

**Do**

**Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

**Odwołujący:** **INŻBUD TT sp. z o.o.** z siedzibą w Rybniku, ul. Jerzego Giedroycia 8, 44-200 Rybnik, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego przez Sąd Rejonowy w Gliwicach, X Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000711509 - reprezentowana przez pełnomocnika radcę prawnego Tomasza Wędzicha, adres: Kancelaria Radcy Prawnego Tomasz Wędzicha Rączna 141, 32-060 Liszki.

**Zamawiający:** **Miasto Rybnik**, ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik, e-mail: zam\_pub@um.rybnik.pl.

**Tytuł zamówienia:** Przebudowa ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jw. zostało ogłoszone przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2019 roku pod numerem sprawy ZP.271.104.2019.

Kopię odwołania przekazano Zamawiającemu w dniu 30 grudnia 2019 roku drogą elektroniczną na adres e-mail: zam\_pub@um.rybnik.pl

#### **ODWOŁANIE**

**OD NIEZGODNYCH Z PRZEPISAMI USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH CZYNNOŚCI ZAMAWIAJĄCEGO POLEGAJĄCEJ NA WYBORZE OFERTY NAJKORZYSTNIEJSZEJ W RAMACH ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO PN.: "PRZEBUDOWA ULICY RUDZKIEJ NA ODCINKU OD BUDYNKU NR 141 DO ULICY PIASTOWSKIEJ W RYBNIKU (ETAP II)"**

**KANCELARIA RADCY PRAWNEGO TOMASZ WĘDZICHA**

adres: Rączna 141, 32-060 Liszki, tel. 724720953,

NIP: 9442182244, REGON: 362359628, e-mail: tomasz.wedzicha@gmail.com

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego, na podstawie pełnomocnictwa, którego odpis przedkładam w załączeniu, w trybie art. 179 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 6) i art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.) – dalej jako „PZP” - **wnoszę odwołanie** od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w ramach zamówienia publicznego pod nazwą: „Przebudowa ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II)” zamieszczonego przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2019 roku pod numerem sprawy ZP.271.104.2019 złożonej przez spółkę Auto Trans Asfalty Sp. z o. o., ul. Ks. Roboty 80, 44-186 Gierałtowiec (nr KRS 0000464122), **zarzucając Zamawiającemu naruszenie:**

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP przez jego błędne niezastosowanie i nieodrzućenie oferty lecz jej wybór jako najkorzystniejszej mimo że, oferta złożona przez wykonawcę Auto Trans Asfalty Sp. z o. o., nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, bowiem wskazany przez wykonawcę Auto Trans Asfalty sp. z o.o. podmiot, który będzie pełnić funkcję kierownika budowy do obsługi inwestycji pod nazwą: „Przebudowa ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II)” w osobie Pana Leszka Paprockiego, mimo iż cechuje się wymaganym doświadczeniem i wiedzą specjalistyczną w obszarach o jakich mowa w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, nie będzie w stanie w sposób kompleksowy zapewnić obsługi i nadzoru inwestycji pod nazwą: „Przebudowa ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II)” pełniąc funkcję kierownika budowy – zgodnie z treścią SIWZ „*od rozpoczęcia robót do wystawienia Świadectwa Przejęcia/ Protokołu Odbioru Końcowego (przez cały okres realizacji zadania)*”, albowiem Pan Leszek Paprocki jest obecnie inżynierem rezydentem pracującym dla DTŚ S.A. ul. Mieszka I nr 10, 40-877 Katowice w ramach inwestycji pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień – Rabka” realizowanego dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Kraków, a jak wynika z informacji zamieszczonych na oficjalnej stronie przedmiotowego zadania inwestycyjnego → <http://www.s7-lubien-rabka.pl/index.html> prace mimo, iż są w chwili obecnej bardzo zaawansowane, zakończenie i odbiór prac nie nastąpi wcześniej niż końcem 2020 roku, a więc widoczna jest ewidentna kolizja obowiązków kierownika budowy równoległe w ramach ww. zadań;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3) i 4) PZP przez jego błędne niezastosowanie i nieodrzućenie oferty lecz jej wybór jako najkorzystniejszej mimo że, oferta złożona przez wykonawcę Auto Trans Asfalty Sp. z o. o., zawiera rażąco niską cenę, nierealistyczną, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku i w efekcie w wyniku takich działań oferta złożona

przez wykonawcę Auto Trans Asfalty Sp. z o. o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 3) naruszenie art. 26 ust. 2 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Auto Trans Asfalty Sp. z o. o., którego oferta została oceniona przez Zamawiającego najwyżej, do złożenia kompletnych i niebudzących wątpliwości oświadczeń i dokumentów potwierdzających, iż wykonawca Auto Trans Asfalty Sp. z o. o. nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 4) naruszenie art. 91 ust 1 PZP poprzez wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy Auto Trans Asfalty Sp. z o. o., którego oferta została oceniona przez Zamawiającego najwyżej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pod nazwą: „Przebudowa ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II)” bez dokonania przez Zamawiającego pełnych czynności jej badania, a także nieprawidłową wykładnię, iż oferta oceniona przez Zamawiającego najwyżej jest ofertą najkorzystniejszą, gdy tymczasem winna ona podlegać odrzuceniu;
- 5) art. 7 ust. 1 PZP przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz przejrzystości poprzez nie odrzucenie i wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Auto Trans Asfalty sp. z o.o., która nie spełniała wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pod nazwą: „Przebudowa ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II)”.

