzejczaka** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Bogdan Jędrzejczak S.A.V.I.A.M.** z siedzibą w **Poddębicach** przy ul. **Stenkiewicza 32** (w dalszej części Skargi zwani łącznie Konsorcjum **MARKBUD** oraz **Sławomira Sł** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Budowlane Sł Sławomir** z siedzibą w **Tomaszowie Mazowieckim** (**97-200 Tomaszów Mazowiecki**) przy ul. **Targowej 56a** oraz **WIP Sp. z o.o.** z siedzibą w **Głogowie** (**67-200 Głogów**) przy ul. **ul. Południowa 8** (w



dalszej części Skargi zwani łącznie Konsorcjum [REDAKTOWANE] zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, wbrew oczywistej treści art. 190 ust. 1a ustawy PZP zgodnie, z którym to właśnie na ww. Wykonawcach jako uczestnikach postępowania odwoławczego spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie (tym bardziej w warunkach utajnienia wyjaśnień Konsorcjum [REDAKTOWANE] w tym zakresie) co miało istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem doprowadziło do oddalenia zarzutów odwołania KIO 1172/16 w tym zakresie z uwagi na brak ich udowodnienia;

4. naruszenie art. 190 ust. 1, 3, 4 i 6 ustawy PZP poprzez bezzasadne oddalenie zgłoszonego przez Skarżącego w toku rozprawy wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ds. ekonomiki przedsiębiorstw, pomimo tego, że fakty które miały być stwierdzone wnioskowanym przez Skarżącego dowodem nie mogły być stwierdzone w inny sposób (w szczególności w warunkach utajnienia wyjaśnień Konsorcjum [REDAKTOWANE] w tym zakresie), wniosek nie został przedłożony dla zwłoki, zaś ani Krajowa Izba Odwoławcza ani Skarżący nie posiadali wiadomości specjalnych aby ustalić stan faktyczny, co w konsekwencji doprowadziło do oddalenia zarzutów odwołania KIO 1172/16 w tym zakresie z uwagi na brak ich udowodnienia;
5. naruszenie art. 190 ust. 7 ustawy PZP poprzez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów w oraz poczynienie ustaleń dowolnych, sprzecznych z treścią zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego co w konsekwencji doprowadziło do : a) naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy PZP w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie w sprawie objętej odwołaniem KIO 1172/16 i uznanie, że oferty złożone przez Konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz Konsorcjum [REDAKTOWANE] nie podlegają odrzuceniu podczas gdy prawidłowa ocena zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego powinna doprowadzić do wniosku, że zawierają one rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego zaniechania nakazania Zamawiającemu odrzucenia ofert złożonych przez ww. Wykonawców;
6. naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1, 2 i 3 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie w sprawie objętej odwołaniem KIO



1172/16 i uznanie, że brak jest podstaw do nakazania Zamawiającemu odtajnienia i ujawnienia wszystkim Wykonawcom zastrzeżonych przez Konsorcjum [REDAKTOWANE] jako niejawnych, wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP, w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo że informacje zawarte w zastrzeżonych dokumentach nie zostały dostatecznie uzasadnione z punktu widzenia ustawowo wymaganych przesłanek, a tym samym nie mogły zostać skutecznie zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, co w konsekwencji doprowadziło również to istotnego ograniczenia praw Skarżącego oraz możliwości obrony jego stanowiska w sporze.

Opierając się na tak sformułowanych zarzutach skarżący wniósł o:

- 1) w części dotyczącej odwołania objętego sygn. akt KIO 1172/16, z uwagi na fakt, że umowa w sprawie zamówienia publicznego została już zawarta przez Zamawiającego z Konsorcjum [REDAKTOWANE], wnoszę o zmianę zaskarżonego wyroku w tej części i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy PZP (na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 3 ustawy PZP);
- 2) w części dotyczącej odwołania objętego sygn. akt. KIO 1173/16, z uwagi na fakt, że umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została jeszcze zawarta przez Zamawiającego, w zakresie w którym zarzuty odwołania zostały oddalone przez Izbę, wnoszę o zmianę zaskarżonego wyroku w tej części poprzez nakazanie Zamawiającemu wykluczenie z udziału w postępowaniu Konsorcjum [REDAKTOWANE] w oparciu o art. 24 ust. 2) pkt. 2) ustawy PZP oraz odrzucenie jego oferty, z uwagi na fakt nie wniesienia wadium do upływu terminu składania ofert (na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 1) ustawy PZP) a w przypadku jeżeli Zamawiający doprowadzi do zawarcia umowy o udzielenie zamówienia przed wydaniem wyroku w sprawie objętej niniejszą Skargą wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w tej części i stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy PZP (na podstawie art. 192 ust. 3 pkt. 3 ustawy PZP);
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Skarżącego kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów postępowania wywołanego wniesieniem niniejszej skargi wraz z kosztami zastępstwa procesowego, wg. norm przepisanych.



Ponadto skarżący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wnioskowanych w uzasadnieniu wniesionej Skargi.

Zamawiający **Karb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad**, reprezentowanego przez **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Łodzi** w odpowiedzi na skargę z dnia 23 września 2016 r. konsorcjum spółek **GNOM Sp. z o.o.** oraz **MARKBUD Sp. z o.o.** na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16 wniósł o oddalenie Skargi w całości oraz o zasądzenie od Skarżącego na rzecz Przeciwnika Skargi zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem Skargi w całości, w tym zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Ubiegające się wspólnie o udzielenie zamówienia konsorcjum firm **MARKBUD sp. z o.o. w Poddębicach (lider)** oraz **SERVIAM Bogdan Jędrzejak** wniósł o odrzucenie skargi jako nieopłaconej. W dalszym toku postępowania uczestnik postępowania merytorycznie wniósł o oddalenie skargi na koszt skarżącego.

