

Szczecin, dnia 03 października 2022 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

**Urząd Zamówień Publicznych
w Warszawie**
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa
tel.: +48 22 458 78 01
adres poczty elektronicznej:
odwolania@uzp.gov.pl

Odwołujący (Wykonawca):

RECYCLING GROUP
spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
spółka komandytowa
ul. Nadbrzeżna 1
70-031 Szczecin
KRS nr 0000764532
NIP nr 9552499522
adres poczty elektronicznej: biuro@recyclinggroup.pl
tel. +48 600 104 250
faks +48 91 359 86 46
reprezentowany przez pełnomocnika (adres do doręczeń:):
radca prawny Jarosław Myśko
Kancelaria Prawa Zamówień Publicznych
Jarosław Myśko
ul. Tęczowa 5A, 72-006 Mierzyn
tel. +48 501 675 102
adres poczty elektronicznej: jaroslaw@mysko.pl

Uczestnik (Zamawiający):

Gmina Miasto Szczecin
Zarząd Budynków i Lokali Komunalnych
ul. Mariacka 25
70-546 Szczecin
adres poczty elektronicznej: konecki@zbilk.szczecin.pl
strona prowadzonego postępowania:
https://platformazakupowa.pl/pn/zbilk_szczecin
tel.: +48 913 516 404
faks: (brak)

Przedmiot zamówienia:

Zamówienie udzielane w trybie podstawowym (art. 275 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019 r. poz. 2019 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą PZP”) na roboty budowlane pn.: „Rozbiórka budynku magazynowego wraz z rozbiórką części muru i wiaty przy ul. Ofiar Grudnia 1970 r.” (zwany dalej „Zamówieniem”)

Znak Zamawiającego: ZBiLK.DZP.JK.171-52-TP/22

Numer ogłoszenia: 2022/BZP 00321177/01

Data ogłoszenia: 26.08.2022 r.

Wartość Zamówienia jest mniejsza niż progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 1 ustawy PZP.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego RECYCLING GROUP spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej w Szczecinie (dalej: „Odwołujący”, „Wykonawca”, „RECYCLING GROUP”), pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 513 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy PZP, składam niniejszym **odwołanie od niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na przeprowadzenia badania i oceny ofert oraz wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane "KOBUD" Sp. z o.o. ul. Legnicka 16, 55-300 Środa Śląska (zwanego dalej „KOBUD”, „Konkurentem”)** z **jednoczesnym zaniechaniem odrzucenia oferty KOBUD, pomimo tego, iż treść ww. oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz oferta zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.**

Wobec wskazanej powyżej czynności Zamawiającego podnoszę **zarzuty naruszenia:**

- 1) **art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji** poprzez wybór oferty KOBUD podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu Zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP), co wynika z treści wyjaśnień złożonych przez Konkurenta

(art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP) wobec wezwania go przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, które to wyjaśnienia nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a wręcz wynika z nich, że Konkurent potwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. w efekcie przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- 2) **art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP** poprzez wybór oferty KOBUD podlegającej odrzuceniu z powodu niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia określonymi treścią specyfikacji warunków zamówienia z załącznikami i wyjaśnieniami (dalej: „SWZ”), co wynika z treści wyjaśnień Konkurenta z dnia 19 września 2022 r., w których wskazano wprost, iż Konkurent nie ujął w zakresie swojego świadczenia ofertowego całości spoczywających na nim obowiązków co do zakresu świadczenia opisanego w SWZ, tj. w efekcie przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W oparciu o powyżej sformułowane zarzuty **Odwołujący wnosi o:**

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty KOBUD oraz nakazanie ponownej oceny niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia,
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z przedłożonymi podczas rozprawy rachunkami i przepisami prawa.

UZASADNIENIE

I. Przebieg Postępowania

- (1) Zamawiający w dniu 26.08.2022 r. opublikował ogłoszenie o Zamówieniu nr 2022/BZP 00321177/01 (znak Zamawiającego: ZBiLK.DZP.JK.171-52-TP/22).