Wskazując na powyższe w trybie art. 180 ust. 3 PZP, **wnoszę o:**

- 1) uwzględnienie odwołania w całości, unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Auto Trans Asfalty sp. z o.o., nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty wykonawcy Auto Trans Asfalty sp. z o.o. jako niespełniającej wymogów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, pod nazwą: „Przebudowa ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II)”;
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w odwołaniu na okoliczności wskazane w dalszej części uzasadnienia;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznania świadka Leszka Paprockiego (adres do doręczeń DTŚ S.A. ul. Mieszka I nr 10, 40-877 Katowice względnie jak adres wykonawcy Auto Trans Asfalty sp. z o.o. ul. Ks. Roboty 80, 44-186 Gierałtówice) na okoliczność pełnienia funkcji inżyniera rezydenta dla DTŚ S.A. ul. Mieszka I nr 10, 40-877 Katowice w ramach inwestycji pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień – Rabka” realizowanego dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Kraków, okresu sprawowania tej funkcji, obowiązków pełnionych w ramach ww.

kontraktu, charakteru pełnionych zadań, daty do której będą pełnione funkcje inżyniera rezydenta w ramach ww. kontraktu;

- 4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z informacji dotyczących zamówienia publicznego pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień – Rabka” ze strony internetowej <http://www.s7-lubien-rabka.pl/index.html> na okoliczność daty rozpoczęcia prac, zadań zrealizowanych do tej pory oraz przewidywanego terminu zakończenia prac, funkcji kierownika budowy;
- 5) przesłuchanie osoby wskazanej przez spółkę Drogowa Trasa Średnicowa S.A. ul. Mieszka I 10, 40-877 Katowice jako lidera konsorcjum w ramach zamówienia publicznego pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień – Rabka” na okoliczność wykazania, okresu sprawowania funkcji inżyniera rezydenta przez Pana Leszka Paprockiego w ramach ww. kontraktu, obowiązków pełnionych w ramach ww. kontraktu, charakteru pełnionych zadań, daty do której będą pełnione funkcje inżyniera rezydenta w ramach ww. kontraktu;
- 6) przesłuchanie w charakterze świadka Panią Halinę Rogowską (adres do doręczeń: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Kraków, ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków), pełniącą funkcję Kierownika Projektu Unijnego w imieniu zamawiającego Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Kraków w ramach zamówienia publicznego pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień – Rabka” na okoliczność wykazania, (i) czy w ramach ww. zdania Pan Leszek Paprocki pełni funkcję inżyniera rezydenta, (ii) obowiązków pełnionych w ramach ww. kontraktu przez Pana Leszka Paprockiego, charakteru pełnionych zadań oraz daty do której będą pełnione funkcje inżyniera rezydenta w ramach ww. kontraktu,
- 7) przesłuchanie Prezesa spółki Auto Trans Asfalty sp. z o.o. ul. Ks. Roboty 80, 44-186 Gierałtówice Pana Piotra Jójko (adres do doręczeń Auto Trans Asfalty sp. z o.o. ul. Ks. Roboty 80, 44-186 Gierałtówice) na okoliczność (i) miejsca składowania i utylizowania odpadów budowlanych jakie powstaną w ramach Zadania Inwestycyjnego (ii) posiadania lub nie zezwolenia na przetwarzanie i zbieranie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach,
- 8) Przesłuchanie świadka Dariusza Czekąta (adres do doręczeń ul. Jerzego Giedroycia 8, 44-200 Rybnik) na okoliczność (i) braku posiadania przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. ul. Ks. Roboty 80, 44-186 Gierałtówice miejsca składowania i utylizowania odpadów budowlanych jakie powstaną w ramach Zadania Inwestycyjnego (ii) braku posiadania przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. ul. Ks. Roboty 80, 44-186 Gierałtówice zezwolenia na przetwarzanie i zbieranie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, (iii) rynkowych wartości prac wskazanych przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. ul. Ks. Roboty 80, 44-186 Gierałtówice pod pozycjami:
  - Pozycja 34 i 35 - *Wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki przy mechanicznym załadunku i wyładunku. Transport samochodem wyładowniczym na*

składowisko wykonawcy wraz z utylizacją oraz Wykopy pod konstrukcje nawierzchni, wraz z załadunkiem, wywozem nadmiaru urobku na składowisko wykonawcy oraz kosztem utylizacji,

- Pozycje 40, 41, 42 i 43 tj.

Warstwa wzmacniająca z piasku stabilizowanego cementem  $R_m=2,5$  MPA – grubość warstwy po zagęszczeniu 24 cm

Warstwa wzmacniająca z piasku stabilizowanego cementem  $R_m=2,5$  MPA – grubość warstwy po zagęszczeniu 25 cm

Warstwa wzmacniająca z piasku stabilizowanego cementem  $R_m=2,5$  MPA – grubość warstwy po zagęszczeniu 15 cm

Warstwa wzmacniająca z piasku stabilizowanego cementem  $R_m=2,5$  MPA – grubość warstwy po zagęszczeniu 10 cm

9) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wiadomości elektronicznej z dnia 30.12.2019 r. kierowanej ze spółki SEGO Sp. z o.o. ul. Oskara Kolberga 65 44-251 Rybnik do Odwołującego się na okoliczność wartości prac polegających na zagospodarowaniu przez zewnętrzny podmiot odpadów z remontów i przebudowy dróg, a tym samym wykazania, iż Auto Trans Asfalty sp. z o.o. rażąco zaniżyła cenę tych usług, na dodatek nie wskazując podmiotu, które te prace wykona wobec faktu, iż oferent ten (Auto Trans Asfalty sp. z o.o.) nie posiada zezwolenia na zezwolenia na przetwarzanie i zbieranie odpadów;

10) nakazanie Zamawiającemu przedstawienia wyjaśnień wykonawcy Auto Trans Asfalty sp. z o.o., z których będzie wynikać, iż Pan Leszek Paprocki pełnił dla wykonawcy Auto Trans Asfalty sp. z o.o. funkcje kierownika budowy na inwestycjach wskazanych w ofercie przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o.. tj.:

- w okresie 08.05.2017 – 31.08.2018 r. – Budowa odcinka trasy N-S od ul. Bukowej do ul. Kokosz w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupasmowym (wartość kontraktu 53.873.000 zł)
- w okresie 17.07.2017 – 11.05.2018 r. – Przebudowa ul. Rudzkiej w Rybniku (wartość kontraktu 7.246.000 zł),

albowiem w tym samym czasie pełnił on obowiązki kierownika w ramach dwóch zadań inwestycyjnych realizowanych przez wykonawcę Auto Trans Asfalty sp. z o.o. w reżimie PZP, a w związku z tym Pan Leszek Paprocki z pewnością funkcję kierownika budowy na tych inwestycjach miał wykonywać od rozpoczęcia robót do wystawienia Świadectwa Przejęcia/ Protokołu Odbioru Końcowego (przez cały okres realizacji zadania), tym samym fizycznie nie mógł stawiać się na porannych odprawach na dwóch lokalizacjach podobnie jak to może mieć miejsce w nin. przypadku.

11) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

Odwołujący podnosi, że posiada **interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP**, który wyraża się w tym, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wówczas z wysokim stopniem prawdopodobieństwa, graniczącym z pewnością może mieć wówczas szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób wadliwy z naruszeniem kardynalnych zasad PZP, szczególnie opisanych wyżej w tym również zasady równego traktowania wykonawców czym wyrządza Odwołującemu szkodę. W wyniku dokonanych czynności badania i oceny ofert, w tym szczególnie wybór najkorzystniejszej oferty firmy Auto Trans Asfalty sp. z o.o., Odwołujący może stracić szansę na uzyskanie i realizację przedmiotowego zamówienia ponosząc tym samym niewymierną szkodę w swoim majątku kosztem firmy Auto Trans Asfalty sp. z o.o., której oferta zasługiwała na odrzucenie, o czym Odwołujący, również na etapie przed rozstrzygnięciem zamówienia publicznego przez Zamawiającego, komunikował w sposób wyraźny składając uwagi w trakcie procesu przetargowego.

Odwołujący wskazuje, iż 23 grudnia 2019 roku, została ogłoszona przez Zamawiającego w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych pod numerem sprawy ZP.271.104.2019 informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty dla zamówienia publicznego pod nazwą: „Przebudowa ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II)”. Oznacza to, że składając odwołanie w dniu 30 grudnia 2019 roku, Odwołujący czyni zadość wymaganom z art. 182 ust. 1 pkt 2) PZP tj. **wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie**, albowiem 5 (pięć) dniowy termin do wniesienia odwołania upływał w dniu 28 grudnia 2019 roku tj. w sobotę. Tym samym składając odwołanie w dniu 30 grudnia 2019 roku tj. w pierwszy dzień roboczy po dniach wolnych od pracy Odwołujący zgodnie z art. 14 ust. 2 PZP czyni zadość wymaganom art. 182 ust. 1 pkt 2) PZP tj. wnosi odwołanie w ustawowo wymaganym terminie.

## UZASADNIENIE

W ramach zadań samorządu terytorialnego Zamawiający w dniu 18.10.2019 r. na stronie Biuletynu Informacji Publicznej dokonał publikacji zamówienia publicznego w trybie PZP, którego przedmiot zatytułowano „Przebudowa ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II)” – dalej jako „**Zadanie Inwestycyjne**”.

Jak wynika z opublikowanego dnia 04.11.2019 r. zbiorczego zestawienia ofert złożonych w ramach przedmiotowego postępowania kwota, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie Zadania Inwestycyjnego to 11.700.000,00 zł brutto, przy czym zainteresowanie

wykonaniem Zadania Inwestycyjnego zgłosiły 3 podmioty, z których najniższą ofertę złożyła spółka Auto Trans Asfalty sp. z o.o., szacując koszty w wysokości **7.366.920,02 zł brutto**.

Następnie w dniu 23.12.2019 r. Zamawiający ogłosił w Biuletynie Zamówień Publicznych udostępnianym na stronach portalu internetowego Urzędu Zamówień Publicznych pod numerem sprawy ZP.271.104.2019 informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dla Zadania Inwestycyjnego, którą to ofertę złożyła firma Auto Trans Asfalty sp. z o.o..

W ocenie Odwołującego oferta spółki Auto Trans Asfalty sp. z o.o. nie dość, że jest rażąco zaniżona to na dodatek nie spełnia formalnych i merytorycznych kryteriów, o których szczegółowo niżej i tym nie powinna być brana pod uwagę przy rozstrzyganiu niniejszego przetargu. Co więcej w ocenie Odwołującego oferta złożona przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. uprawniała Zamawiającego do skorzystania z uprawnień o jakich mowa w art. 89 ust. 1 PZP, o czym szczegółowo niżej, tym bardziej, iż to na Zamawiającym ciąży szczególnie istotny obowiązek w przedmiocie należytego badania i oceny ofert, a co za tym do dokonywania krytycznej analizy treści oferty złożonej przez każdego wykonawcę (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21.06.2019 r. sygn. akt KIO 1032/19). Mimo faktu, iż Odwołujący wielokrotnie jeszcze przed rozstrzygnięciem zamówienia publicznego sygnalizował Zamawiającemu okoliczności, które stały się przedmiotem niniejszego odwołania, Zamawiający pozostał wobec tych monitów bierny, niemal całkowicie je lekceważąc. Tym samym doszło do ewidentnego naruszenia podstawowych norm PZP, których ranga naruszenia powoduje, iż koniecznym stało się wniesienie przedmiotowego odwołania wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego.