**Sąd Okręgowy zważył, co następuje:**

Skarga podlegała oddaleniu jako niezasadna. W pierwszym rzędzie należy podkreślić, iż sąd odwoławczy rozpoznając skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej działa wyłącznie w zakresie zarzutów podniesionych w skardze [art. 198d ustawy Prawo zamówień publicznych]. W przedmiotowej sprawie skarżący sformułował dwojaki rodzaj zarzuty. Pierwsze z nich odnoszą się do aspektów merytorycznych i naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, druga zaś grupa – to zarzuty natury procesowej pozostające we wspólnym obszarze przepisów powołanej ustawy oraz przepisów kodeksu postępowania cywilnego, a mianowicie zarzuty dotyczące postępowania dowodowego. I tak odnosząc się do poszczególnych zarzutów zawartych w skardze należy podnieść co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych [dalej: Pzp] zauważyć należy, że skarżący formułując przedmiotowy zarzut powołał się wyłącznie na brzmienie tego przepisu, zgodnie z którym Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik



postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu uwzględnienie odwołania możliwe jest jedynie z sytuacji, gdy spełnią się obie z wymienionych w nim przesłanek. Mianowicie miało miejsce naruszenie przepisów Pzp, które jednocześnie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przeciwnym razie uwzględnienie odwołania nie jest możliwe. A zatem z treści powołanego przepisu można wywieść wnioski, szeroko powoływane w orzecznictwie, że skład orzekający oddala odwołanie, kiedy nie jest ono zasadne, czyli wówczas gdy w sprawie nie zaistnieją jednocześnie wszystkie przesłanki zasadności odwołania. Brak jest wtedy podstaw do uwzględnienia zawartego w nim żądania. Jeżeli odwołanie jest zasadne, czyli podniesione w nim zarzuty znajdują oparcie w zgromadzonym w trakcie postępowania odwoławczego materiale dowodowym, wówczas skład orzekający uwzględnia odwołanie. Aby jednakże ograniczyć wnoszenie odwołań w sprawach błahych, art. 192 ust. 2 stanowi, iż Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten de iure wyznacza dodatkową przesłankę materialnoprawną odwołania - aby odwołanie mogło być uwzględnione, naruszenie przepisów ustawy daną czynnością zamawiającego bądź poprzez zaniechanie czynności obowiązkowej musiało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. (vide: Dzierżanowski Włodzimierz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VI, LEX 2014, komentarz do art. 192 Pzp). Należy podzielić stanowisko Izby, że w toku przedmiotowego postępowania, żadne z naruszeń przepisów Pzp, wskazane przez Skarżącego w odwołaniu rozpatrywanym pod sygnaturą KIO 1172/16 nie miało miejsca. W związku z tym Izba zasadnie i zgodnie z obowiązującym prawem uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie - nie ziściła się bowiem nawet pierwsza ze wskazanych w art. 192 ust. 2 Pzp przesłanek. Jednocześnie, w związku z dopatrzeniem się przez Izbę naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp, które było przedmiotem rozpoznania w sprawie o sygnaturze KIO 1173/16 Izba, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 2 Pzp uwzględniła to odwołanie. Wobec powyższego, wbrew twierdzeniom zawartym w skardze, stwierdzić należy, że Izba w obu przypadkach zastosowała się do nakazów powołanego wyżej przepisu. co wyklucza możliwość jej naruszenia i czyni przedmiotowy zarzut Skargi bezzasadnym.



Odnosząc się do zarzutu naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp oraz art. 46 ust. 4a i 5 Pzp wskazać należy, że uzasadnienie zarzutu odnoszącego się zarówno do sprawy o sygn. akt KIO 1172/16 jak i KIO 1173/16 zawiera powołanie się na konieczność rozstrzygnięcia dwóch kwestii, a mianowicie czy w ogóle dopuszczalne jest złożenie przez konsorcjum gwarancji wystawionej na jednego z członków konsorcjum oraz jakie znaczenie ma fakt, że gwarancja bankowa zawierała wyraźne i jednoznaczne zastrzeżenie, że pozostaje ona ważna tylko w odniesieniu do oferty złożonej przez ██████████ Sp. z o.o. jako podmiotu samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W powyższym zakresie skarżący odwołał się do argumentacji i orzecznictwa powołanych w uzasadnieniu sporządzone w sprawie uzasadnienia zdania odrębnego. W przedmiotowej kwestii należało jednak podzielić aktualnie prezentowane poglądy orzecznicze, zgodnie z którym niewymienienie w treści gwarancji wszystkich konsorcjantów jako podmiotu, którego dotyczy dokument, nie powoduje jej wadliwości. W związku z tym nie może to prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp, gdyż gwarancja wadialna wystawiona na lidera konsorcjum jest jak najbardziej skuteczna (powołanie za zamawiającym: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1 października 2007 r., sygn. akt XIX Ga 408/07, wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 5 marca 2015 r., sygn. akt X Ga 25/09, wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 23 lipca 2015 r., sygn. akt IV Ca 357/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14 października 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 1313/15, wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. akt XII Ga 713/15, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2016 r., sygn. akt XXIII Ga 2031/15). Uzasadniając powyższy pogląd należy wskazać, że zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące wykonawcy. Konsorcjum traktowane jest zatem jako jeden wykonawca. Tym samym skoro np. obowiązki i sankcje wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp dotyczą wykonawcy, to odpowiednio dotyczą również łącznie wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca na mocy art. 23 ust. 3 Pzp (wyrok KIO z 30 września 2014 r., KIO 1897/14, KIO 1899/14) (vide: Irena Skubiszak Kalinowska, Gwarancja wadialna wnoszona przez konsorcjum). Potwierdzeniem skuteczności wadium wniesionego przez