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (2) Kryteriami oceny ofert zgodnie z rozdziałem XXIX SWZ ustalono cenę (85% wagi) oraz Wysokość kar umownych za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy (15% wagi).

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym ogłoszenie o zamówieniu i SWZ (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (3) Zgodnie z rozdziałem XIII (Opis przedmiotu zamówienia) SWZ: „2. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje, w szczególności: (...) g) wyrównanie terenu prac rozbiórkowych”. W kolejnych punktach tego rozdziału stwierdza się, że:

„3. Podstawę wykonania przedmiotu zamówienia stanowi:

- a) Projekt budowlany rozbiórki budynku,
- b) Projekt wykonawczy rozbiórki,
- c) Przedmiar robót,
- d) Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót,
- e) Decyzja o udzieleniu pozwolenia na rozbiórkę,
- f) Decyzja w sprawie usunięcia trzech drzew z terenu działki ewidencyjnej nr 14/6 obręb 3020 przy ul. Ofiar Grudnia 1970 r. w Szczecinie.
- g) SWZ”

Nadto, stosownie do pkt 7.4 (str. 31) Projektu budowlanego: „7.4 Zasypanie powstałej niecki, wyrównanie terenu oraz obsianie trawą.

Po skuciu posadzki przestrzeń piwniczną zasypać przekruszonym gruzem lub kruszywem łamanym z zagęszczeniem o frakcji 0-63mm. Po zakończeniu robót cały teren wyrównać warstwą ziemi rodzimej o grubości 0,10m. Całość humusować gr. 10cm i obsiać trawą do uzyskania jednolitej płaszczyzny w spadku wg rzędnych nawiązujących do istniejących spadków otaczającego terenu.” Jak zatem z powyższego wynika do zasypania przestrzeni powstałej po wyburzonym podpiwniczeniu użyć można zarówno przekruszu pochodzącego z terenu budowy, jak i materiału przywiezionego na teren budowy. Jednak dla użycia przekruszu pochodzącego z terenu budowy konieczne będzie przekruszenie materiału robórkowego do frakcji 0 – 63 mm, do czego konieczne jest użycie odpowiedniej maszyny.

Nadto, w pozycji nr 21 przedmiaru wskazano, Zamawiający określa wielkość niecki do zasypania na ponad 5000 m³ (5.220,641 m³), przy czym suma wszystkich elementów do wyburzenia nie przekracza 2000 m³:

21 d.1	KNR 2-01 0230-01 analogia	Zasyp powstałej niecki przy pomocy prze kruszonego gruzu lub kruszywem łamanym.	m3		
		(3,4 + 4,15) * 17,9 / 2 * 65,75	m3	4 442,892	
		3,3 * 2,7 * 66	m3	588,060	
		2,3 * 1,2 * 66	m3	182,160	
		0,42 * 0,3 * 66,66 * 2	m3	16,798	
		0,42 * 0,3 * 14,78 * 2	m3	3,725	
		0,28 * 0,3 * 69,5	m3	5,838	
		0,28 * 0,3 * 71,4	m3	5,998	
		- 0,28 * 14,78 * 3 * 2	m3	-24,830	
				RAZEM	5 220,641

W tej sytuacji oczywistym pozostaje, że do zasypania niecki, oprócz wykorzystania przekruszu pochodzącego z rozbiórki konieczne będzie wykorzystanie przekruszu spoza terenu budowy. Trzeba go zatem pozyskać (zakupić), przetransportować na teren budowy, rozplantować po terenie budowy.

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym SWZ (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (4) W toku postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający dwukrotnie przedłożył wyjaśnienia treści SWZ z dnia 30.08.2022 r. oraz 06.09.2022 r., które nie mają jednak znaczenia dla czynności badania i oceny ofert w zakresie objętym odwołaniem (a zatem i dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego).