Odwołujący w tym miejscu wyraźnie podkreśla, iż ugruntował się już w doktrynie i orzecznictwie nurt wedle, którego przesłanki z art. 180 ust. 2 pkt 6) PZP należy interpretować w sposób rozszerzający. Za taką wykładnią opowiedział się między innymi Sąd Najwyższy w dwóch jednobrzmiących uchwałach z 17.11.2017 r. (sygn. akt III CZP 56/17 i III CZP 58/17), stwierdzając, że zarzuty odwołania od wyboru najkorzystniejszej oferty, o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6) PZP mogą obejmować także zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył ofertę wybraną przez zamawiającego lub zaniechanie odrzucenia oferty, która powinna podlegać odrzuceniu. Sąd Najwyższy wyjaśnił, że art. 180 ust. 2 PZP identyfikuje przedmiot zaskarżenia (w pkt 6 tego przepisu jest nim wybór najkorzystniejszej oferty), który może być skarżony również w z związku z zaniechaniem odrzucenia oferty lub wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zawężenie pojęcia „wybór najkorzystniejszej oferty” tylko do oceny złożonych ofert pod kątem kryteriów ustalonych przez zamawiającego w SIWZ, nie znajduje oparcia w wykładni funkcjonalnej i systemowej. Odwołujący się od wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 180 ust. 2 pkt 6) PZP może kwestionować tę czynność zamawiającego zarówno dlatego, że wybrana oferta nie jest najkorzystniejsza w świetle art. 91 i art. 2 pkt 5 PZP, jak i dlatego, że oferta powinna była podlegać odrzuceniu lub składający ją podmiot - wykluczeniu z postępowania (tak również Sąd Najwyższy – Izba Cywilna w wyroku z dnia 23.05.2018 r. sygn.. akt IV CSK 448/17).



Na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6) PZP w ramach pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty należy uwzględnić także te czynności lub zaniechania dokonania czynności, które w sposób **bezpośredni** wpływają na wybór określonej oferty jako najkorzystniejszej w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zarówno bowiem zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, jak i zaniechanie odrzucenia takiej oferty, w sposób bezpośredni kształtuje treść czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Gdyby bowiem zamawiający nie dopuścił się ww. zaniechań, oferta innego wykonawcy (tutaj Odwołującego się) zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W konsekwencji decyzje zamawiającego co do stwierdzenia braku występowania przesłanek wykluczenia oferty wykonawcy wybranej jako najkorzystniejsza lub braku przesłanek odrzucenia takiej oferty stanowią składowe czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - w rozumieniu tego pojęcia przyjętego na gruncie art. 180 ust. 2 pkt 6) PZP.

#### **I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP, art. 7 ust. 1 PZP.**

Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP. Przepis ten jest skorelowany z art. 82 ust. 3 PZP, zgodnie z którym treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty (jej zawartość merytoryczna) nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy: niezgodność treści oferty z treścią SIWZ polega na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, zaoferowania którego oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.

Wykonawca składając ofertę powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w SIWZ. Przy czym dla uznania zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia (zwykle w formularzu ofertowym), wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty powinna wynikać jej zgodność z wymaganiami zamawiającego określonymi w SIWZ, składającymi się na treść zobowiązania wykonawcy. W konsekwencji tej zgodności, zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy będzie tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 PZP).

Odwołujący podnosi w tym miejscu, iż jednym z obligatoryjnych elementów w ramach Zadania Inwestycyjnego jest zapewnienie przez przyszłego wykonawcę obsługi inwestycji przez kierownika budowy, który powinien spełniać minimalne wymagania określone w treści SIWZ. Auto Trans Asfalty sp. z o.o. do obsługi zadania inwestycyjnego wskazała osobę Pana Leszka Paprockiego, który cechuje się wymaganym doświadczeniem i wiedzą specjalistyczną w



obszarach, których dotyczy Zadanie Inwestycyjne. W tym miejscu Odwołujący pragnie w sposób wyraźny podkreślić, iż Pan Leszek Paprocki, mimo iż jest z pewnością specjalistą w swojej dziedzinie, nie będzie jednak w stanie w sposób kompleksowy zapewnić obsługi i nadzoru Zadania Inwestycyjnego pełniąc funkcję kierownika budowy „od rozpoczęcia robót do wystawienia Świadectwa Przejęcia/ Protokołu Odbioru Końcowego (przez cały okres realizacji zadania)”. W ramach Zadania Inwestycyjnego kierownik budowy jest zobowiązany (jak wynika z treści przyszłej umowy) pełnić pełny nadzór nad inwestycją począwszy od godziny 9:00 każdego dnia roboczego do momentu zakończenia prac w każdym kolejnym dniu roboczym. W ocenie Odwołującego Pan Leszek Paprocki nie będzie w stanie w sposób wypełnić ww. zobowiązania, a tym samym oferta złożona przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. była i jest niekompletna. Z informacji posiadanych przez Odwołującego Pan Leszek Paprocki jest inżynierem rezydentem pracującym dla DTŚ S.A. ul. Mieszka I nr 10, 40-877 Katowice w ramach inwestycji pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień – Rabka” realizowanego dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Kraków. W związku z pełnioną funkcją rezydenta Pan Leszek Paprocki jest osobą, która ma obowiązek bezpośredniego i osobistego uczestnictwa na ww. kontrakcie podczas prowadzenia prac budowlanych tym samym nie ma nawet fizycznej możliwości aby stawać się na porannych odprawach na dwóch lokalizacjach odległych od siebie o ok 200 km. W świetle powyższego uznać należy, iż niezgodność treści oferty złożonej przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. z treścią SIWZ Zadania Inwestycyjnego ma charakter nieusuwalny i tym samym po zainicjowaniu procedury wyjaśniającej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP powinna zapaść decyzja o odrzuceniu oferty. Jest to bowiem niezgodność materialna, a tylko taka skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Słusznie bowiem stwierdza Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17.06.2019 r. sygn.. akt KIO 995/19), iż *odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga jednoznacznego stwierdzenia i wykazania przez Zamawiającego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Decyzja ta nie może być oparta jedynie na podejrzeniach i przypuszczeniach Zamawiającego. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty.*

Co więcej jak wynika z informacji zamieszczonych na oficjalnej stronie zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień – Rabka” → <http://www.s7-lubien-rabka.pl/index.html> prace mimo, iż są w chwili obecnej bardzo zaawansowane, zakończenie i odbiór prac nie nastąpi wcześniej niż końcem 2020 roku, a więc widoczna jest ewidentna kolizja obowiązków kierownika budowy równolegle w ramach ww. zadań przez Pana Leszka Paprockiego zarówno w ramach zadań do zrealizowania w ramach Zadania Inwestycyjnego jak i zadania ww.