jednego z członków konsorcjum jest także bezwarunkowy charakter gwarancji wadialnej. Istotą gwarancji bankowej, uregulowanej w art. 81 ust. 1 ustawy Prawo bankowe, jest przyjęcie przez gwaranta - bank - obowiązku zapłaty sumy podanej w dokumencie, w sytuacji zaistnienia okoliczności wskazanych w treści gwarancji, stosownie do których zamawiający będzie mógł żądać zaspokojenia. Do minimalnej treści, jaką powinna zawierać gwarancja, należy określenie, że ma ona charakter bezwarunkowy, nieodwoalny, a suma gwarancyjna płatna jest na pierwsze żądanie. Zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego, co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielenia gwarancji. Dla skuteczności tego sposobu zabezpieczenia istotne jest zatem w pierwszej kolejności, ale i wystarczające, aby gwarancja była bezwarunkowa, przez co należy rozumieć możliwość wypłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie beneficjenta, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań. Elementy te zapewniają zamawiającemu uzyskanie od banku - gwaranta kwoty wadium na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty. Pogląd o dopuszczalności wniesienia wadium w postaci gwarancji bankowej, w której treści wymieniony jest jedynie jeden z uczestników konsorcjum jest dość powszechnie akceptowany w najnowszej literaturze prawniczej dotyczącej rozważanej problematyki (tak: J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2015, s. 133; M. Sieradzka, Instytucja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Warszawa 2015, s.25, K. Muchowska - Zwara, Prawne problemy funkcjonowania konsorcjantów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015, Legalis). Sąd Okręgowy nie podzielił poglądu skarżącego, że gwarancja wadialna nie może obejmować tylko jednego z członków konsorcjum, ponieważ na moment jego tworzenia nie może być jeszcze mowy o solidarnej odpowiedzialności podmiotów wchodzących w jego skład. Skarżący w uzasadnieniu do zarzutu wskazał, iż art. 369 k.c. jasno stanowi, że solidarność zobowiązania musi wynikać z ustawy lub z czynności prawnej, a żaden z przepisów Pzp nie ustanawia solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 14 Pzp i art. 141 w zw. z art. 369 k.c., źródłem solidarnej odpowiedzialności jest, zgodnie z art. 369 k.c., ustawa lub



czynność prawna. Na gruncie Pzp przepisem, z którego wynika wprost solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum, rzeczywiście jest art. 14<sup>1</sup> Pzp. Przewiduje on dwie sytuacje, w których z mocy prawa przedsiębiorcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie, są to: wykonanie umowy oraz wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Powyższe unormowanie nie jest bezwzględnie obowiązujące, co oznacza, że strony i uczestnicy konsorcjum mogą kwestię odpowiedzialności w opisanym wyżej zakresie unormować odmiennie. W przedmiotowej sprawie członkowie konsorcjum [REDAKTED] najpierw podjęli decyzję o złożeniu wspólnej oferty w Postępowaniu (pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum z dnia 4 marca 2016 r.), a następnie poczyniono kroki, aby tę ofertę zabezpieczyć wadium (gwarancje bankowe z dnia 19 kwietnia 2016 r.). Zgodnie z art. 45 ust. 6 pkt. 3 Pzp wadium może być w szczególności wniesione w formie gwarancji bankowej, z którą to sytuacją mamy do czynienia w przypadku wadium wniesionego przez konsorcjum [REDAKTED]. Bezspornie bankowa gwarancja wadium została udzielona przez [REDAKTED] na zlecenie [REDAKTED] Sp. z o.o., który jest liderem konsorcjum i działa (także w zakresie wadium) w imieniu własnym oraz konsorcjanta. W niniejszej sprawie ewidentnie wolą stron tworzących konsorcjum [REDAKTED] było wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego oraz ponoszenie solidarnej odpowiedzialności w tym wspólne zaciągnięcie zobowiązań wynikających z gwarancji. Wskazują na to wszelkie działania podejmowane przez konsorcjum [REDAKTED] zarówno przed wszczęciem Postępowania, w jego trakcie, jak i w toku rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Ponadto należy pamiętać, iż zawiązując przedmiotowe konsorcjum strony określiły cel jego działania, a zatem i zasady logiki wskazują, że działania każdego podmiotów je tworzących nakierowane było na zawarcie umowy w ramach określonej oferty przetargowej, tym samym umocowanie lidera konsorcjum do uzyskania gwarancji bankowej odnosiło skutek względem konsorcjum jako jednego uczestnika po stronie zgłaszających przystąpienie do przetargu. Oznacza to, że swoim działaniem i uzewnętrznioną wolą strony wyraziły jednoznacznie i dostatecznie, że przyjęły na siebie solidarną odpowiedzialność już na etapie przed składaniem ofert, zmieniający tym samym ogólne reguły wynikające z przywołanych przez Skarżącego przepisów. Nie można się również zgodzić z twierdzeniem Skarżącego, że podstawą solidarnej odpowiedzialności członków



konsorcjum nie może być art. 370 k.c. Członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o zamówienie odpowiadają solidarnie także za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, a zatem solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera konsorcjum. Odpowiedzialność wykonawców za to zobowiązanie jest solidarna na podstawie art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. w zw. z art. 14 Pzp. Z przywołanych regulacji wynika, że złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (vide: wyrok KIO z 5 marca 2015 r., KIO 336/15; wyrok KIO z 25 maja 2015 r., KIO 969/15). Ponadto zastrzeżenie solidarnej odpowiedzialności może nastąpić w umowie kreującej stosunek obligacyjny lub w odrębnej umowie, ale - co najważniejsze - może nastąpić w umowie zawartej później, w czasie trwania stosunku prawnego. Izba słusznie przyjęła zatem, że skoro członkowie konsorcjum ██████████ podjęli się wspólnego złożenia oferty i przyjęli na siebie odpowiedzialność za jej przygotowanie, a więc i za zabezpieczenie jej wadium, oznacza to, że treść gwarancji bankowej prawidłowo zabezpiecza interes Zamawiającego. W sytuacji, gdyby do zawarcia umowy w sprawie zamówienia nie doszło z przyczyn leżących po stronie członka konsorcjum ██████████, zamawiający i tak będzie mógł skutecznie domagać się realizacji gwarancji od Gwaranta z tytułu tej gwarancji wystawionej dla solidarnie zobowiązanego do zawarcia umowy lidera konsorcjum ubiegającego się o zamówienie. Powyższemu nie przeczy wcale abstrakcyjny charakter gwarancji, który miałby - zdaniem Skarżącego - powodować, że pozostaje ona niezależna od zobowiązania podstawowego i w związku z tym to jej treść kształtuje ostatecznie zakres zobowiązania Gwaranta. Tym bardziej, że gwarancje wadium konsorcjum ██████████, co jedynie dodatkowo potwierdził Gwarant podczas rozprawy przed KIO, już od samego początku obejmowały swym zakresem zobowiązania całego podmiotu. Oświadczenie Gwaranta nie było zatem — wbrew twierdzeniom Skarżącego — złożonym po upływie terminu składania ofert nieuprawnionym uzupełnieniem



treści wadium. W ocenie Sądu Okręgowego gwarancja wadialna złożona przez konsorcjum **MARKBUD** jest prawidłowa. Stanowisko Izby było zatem w tym zakresie całkowicie poprawne - szczególnie, że znajdowało poparcie w ugruntowanej linii orzeczniczej. Powyższego, wbrew twierdzeniom podnoszonym w Skardze, nie zmieniało dodatkowe zastrzeżenie w zawarte w treści gwarancji wadialnej konsorcjum **MARKBUD** w brzmieniu „Gwarancja jest ważna tylko w stosunku do oferty Zleceniodawcy wskazanej w gwarancji. W kontekście całokształtu okoliczności sprawy należy stwierdzić, że tak określone zastrzeżenie było jedynie dodatkowym oświadczeniem, które trzeba oceniać przez pryzmat pozostałej treści gwarancji wadialnej i przepisów Pzp. Gwarancja wadialna bowiem, której źródłem jest umowa może, wbrew stanowisku Skarżącego, podlegać wykładni zgodnie z art. 65 k.c., przy czym wykładnia ta winna być dokonywana w aspekcie unormowań zawartych w Pzp, co podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zakwestionowanego orzeczenia. Jak słusznie wskazuje zamawiający w sytuacji gdyby nawet przyjąć, że zawarcie kwestionowanego przez Skarżącego zapisu w udzielonej gwarancji bankowej mogłoby powodować określoną „wadliwość” wadium, to i tak owa nieprawidłowość nie mogłaby doprowadzić do uznania nieważności całego oświadczenia zawartego w dokumencie gwarancji wadialnej i nie stanowiłaby podstawy jego dyskwalifikacji. Taki skutek mogłaby odnieść dopiero wadliwość, której skala powoduje, „że zamawiający nie będzie mógł z wniesionego zabezpieczenia skorzystać, a zatem, że wniesione wadium nie potwierdza faktycznego zabezpieczenia interesów zamawiającego”. W okolicznościach zaś niniejszej sprawy wniesione przez konsorcjum **MARKBUD** wadium w pełni zabezpieczało interesy Przeciwnika skargi. Tym samym brak jest podstaw do kwestionowania skuteczności wniesionego wadium, które zostało złożone w sposób prawidłowy. Wskazując na powyższe należało stwierdzić, iż Krajowa Izba Odwoławcza oddalając zarzuty podniesione przez Skarżącego w odwołaniach - orzekła w sposób zgodny z obowiązującym prawem. Tym samym, wbrew twierdzeniom Skargi nie dopuściła się naruszenia przepisów art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 23 ust.1 ustawy Pzp oraz art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 190 ust. 1a Pzp w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp zaznaczyć należy, że Skarżący podniósł przede wszystkim, iż Izba bezpodstawnie przyjęła, że to