Co prawda przed odrzuceniem oferty na podstawie ust. 1 pkt 2 komentowanego artykułu Zamawiający zobowiązany był – w przypadku powzięcia wątpliwości do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 PZP. To jednak konsekwencją niezłożenia dokumentu, który

będzie potwierdzał treść oferty winna być konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jako nieodpowiadającej treści specyfikacji, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 PZP, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty. Tryb ten nie może służyć bowiem obejściu braku należytego sprecyzowania treści oferty, gdyż dokumenty te służą potwierdzeniu treści oferty, a nie jej rekonstruowaniu na ich podstawie. W szczególności w systemie oceny ofert, w którym dokumenty te nie są składane wraz z ofertą, ale na późniejszym etapie, prowadziłyby to do obejścia zakazów wynikających z art. 87 ust. 1 zd. 2 PZP, a w konsekwencji naruszeniu zasad wynikających z art. 7 ust. 1 PZP. Dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP konieczne jest również uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy, a specyfikacją zamawiającego polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami SIWZ.

Na marginesie Odwołujący pragnie również zwrócić uwagę, na ewidentną rozbieżność w oświadczeniu złożonym przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. w ramach którego nastąpiło potwierdzenie posiadania doświadczenia przez kierownika budowy Pana Leszka Paprockiego. Jak wynika z oświadczenia Pan Leszek Paprocki w tym samym czasie pełnił obowiązek kierownika budowy w ramach dwóch budów tj.:

- w okresie 08.05.2017 – 31.08.2018 r. – Budowa odcinka trasy N-S od ul. Bukowej do ul. Kokosz w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupasmowym (wartość kontraktu 53.873.000 zł)
- w okresie 17.07.2017 – 11.05.2018 r. – Przebudowa ul. Rudzkiej w Rybniku (wartość kontraktu 7.246.000 zł).

W związku z faktem, iż ww. kontrakty realizowane były w trybie zamówienia publicznego z PZP Pan Leszek Paprocki z pewnością funkcję kierownika budowy na tych inwestycjach miał wykonywać od rozpoczęcia robót do wystawienia Świadectwa Przejęcia/ Protokołu Odbioru Końcowego (przez cały okres realizacji zadania), tym samym fizycznie nie mógł stawiać się na porannych odprawach na dwóch lokalizacjach podobnie jak to może mieć miejsce w nin. przypadku.

Tym samym zachodzi uzasadniona konieczność przedłożenia przez Zamawiającego dowodów, które udowodnią pełnienie przez Pana Leszka Paprockiego funkcji kierownika budowy na inwestycjach wskazanych w ofercie przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o..

**II. Zarzut rażąco niskiej ceny (kosztu oferty) tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4) PZP, art. 26 ust. 2 PZP, art. 91 ust. 1 PZP.**

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 PZP nakazuje odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zasadą jest, że w przypadku podejrzenia, że cena lub koszt w ofercie noszą znamiona rażąco niskiej zamawiający powinien zwrócić się do

wykonawcy o wyjaśnienia w trybie określonym w art. 90 ust. 1 PZP. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w zakresie przykładowo wskazanym w tym przepisie. Jednocześnie w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zamawiający ma obowiązek zwrócenia się do wykonawców o wyjaśnienie ceny, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę, iż Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie Zadania Inwestycyjnego kwotę **11.700.000,00 zł brutto**, natomiast spółka Auto Trans Asfalty sp. z o.o. złożyła ofertę jego wykonania w zamian za wynagrodzenie w kwocie **7.366.920,02 zł brutto**, a więc złożyła ofertę o ponad **37% niższą niż wartość zamówienia**. Nie sposób nie dostrzec tej dysproporcji szczególnie iż inni oferenci oferowali wykonanie Zadania Inwestycyjnego w wyższych wartościach ok. 2.000.000 zł brutto wyżej aniżeli najtańsza oferta.

Odwołujący zwraca w tym miejscu uwagę, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu obciąża wykonawcę (art. 90 ust. 2 PZP). Należy jednak zwrócić uwagę, że zamawiający – na podstawie art. 90 ust. 3 PZP – odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Co prawda ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niska cena, jednak w świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy uznać, że ceną rażąco niską jest cena **nierealistyczna**, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na **zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalająca na wygenerowanie przez niego zysku**. W orzecznictwie wskazywano, iż o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych. Za cenę rażąco niską uznaje się przede wszystkim taką cenę, która nie pozwala wykonawcy na wykonanie zamówienia nie pokrywając kosztów jego realizacji. Cena oferty przystępującego aby została uznana za rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (tak też Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27.06.2019 r., sygn. akt 1050/19). Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia. Punktem odniesienia kwalifikacji ceny, jako rażąco niskiej, powinno być przede wszystkim:

- 1) ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia;
- 2) ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
- 3) ceny rynkowe przedmiotu zamówienia (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 10.05.2016 r., sygn. akt 616/16).

Co do zasady rażąco niską będzie cena niepokrywająca średniego jednostkowego kosztu zmiennego wykonania, czyli pogarszająca wynik finansowy przedsiębiorstwa (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25.06.2019 r., sygn. akt 1036/19).