wyłącznie na Skarżącym spoczywał obowiązek wykazania, że oferty złożone przez konsorcjum [REDAKTED] oraz konsorcjum [REDAKTED], zawierały rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp jak art. 190 ust. 1 a Pzp ciężar dowodu spoczywał na ww. Wykonawcach, którzy zobowiązani byli wykazać, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny. W ocenie Sądu Krajowa Izba Odwoławcza w sposób prawidłowy, w oparciu o powołane wyżej przepisy oceniła rozkład ciężaru dowodów na poszczególnych uczestników przedmiotowego postępowania. Zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, przy czym dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej można przedstawić do zamknięcia rozprawy. Co prawda, zgodnie z art. 190 ust. 1a Pzp, który stanowi, że ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, a jeżeli nie jest - na zamawiającym, zasada ta podlega modyfikacjom. Nie powoduje to jednak automatycznie, że skarżący jako uczestnik po stronie przystępujących do przetargu nie miał jakichkolwiek obowiązków dowodowych. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalniał go bowiem z obowiązku wykazania podstaw faktycznych zarzutu oraz następnie przedstawienia dowodów przeciwnych wobec tych, które przedłożyli Przeciwnik skargi i konsorcjum [REDAKTED] oraz konsorcjum [REDAKTED]. Stanowisko takie znajduje uzasadnienie w orzeczeniach Izby, w tym m.in. w wyroku KIO z dnia 13 kwietnia 2016 r. (KIO 447/16): „Wprowadzenie przepisu art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp, zgodnie z którym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego - jak wskazano już wcześniej - nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą swoich zarzutów, zwłaszcza w sytuacji, gdy tak jak w sprawie niniejszej Zamawiający nie miał wątpliwości, co do realności ceny Przystępującego i nie stosował nawet trybu wyjaśniającego z art. 90 ust. 1 Pzp. Przyjęcie innego spojrzenia prowadziłoby do sytuacji, gdy strona odwołująca mogłaby poprzestać przykładowo na jednym ogólnym twierdzeniu, że cena konkurenta jest rażąco niska (uczestnik postępowania miałby zaś udowodniać każdy element ceny, jak i cenę ogólną); wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2015 r. (KIO 2559/15): „Niezależnie od powyższego należy zwrócić uwagę, że



szczególna zasada ciężaru dowodowego przy ocenie przez Izbę zarzutów dotyczących zaferowania rażąco niskiej ceny, wynikająca z przywołanego przepisu art. 190 ust. 1a ustawy Pzp, nie może prowadzić do pominięcia przez Izbę przy ocenie zarzutów odwołania podstawowej zasady dotyczącej ciężaru dowodowego, którą rządzi się postępowanie odwoławcze, tj. zasady wynikającej z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten wskazuje, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. W świetle tej zasady zatem Odwołujący, podnosząc zarzut rażąco niskiej ceny w ofercie Przystępującego, powinien - dla poparcia podniesionych zarzutów - wskazać określone dowody lub choćby uprawdopodobnić okoliczności, które stoją u podstaw podniesionych w odwołaniu zarzutów.”; wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2015 r. (KIO 561/15): „fasada odwróconego ciężaru dowodowego w toku postępowania odwoławczego, nie zwalnia Odwołującego od przedstawienia w odwołaniu, które zainicjowało to postępowanie, okoliczności uzasadniających podniesienie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów dotyczących odrzucenia w przypadku rażąco niskiej ceny”. W ostatnim ze wskazanych powyżej orzeczeń zauważono również dodatkowo, iż: „art. 190 w kolejnym ust. 1a ZamPublU wprowadza w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty szczególny rozkład ciężaru dowodu, co nie zmienia reguły, że wpieryw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają na wyprowadzenie takiego wniosku. Stanowisko Izby wyrażone w zaskarżonym wyroku, zgodnie z którym „Wprowadzony art. 190 ust. 1a Pzp szczególny rozkład ciężaru dowodu w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty, nie zmienia reguły, że wpieryw muszą zaistnieć w postępowaniu odwoławczym fakty, z których wywodzone są skutki prawne. Stąd odwołanie, które inicjuje takie postępowanie odwoławcze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 lub art. 90 ust. 3 ustawy pzp. Przy czym nie może się to sprowadzać do samego twierdzenia, że cena oferty jest rażąco niska, czy też twierdzenia, że ocena wyjaśnień powinna prowadzić do takiej oceny, gdyż należy skonkretyzować okoliczności faktyczne, które w danej sprawie pozwalają



na wprowadzenie takiego wniosku. ” odpowiadało zatem całkowicie stanowi prawnemu i faktycznemu niniejszej sprawy. Wbrew stanowisku Skarżącego, nie został on bowiem w pełni zwolniony z obowiązku podejmowania jakiejkolwiek aktywności w celu wykazania zasadności zarzutów zaniechania odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę. Jak słusznie zauważyła KIO w uzasadnieniu wyroku, choć odwołanie Skarżącego zawierało adekwatną, jego zdaniem, kalkulację minimalnych kosztów wykonania zamówienia, to „analiza kosztów minimalnych wykonywania usługi de facto wykazuje, że ceny ofert Konsorcjum [REDAKTOWANE] zawiązka pokrywają te koszty. (...) Oznacza to, że wszelkie szczegółowe wyliczenia, jak to określono w odwołaniu, obiektywnych kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, wbrew intencji Odwołującego nie uzasadniają jego przekonania, że ceny ofert Konsorcjum [REDAKTOWANE] (...) i [REDAKTOWANE] (...) są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wskazują, że tak nie jest. Ponieważ załączone do odwołania lub zgłoszone na rozprawie (...) dotyczą kosztów objętych tymi wyliczeniami, niczego na korzyść Odwołującego nie udowadniają. W rezultacie Odwołującemu udało się co najwyżej wykazać, że w cenie swojej oferty (...) skalkulował zysk na znacznie wyższym poziomie (...). Skoro Odwołujący nie uznał za celowe lub nie był w stanie określić wysokości innych niż wyliczone szczegółowo w odwołaniu koszty, samo powołanie się na ich występowanie niczego nie wnosi do sprawy ”. Skarżący nie wykazał tym samym w odpowiednim stopniu, ocenianym nawet przez pryzmat odwróconego ciężaru dowodu, zasadności podnoszonych w odwołaniu twierdzeń. Jednocześnie [REDAKTOWANE], któremu zarzucano, iż jego oferta zawiera rażąco niską cenę, sprostało obowiązkowi wynikającemu z zasady odwróconego ciężaru dowodowego. Przede wszystkim wyjaśnienia złożone przez konsorcjum [REDAKTOWANE] były bardzo skrupulatne i przygotowane z ponad przeciętną starannością, co w związku z załączonymi dowodami, w sposób wystarczający wykazało, iż wskazana w ofercie cena nie ma charakteru rażąco niskiej i pozwoli na pokrycie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia a przede wszystkim na osiągnięcie zysku przy realizacji zamówienia. W sposób adekwatny przygotowało swoje wyjaśnienia również konsorcjum [REDAKTOWANE]. Także przebieg rozprawy przed KIO potwierdził, że konsorcjum [REDAKTOWANE] oraz konsorcjum [REDAKTOWANE] skutecznie poniosły ciężar dowodowy - wykazując prawidłowość obliczeń wskazanych w ofercie i potwierdzając, że zaoferowane przez nich ceny nie



noszą znamion rażąco niskich. Krajowa Izba Odwoławcza, dokonując wnikliwej i kompleksowej analizy złożonych wyjaśnień oraz stwierdzając, „że żadnych z zakwestionowanych wyjaśnień nie można uznać za lakoniczne, nieprzekonujące i niepoparte załączonymi dowodami.” wysnuła zatem słuszne wnioski. W takim stanie rzeczy Sąd Okręgowy nie podzielił zarzutu naruszenia art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 190 ust. 7 Pzp oraz art. 90 ust. 2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 190 ust. 1, 3, 4 i 6 Pzp wskazać należy, że konieczność powołania przedmiotowego środka dowodowego, występuje wtedy, gdy ustalenie lub ocena stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych (por. wyr. SO we Wrocławiu z 15.1.2010 r., X Ga 380/09, niepubl.); tak również KIO w wyroku z dnia 9 kwietnia 2013 r., w sprawie KIO 556/13, gdzie wskazano, że „Celem dowodu z biegłych, w świetle art. 278 KPC, nie jest ustalenie faktów mających znaczenie w sprawie, lecz udzielenie sądowi wyjaśnień w kwestiach wymagających wiadomości specjalnych). Podkreślić wobec tego należy, że rolą biegłego w postępowaniu dowodowym nie jest ustalanie okoliczności faktycznych, lecz na podstawie faktów już udowodnionych w sprawie, przedstawić wnioski w zakresie wiedzy specjalnej, jaką dysponuje biegły. Opinia biegłego powinna zatem obejmować rozstrzygnięcie istotnych dla postępowania kwestii w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał, jeżeli jego ocena wymaga wiadomości specjalnych, tj. ocena zgromadzonego materiału wymaga zasięgnięcia opinii osoby posiadającej wiedzę umożliwiającą wyprowadzenie właściwych wniosków z już posiadanych dowodów. Jednocześnie zadaniem biegłego nie jest wyłączenie sądu w wyjaśnieniu rzeczywistej treści stosunków faktycznych (vide: P. Granecki, Komentarz do art. 190 pzp, wyd. 4., Legalis 2014 r). Równocześnie zasięgnięcie wiadomości specjalnych jawi się jako wyjątek od zasady doskonałej znajomości przez uczestników postępowania przedmiotu zamówienia oraz kwestii technicznych i funkcjonalnych z nim związanych (por. wyrok KIO o sygn. KIO 161/15). Zgodzić się należy z tezą, że obliczenie ceny ofertowej, czy weryfikacja poprawności tego działania - a to ten aspekt miał być przedmiotem dowodu z opinii biegłego w przedmiotowej sprawie - nie wymaga wiadomości specjalnych. Jest to wiedza, którą posiada każdy potencjalny wykonawca. Jest on w stanie samodzielnie, bez konieczności pomocy biegłego, oszacować prawidłowo cenę ofertową. Taką wiedzę posiadają także zamawiający, którzy zobligowani są do obliczania wartości szacunkowej zamówienia oraz weryfikacji



obliczeń przedstawionych w ich ofertach. Taką wiedzę posiada także skład orzekający Izby, która rozstrzyga liczne spory na tle poprawności obliczeń ceny ofertowej i kwestii związanych z oceną, czy nie jest ona rażąco niska. Kwestia rażąco niskiej ceny została w toku rozprawy przed KIO dostatecznie wyjaśniona, w szczególności w oparciu o przedstawione przez strony dowody w postaci dokumentów. Nie było zatem potrzeby przeprowadzania kolejnego dowodu na tę samą okoliczność. Nie była to również sytuacja, jak próbuje to wykazywać obecnie Skarżący, gdzie fakty które miały być stwierdzone wnioskowanym dowodem nie mogły być stwierdzone w inny sposób. Dowód z opinii biegłego jak każdy dowód, podlega ostatecznej ocenie przez podmiot orzekający w ramach swobodnej oceny dowodów. Te wszystkie względy przemawiają za uznaniem prawidłowości decyzji Krajowej Izby Odwoławczej o oddaleniu wniosku skarżącego o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na okoliczności powołane w sformułowanej przez niego tezie dowodowej. Tym samym zarzut naruszenia przepisu art. 190 ust. 1, 3, 4 i 6 Pzp, należało uznać za niezasadny.