Odwołujący pragnie w tym miejscu zwrócić uwagę na dostrzeżone przez niego ewidentne dysproporcje kwotowań, które w żaden sposób nie korelują ze stawkami rynkowymi będąc znacznie poniżej ich dolnego pułapu. Zasadnicze rozbieżności dostrzec można w głównej mierze w kategorii kosztów zaliczanych przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. do branży drogowej. I tak:

1. Pozycja 34 i 35 - *Wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki przy mechanicznym załadunku i wyładunku. Transport samochodem wyładowniczym na składowisko wykonawcy wraz z utylizacją oraz Wykopy pod konstrukcje nawierzchni, wraz z załadunkiem, wywozem nadmiaru urobku na składowisko wykonawcy oraz kosztem utylizacji,* przedstawiają stawkę w wysokości 5,73 zł/m<sup>3</sup>, która w ocenie Odwołującego jest rażąco zaniżona, albowiem mając na uwadze to, iż wykonawca ma zamiar, po uprzednim przetransportowaniu, składować materiał oraz go utylizować, na bliżej nie określone składowisko wykonawcy nie daje możliwości realizacji tych robót po takiej stawce. Tym bardziej, iż z informacji posiadanych przez Odwołującego Auto Trans Asfalty sp. z o.o. nie dysponują żadnym składowiskiem, gdzie można by było składować tak znaczną ilość materiału oraz go następnie utylizować;
2. Pozycje 40, 41, 42 i 43 tj.  
*Warstwa wzmacniająca z piasku stabilizowanego cementem Rm=2,5 MPA – grubość warstwy po zagęszczeniu 24 cm*  
*Warstwa wzmacniająca z piasku stabilizowanego cementem Rm=2,5 MPA – grubość warstwy po zagęszczeniu 25 cm*  
*Warstwa wzmacniająca z piasku stabilizowanego cementem Rm=2,5 MPA – grubość warstwy po zagęszczeniu 15 cm*  
*Warstwa wzmacniająca z piasku stabilizowanego cementem Rm=2,5 MPA – grubość warstwy po zagęszczeniu 10 cm*

Odwołujący zwraca tutaj uwagę, iż każdorazowo cena jest w tych pozycjach mocno zaniżona przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o., albowiem najniższa możliwa stawka wykonania tych prac to 17,75 zł/m<sup>2</sup>.

Nie powinno umknąć uwadze również to, iż w ramach realizacji Zadania Inwestycyjnego zajdzie konieczność zagospodarowania i utylizacji przez przyszłego wykonawcę urobku jaki powstanie w wyniku prowadzonych prac. Aby móc w sposób zgodny z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach taką działalność prowadzić należy uprzednio uzyskać tzw. zezwolenie na przetwarzanie odpadów oraz zezwolenie na zbieranie odpadów, których z informacji posiadanych przez Wnioskodawcę Auto Trans Asfalty sp. z o.o. nie posiada. Auto Trans Asfalty sp. z o.o. nie będzie zatem mogła w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa powszechnie obowiązującego zagospodarować powstałego „odpadu” sama. Tym samym koszt transportu, składowania i utylizacji tych „odpadów” będzie znacznie wyższy, aniżeli przedstawiono w ofercie Auto Trans Asfalty sp. z o.o.. Odpady z remontów i przebudowy dróg (kod odpadu 17 01 81) oraz odpady betonowe (kod odpadu 17 01 01) co prawda można „wystać” na składowisko firmy KOMART sp. z o.o. do Knuruwa, przy czym jak wynika z oferty na stronie [www \(https://www.komart.pl/katalog-odpadow\)](https://www.komart.pl/katalog-odpadow) minimalna cena przy własnym transporcie to 190 zł/t (około **380 - 450 zł/m3**) netto. Wobec faktu, iż w ramach Zadania Inwestycyjnego szacuje się, iż powstanie odpad w ilości 9200 m3 materiału z rozbiórki ul. Rudzkiej, to wysoce utrudnionym, jeśli nie niemożliwym do zrealizowania jest zgodne z prawem „zagospodarowanie” odpadu przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. bez szkody dla interesu miasta Rybnik. Analogiczne wartości zaprezentowała firma SEGO Sp. z o.o. ul. Oskara Kolberga 65 44-251 Rybnik, czego dowodem jest przedłożone przez Odwołującego ofertowanie za pośrednictwem wiadomości elektronicznej z dnia 30.12.2019 r., załączone do niniejszego odwołania.

Dodatkowo jak wynika z treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „*destrukt z frezowania jest własnością wykonawcy*”. Powstały w ten sposób materiał w wyniku frezowania jest również odpadem, którego ilość na ten moment jest niemożliwa do precyzyjnego oszacowania. Co więcej zgodnie z zaleceniami Zamawiającego do mieszanek mineralno-bitumicznych nie zezwala się stosować granulatu asfaltowego z frezu asfaltowego, tym samym powstaje dodatkowa ilość odpadu, który Auto Trans Asfalty sp. z o.o. będzie musiał w jakiś sposób zagospodarować i zutylizować w cenie **5,73 zł/m3**, co w korelacji z wartością rynkową usługi firmy KOMART sp. z o.o. jak również oferty SEGO Sp. z o.o. ul. Oskara Kolberga 65 44-251 Rybnik jest ceną symboliczną. Co więcej będzie to zadanie ciążyło samodzielnie na Auto Trans Asfalty sp. z o.o., albowiem żaden z podwykonawców wskazany z ofercie tj. Wimar sp.j., Sygnały S.A., OBI Complex Rafał Zgoda nie posiada w swoim zakresie obowiązków tego zadania.

W świetle powyższego w ocenie Odwołującego oferta Auto Trans Asfalty sp. z o.o. realizuje znamiona tzw. „kreatywnej polityki cenowej”, które to działanie uznać należy jako niedopuszczalne z uwagi na manipulację cenową. Jest to działanie niedopuszczalne, albowiem uniemożliwia zamawiającemu dokonanie transparentnej oceny innych kontrofert, w tym oferty Odwołującego w każdej z pozycji wymaganej treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Takie działanie ma bowiem wpływ na zachwianie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający jest postawiony w

trudnej sytuacji albowiem Auto Trans Asfalty sp. z o.o. „ukrywa” koszty w innych pozycjach, nie dając szansy zamawiającemu na rzetelne ocenienie kontrofert. Takie zachowanie Auto Trans Asfalty sp. z o.o. narusza zasadę przejrzystości postępowania, uniemożliwiając innym uczestnikom oraz zamawiającemu prawidłową i rzetelną ocenę oferty.

Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 1a PZP oznacza dla wykonawcy tj. Auto Trans Asfalty sp. z o.o. obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskich. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. W przypadku, kiedy wezwanie dotyczy ceny oferty, wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny. Zgodnie bowiem z treścią ust. 2 komentowanego przepisu, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena (lub koszt) nie jest rażąco niska, pomimo ziszczenia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie.