Odnosząc się wreszcie do ostatniego z zarzutów sformułowanych w skardze, a mianowicie naruszenia art. 190 ust. 7 Pzp podnieść należy, że zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp skład orzekający dokonuje oceny dowodów przeprowadzonych w sprawie, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów. W konsekwencji organ procesowy ocenia wyniki postępowania dowodowego według własnego przekonania, opartego na zasadach logiki i doświadczenia życiowego. Zasada ta dotyczy wszystkich środków ujawnionych w postępowaniu dowodowym, które podlegają na równi wszechstronnej ocenie, bez względu na jego znaczenie dla wyniku sprawy. Dokonana ocena powinna nastąpić na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału (W. Dzierżanowski, Komentarz do art. 190 PZP, Lex 2014). W konsekwencji Izba posiada dość szerokie uprawnienia w zakresie oceny materiału dowodowego i dopóki działa w tych granicach nie może być mowy o dowolnej ocenie. Dopiero przekroczenie granicy swobodnej oceny dowodów uzasadnia twierdzenie, że miało miejsce naruszenie. W zakresie winny mieć zastosowanie poglądy odnoszące się do sformułowanej w art. 233 k.p.c. tożsamej zasady swobodnej oceny dowodów. Zgodnie z tym przepisem Sąd ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału. Sąd oceni na tej samej podstawie, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub



przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu. Powołany przepis stanowi wyraz obowiązującej w procedurze cywilnej zasady swobodnej oceny dowodów. Ocena wiarygodności i mocy dowodowej poszczególnych środków dowodowych stanowi podstawowe zadanie sądu orzekającego, przy czym powinna być ona dokonana w sposób konkretny, w oparciu o cały zebrany w sprawie materiał dowodowy. W niektórych przypadkach ustawodawca "narzuca" określoną moc dowodową danego środka (np. art. 11, 246, 247 KPC). Przyjmuje się, że moc dowodowa oznacza siłę przekonania o istnieniu lub nieistnieniu weryfikowanego w postępowaniu dowodowym faktu, uzyskaną przez sąd wskutek przeprowadzenia określonych środków dowodowych. Z kolei wiarygodność danego dowodu wynika z jego indywidualnych cech i obiektywnych okoliczności, za względu na które zasługuje on w ocenie sądu na wiarę lub nie (zob. J. Klich-Rump, Podstawa faktyczna rozstrzygnięcia sądowego w procesie cywilnym, Warszawa 1977, s. 132 i n.). Swobodna ocena dowodów nie może być dowolna. Z tych względów przyjmuje się, że jej granice wyznaczone są przez kryteria: logiczne, ustawowe i ideologiczne (zob. wyr. SN z 12.2.2004 r., II UK 236/03, Legalis). Sąd ma obowiązek wyprowadzenia z zebranego w sprawie materiału dowodowego wniosków poprawnych logicznie. Zastrzeżona dla sądu swobodna ocena dowodów nie opiera się na ilościowym porównaniu przedstawionych przez świadków i biegłych spostrzeżeń oraz wniosków, lecz na odpowiadającym zasadom logiki powiązaniu ujawnionych w postępowaniu dowodowym okoliczności w całość zgodną z doświadczeniem życiowym (wyr. SN z 20.3.1980 r., II URN 175/79, OSNC 1980, Nr 10, poz. 200). Jeżeli z określonego materiału dowodowego sąd wyprowadził wnioski logicznie poprawne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego, to taka ocena dowodów nie narusza zasady swobodnej oceny dowodów przewidzianej w art. 233 KPC, choćby dowiedzione zostało, że z tego samego materiału dałoby się wysnuć również logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego wnioski odmienne (wyr. SN z 27.9.2002 r., IV CKN 1316/00, Legalis). Tylko w przypadku, gdy brak jest logiki w wiązaniu wniosków z zebranymi dowodami lub gdy wnioskowanie sądu wykracza poza schematy logiki formalnej albo, wbrew zasadom doświadczenia życiowego, nie uwzględnia jednoznacznych praktycznych związków przyczynowo-skutkowych, to przeprowadzona przez sąd ocena dowodów może być skutecznie podważona (wyr. SN z 27.9.2002 r., II