Prawidłowości ceny oferty nie można wykazywać poprzez powoływanie się na specjalistyczną wiedzę zamawiającego prowadzącego działalność w danej branży. Istnienie po stronie zamawiającego takiej wiedzy nie usprawiedliwia odstąpienia od złożenia wyczerpujących wyjaśnień, tylko bowiem na podstawie ich treści, nie zaś na podstawie wiedzy własnej zamawiającego, powinna być dokonywana ocena, czy oferta podlega odrzuceniu. Podobnie prawidłowości ceny, mimo złożenia ogólnych i gotostownych wyjaśnień, nie można wywodzić z tego, że różnice między cenami poszczególnych oferty nie są rażąco duże oraz z tego, że wartość szacunkowa zamówienia została zawyżona. Wezwanie wykonawcy do wyjaśnień powoduje bowiem powstanie po jego stronie obowiązku wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny, poprzez złożenie wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14.01.2019, sygn. akt 2648/18). Zdaniem Odwołującego, Zamawiający albo nie wystąpił do Auto Trans Asfalty sp. z o.o. o wyjaśnienia konkretnych pozycji, albo poprzestał na lakonicznej odpowiedzi w tym zakresie uznając ją za wystarczającą z czym nie można się zgodzić.

Istotne jest bowiem to, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie u zamawiającego podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione, a w świetle powyżej przytoczonych okoliczności taka wątpliwość nadal zachodzi. Na konieczność przedstawienia szczegółowych wyjaśnień dodatkowo wskazuje fakt, iż wykonawca zobowiązany jest nie tylko do sformułowania twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty, ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować w sposób empiryczny złożone wyjaśnienia. Prawo zamówień publicznych nie określa katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu



uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Oznacza to więc, że każdy dowód, który w ocenie wykonawcy potwierdza twierdzenia wskazane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie.

W niektórych sytuacjach dowody mogą okazać się niezbędne. W szczególności, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego zasadnicza część musi być zakupiona od innych podmiotów (np. zakup materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług przez podmioty zewnętrzne, podwykonawców). W takich przypadkach, gdy wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, bardzo niskich cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami dowody pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po bardzo niskich cenach (np. oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na dokonanie takiego zakupu. W niektórych jednak sytuacjach, jeżeli przedmiot zamówienia nie wymaga szczególnych zakupów czy też wykonywania określonych prac przez podwykonawców, dowodzenie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach może sprowadzać się do przedstawienia przez wykonawcę własnych i szczegółowych kalkulacji kosztów, związanych z wykonaniem określonego przedmiotu zamówienia.

Obowiązkiem wykonawcy, wezwanego do złożenia wyjaśnień jest przedstawienie przekonywujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji ceny oferty. (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20.04.2017 r., sygn.. akt 681/17).

Zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a PZP, powinien poddać ją bardzo gruntownej analizie, przy czym nie sposób nie odnieść wrażenia, iż w ramach niniejszego postępowania Zamawiający takiej analizy albo nie przeprowadził, albo była ona bardzo powierzchowna.

W doktrynie wskazuje się, że Zamawiającym w pierwszej kolejności powinien ustalić, czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 lub 1a PZP. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie bowiem podkreślano, że nie każde pismo składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą spełniać wymagania określone w art. 90 ust. 1 PZP i pozwalać zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie, jak wynika to z art. 90 ust. 2 PZP. W konsekwencji wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 PZP, zamawiający powinien badać nie tylko poprzez zsumowanie podanych w nim kwot (o ile takowe w ogóle są podane), ale i poprzez realność poczynionych założeń co do czasochłonności pracy, co do rzeczywistości i zgodności z prawem stawek wynagrodzenia oraz do realnego kosztu czynności do zrealizowania celem osiągnięcia przedmiotu zamówienia (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 07.06.2016 r., sygn. akt 846/16).



W ofercie złożonej przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. brak jest bowiem wskazania rzeczywistych kosztów pracy personelu tej spółki. Co prawda jak wynika z informacji dodatkowej do sprawozdania finansowego za rok obrotowy 2017 Auto Trans Asfalty sp. z o.o. zatrudniała średniorocznie 62 osoby, to zakładając iż w 2018 r. liczba personelu nie uległa zmianie, to nadal brak jest precyzyjnych informacji jaki stosunek prawny wiąże te osoby z tym oferentem. Pamiętać bowiem należy, iż zasady pewności prawa, równego traktowania i przejrzystości, o których mowa w dyrektywie 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz.UE.L z 2014 r., Nr 94, s. 65), należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, takiemu jak rozpatrywane w postępowaniu głównym, zgodnie z którym brak oddzielnego wskazania kosztów pracy w ofercie gospodarczej złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powoduje wykluczenie tej oferty bez możliwości skorzystania z procedury usuwania braków, także w sytuacji gdy obowiązek oddzielnego wskazania tych kosztów nie został przewidziany w dokumentacji przetargowej, o ile taki warunek i taka możliwość wyłączenia zostały w sposób jasny przewidziane w przepisach krajowych dotyczących zamówień publicznych, do których zawarto tam wyraźne odesłanie. Jeżeli jednak postanowienia ogłoszenia o zamówieniu nie umożliwiają oferentom wskazania tych kosztów w swoich ofertach gospodarczych, zasady przejrzystości i proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że nie stoją one na przeszkodzie temu, by umożliwić wykonawcom zaradzenie tej sytuacji i spełnienie przewidzianego w przepisach krajowych obowiązku w terminie wyznaczonym przez instytucję zamawiającą (tak Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 02.05.2019 r. sygn.. akt C-309/19).

Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14.05.2019 r., sygn.. akt KIO 747/19).

### **III. Zarzut złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3) i 4) PZP.**

W świetle art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP, Zamawiający dokonując badania i oceny ofert ma obowiązek ustalić, czy ich złożenie nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: ZKNU"). Zgodnie z art. 3 ust. 1 ZNKU, wyrażającym

tzw. klauzulę generalną, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W art. 3 ust. 2 ZNKU przykładowo wymienione zostały działania, kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Są nimi w szczególności wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej oraz prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym. Czynem nieuczciwej konkurencji będzie zatem zawsze takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Sprzeczność z prawem należy przy tym rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Dobre obyczaje natomiast to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

Jako jeden z przykładów czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie przepisów PZP z pewnością uznaje się manipulowanie ceną oferty. Jako czyn nieuczciwej konkurencji może być uznana praktyka manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia, a część jest bez uzasadnienia zawyżona, by rekompensować zniżenie innych cen, przy czym celem dokonywania takiej operacji jest zamierzona optymalizacja dokonanych wycen. "Optymalizacja" ta z reguły dokonywana jest w celu uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenia ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcom lub otrzymania części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie realizacji umowy. Takie działanie w sposób oczywisty prowadzi do wynaturzeń pozbawiających ekonomicznego sensu cały system zamówień publicznych, a także ewidentnie narusza interes innych przedsiębiorców (wykonawców) oraz klienta (zamawiającego). Słusznie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 14.01.2015 r. sygn.. akt KIO 2734/14 wskazała, że prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania reguł wyrażonych w art. 3 ust. 1 ZNKU. Wręcz przeciwnie obowiązek przestrzegania dobrych obyczajów nałożył na przedsiębiorców sam ustawodawca w art. 17 ustawy o swobodzie gospodarczej [obecnie art. 9 ustawy z 06.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców], zaś niewątpliwie ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego mieści się w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej. Przywołany przepis stanowi, iż

przedsiębiorca wykonuje działalność gospodarczą na zasadach uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słuszych interesów konsumentów. W powołanym wyroku Izba podtrzymała swoje dotychczas wyrażane w tym zakresie stanowisko dotyczące traktowania jako czynu nieuczciwej konkurencji, na podstawie art. 3 ust. 1 ZNKU, praktyki manipulowania cenami określanymi w oderwaniu od realiów rynkowych, wyłącznie w celu uzyskania lepszej punktacji lub wyższego wynagrodzenia. Izba uznała jako naganne postępowanie, w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu, polegające na "manipulowaniu" proporcjami poszczególnych robót, jakie zostaną wykonane, a w konsekwencji ich ceną i wreszcie ceną oferty, aby otrzymać zamówienie.

Auto Trans Asfalty sp. z o.o. z pewnością o czym szczegółowo wyżej składając ofertę poniżej jakichkolwiek racjonalnych kosztów popełniła czyn nieuczciwej konkurencji, powoływany jest art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU, utrudniając innym oferentom (w tym i Odwołującemu) dostęp do rynku. Kwota wynagrodzenia została w ocenie Odwołującego (o czym szczegółowo wyżej) tak skalkulowana otrzymać jak najwyższą punktację w celu otrzymania zlecenia na kontrakt. Takie działanie z pewnością narusza dobre obyczaje kupieckie. Przerzucanie kosztów pomiędzy odrębnie ocenianymi cenami w ten sposób, że kształtowana jest z jednej strony cena nierynkowa i absurdalnie wysoka, zaś z drugiej cena nierynkowa, rażąco niska czy wręcz symboliczna ma na celu nie zaoferowanie jak najkorzystniejszych warunków zamawiającemu, nie konkurowanie ceną, czy jakością, lecz jedynie wykorzystanie bilansu kryteriów oceny ofert ze szkodą zarówno dla zamawiającego jak i innych wykonawców, co ma niewątpliwie miejsce w niniejszym przypadku (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28.06.2017 r., sygn. akt KIO 1123/17).

Dodatkowo Odwołujący wskazuje, iż wskazania jako kierownika kontraktu Pana Leszka Paprockiego, który z oczywistych względów opisanych wyżej nie może pełnić funkcji kierownika budowy w ramach Zadania Inwestycyjnego jest czynem kwalifikowanym jako czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem Auto Trans Asfalty sp. z o.o. dąży do wykorzystania w ten w postępowaniu dodatkowych kryteriów oceny oferty. Celem określenia dodatkowych (poza ceną lub kosztem) kryteriów oceny ofert jest uzyskanie oferty najkorzystniejszej, tj. przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (art. 2 pkt 5 lit. a PZP). Efektem zastosowania tych kryteriów powinno być otrzymanie przez zamawiającego oferty optymalnie zbilansowanej w zakresie ceny lub kosztu w stosunku do jakości, czy też oferty bardziej odpowiadającej potrzebom zamawiającego. Czynem nieuczciwej konkurencji może być w takim wypadku złożenie oferty zawierającej – oceniane w ramach dodatkowego kryterium – zobowiązanie wykonawcy do świadczenia nierealnego, biorąc pod uwagę okoliczności związane z wykonaniem zamówienia, kosztem zawyżenia ceny.

W świetle powyższego w ocenie Odwołującego od samego początku zachodziły uzasadnione przyczyny do odrzucenia oferty spółki Auto Trans Asfalty sp. z o.o.. albowiem zachodzi szereg okoliczności z art. 89 ust. 1 PZP, o czym wielokrotnie Zamawiający był informowany.

Reasumując, wobec wszystkich poruszonych powyżej zarzutów oraz okoliczności prawnych i faktycznych, wnoszę i wywodzę, jak w petitum odwołania.

Za Odwołującego się – pełnomocnik:

---

*Tomasz Wędzicha*  
*radca prawny (KR-3245)*

*Załączniki:*

- 1) dowód uiszczenia opłaty od odwołania;*
- 2) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;*
- 3) odpis aktualny KRS Odwołującego się;*
- 4) dowód wysłania odpisu odwołania do Zamawiającego.*
- 5) wiadomość elektroniczna z dnia 30.12.2019 r. kierowana ze spółki SEGO Sp. z o.o. ul. Oskara Kolberga 65 44-251 Rybnik do Odwołującego się.*