CKN 817/00, Legalis; wyr. SN z 16.12.2005 r., III CK 314/05, OwSG 2006, Nr 10, poz. 110). Czynniki ustawowy ogranicza sąd w możliwości dokonania oceny jedynie tych dowodów, które zostały prawidłowo przeprowadzone, według reguł określonych przez ustawodawcę, z uwzględnieniem wszystkich dowodów przeprowadzonych w postępowaniu, jak również wszelkich okoliczności towarzyszących przeprowadzaniu poszczególnych dowodów i mających znaczenie dla oceny ich mocy i wiarygodności (post. SN z 11.7.2002 r., IV CKN 1218/00, Legalis; wyr. SN z 9.3.2005 r., III CK 271/04, Legalis). Oznacza to, że przy ocenie mocy i wiarygodności dowodów sąd bierze pod rozwagę nie tylko "materiał dowodowy", ale także wyjaśnienia informacyjne stron, oświadczenia, zarzuty przez nie zgłaszane, zachowanie się stron podczas procesu przejawiające się np. w odmowie lub utrudnieniach w przeprowadzeniu dowodów, itp. (wyr. SN z 24.3.1999 r., I PKN 632/98, OSNAPIUS 2000, Nr 10, poz. 382). Za czynnik ideologiczny warunkujący granice swobodnej oceny dowodów uznaje się poziom świadomości prawnej sędziego, na którą składa się znajomość przepisów prawa, doktryny i orzecznictwa, jak ogólna kultura prawna oraz system pozaprawnych reguł i ocen społecznych (zob. W. Siedlecki, Realizacja zasady swobodnej oceny dowodów w polskim procesie cywilnym, NP 1956, Nr 4). Zasada swobodnej oceny dowodów rozumiana wedle przedstawionych wyżej kryteriów winna mieć analogiczne zastosowania dla oceny dokonywanej przez Krajową Izbę Odwoławczą w odniesieniu do dowodów zgromadzonych w postępowaniu w przedmiocie zamówienia publicznego. Zdaniem Sądu Okręgowego konsorcjum ██████████ w złożonych w toku postępowania przed KIO wyjaśnieniach konsekwentnie wykazało, iż cena wskazana w ofercie nie ma charakteru rażąco niskiej i pozwoli na pokrycie kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim na osiągnięcie zysku przy jego realizacji. W podobny sposób należało ocenić działania konsorcjum ██████████, które zarówno w toku postępowania jak rozprawy przed KIO wykazało, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednocześnie dowody przedstawione przez Skarżącego rzeczywiście nie były wystarczające, aby wykazać, że ceny w obu ofertach mają charakter nierealny. Słusznie zatem KIO stwierdziła, „ iż wszelkie szczegółowe wyliczenia, jak zostało określone w odwołaniu obiektywnych kosztów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, wbrew intencji Odwołującego nie uzasadniają jego przekonania, że ceny ofert Konsorcjum ██████████ i Konsorcjum ██████████ są rażąco



niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż wprost wykazują, że tak nie jest. Odwołujący nie określił bowiem, co słusznie podkreśliła Izba, wysokości innych niż wyliczone szczegółowo w odwołaniu koszty, nie wykazał również celowości i choćby przybliżonej wysokości kosztów pozostałych, które miałyby wpłynąć na ocenę kwestionowanych ofert za rażąco niskie. Taką próbę skarżący podjął dopiero na etapie wniesienia skargi, co jednak należało uznać za działanie spóźnione. Izba dokonała zatem prawidłowej oceny poszczególnych dowodów w pełni mieszcząc się w granicach przyznanej jej swobody. Tym samym nie zasługują na uwzględnienie twierdzenia Skarżącego, zaczynające się od słów „błąd w ocenie materiału dowodowego polega jednak na tym, że Skarżący konsekwentnie w toku rozprawy wskazywał, że suma ta nie zawiera wszelkich kosztów realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę, a tylko te które Skarżący był w stanie policzyć obiektywnie dla każdego Wykonawcy, który brał udział w postępowaniu - np. paliwo, sól itd. (...) a kończące się na stwierdzeniu, że Izba sama mogła ustalić, jakich pozycji z ofert konsorcjów Skarżący w kalkulacjach zaprezentowanych na etapie odwołania i rozprawy przed KIO nie uwzględnił. Jak to zostało już zaznaczone wyżej powyższej oceny nie może zmienić przedstawione w treści Skargi zestawienie wszystkich kosztów. Ponadto Skarżący, wbrew takiemu obowiązkowi nie wskazał jakie zasady logicznego rozumowania czy doświadczenia życiowego zostały naruszone przy dokonanej ocenie zgromadzonych w sprawie dowodów. Co do kwestii wpływu braku odtajnienia na niewłaściwą ocenę dowodów wskazać należy, że zgodnie z treścią z art. 8 ust. 3 Pzp Zamawiający nie ujawnia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą one być udostępniane, oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, wprowadza następujące przesłanki, które muszą wystąpić łącznie, aby informacje mogły zostać utajnione: po pierwsze informacja ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub inny posiadający wartość gospodarczą, po drugie informacja nie została ujawniona do wiadomości publicznej, po trzecie podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.



Konsorcjum ██████████, w swoich uzasadnieniu w sposób spójny i wystarczający wykazało, że złożone przez niego wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. KIO prawidłowo zatem wskazała, iż: „(...) żadne z odwołań, nie zawiera okoliczności podważających skuteczności wykazania przez Konsorcjum ██████████, że zawarte w wyjaśnieniach informacje stanowią tajemnicę jego przedsiębiorstwa. W szczególności nie jest wystarczająca argumentacja wskazująca na częste nadużywanie przez wykonawców możliwości zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w celu utrudnienia weryfikacji ze strony innych wykonawców”. Jednocześnie również w tym przypadku dowody przedstawione przez Skarżącego rzeczywiście nie były wystarczające, aby wykazać, że wyjaśnienia nie zasługują na miano tajemnicy przedsiębiorstwa. Reasumując stwierdzić należy, iż Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo oceniła materiał dowodowy zgromadzony w przedmiotowym postępowaniu, zaś ocena ta nie wykracza poza ramy swobodnej oceny. Wobec powyższego również powołany na wstępie zarzut należało uznać za niezasadny.

Mając na uwadze wskazane okoliczności i rozważania, skargę należało uznać w całości za niezasadną i na podstawie art. 198f ust. 2 Pzp oddalić orzekając o kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi na podstawie art. 198f ust. 5 Pzp.



Na oryginale właściwe podpisy  
Za zgodność świadczy:  
Sekretarz sądowy  
*Edyta Kołaczyńska*