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym pismo Zamawiającego z dnia 30.08.2022 r. oraz 06.09.2022 r. (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (5) Oferty złożyło 7. wykonawców. Zgodnie z przyjętymi kryteriami oceny ofert, najwyżej ocenioną ofertę złożył Konkurent (cena brutto 330.970,00 zł, wysokość kary umownej: „400,00 złotych”). Z postępowania odrzucono Wykonawców, którzy złożyli oferty nr 5 i 8, opiewające odpowiednio na: 5. HEX GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Balicka 100, 30-164 Kraków (cena brutto 330.970,00 zł, wysokość kary umownej: „400,00 złotych”) oraz 8. ENERGOKON-PLUS Spółka z

ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Mierosławskiego 3, 41-200 Sosnowiec (cena brutto 330.970,00 zł, wysokość kary umownej: „400,00 złotych”).

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym złożone oferty (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (6) Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie Zamówienia kwotę 610.333,47 zł brutto.

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym pismo Zamawiającego z dnia 13 września 2022 r. (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (7) Wobec powyższego Zamawiający na podstawie domniemania zaoferowania rażąco niskiej ceny w kilku ofertach z najniższą ceną, na zasadach art. 224 ust. 1 ustawy PZP zwrócił się do niektórych wykonawców (przez złożenie wezwań do Konkurenta, Odwołującego, a nadto co najmniej do wykonawców: HEX GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz ENERGOKON-PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością) o udzielenie wyjaśnień, wskazując, że: „Działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), w związku z tym, że cena Państwa oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający żąda od Wykonawcy wyjaśnień, w tym **złożenia dowodów** w zakresie wyliczenia ceny oferty”. Następnie Zamawiający doprecyzował, że: „W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie, czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, w tym w projektowanych postanowieniach umowy, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.” i opisał przykładowy katalog zakresu żądanych wyjaśnień oraz w dalszej treści pisma zaznaczył, że: „Wyjaśnienia winny być poparte **jednoznacznymi dowodami**, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Przedłożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty. (...) Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy. Zamawiający informuje, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a podstawę do odrzucenia stanowi art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.”

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym pismo Zamawiającego z dnia 13.09.2022 r. w sprawie wezwania do złożenia wyjaśnień, kierowane do Odwołującego, a także kierowane do pozostałych, wskazanych wyżej wykonawców (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (8) W wyniku powyższego Odwołujący złożył kompleksowe wyjaśnienia pismem z dnia 19.09.2022 r., do których załączono dowody w postaci ofert cenowych podmiotów, z których usług zamierza korzystać przy wykonywaniu przedmiotu zamówienia.

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym pismo Odwołującego z dnia 19.09.2022 r. (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (9) Konkurent zaś złożył wyjaśnienia w tym zakresie pismem z dnia 19.09.2022 r. Analiza treści tego pisma zawarta jest w części II Fakty uzasadniające odwołanie.

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym pismo Konkurenta z dnia 19.09.2022 r. (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (10) W dniu 28.09.2022 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert wykonawców HEX GROUP Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz ENERGOKON-PLUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy.

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym pisma Zamawiającego z dnia 28.09.2022 r. (do dostarczenia przez Zamawiającego).

- (11) W dniu 28.09.2022 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty KOBUD, która uzyskała 100 punktów (85 pkt w kryterium cena, 15 pkt w kryterium wysokość kar umownych za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy). Na drugiej pozycji w klasyfikacji punktowej został ujęty Odwołujący, którego oferta uzyskała 81,11 pkt (66,11 w kryterium cena, 15 pkt w kryterium wysokość kar umownych za każdy dzień zwłoki w wykonaniu przedmiotu umowy).

Dowód: dokumentacja postępowania, w tym pisma Zamawiającego z dnia 28.09.2022 r. (do dostarczenia przez Zamawiającego).

II. Fakty uzasadniające odwołanie

A. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty Konkurenta podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu Zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy PZP), co wynika z treści wyjaśnień złożonych przez Konkurenta (art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP) wobec wezwania go przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, które to wyjaśnienia nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a wręcz wynika z nich, że Konkurent potwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. w efekcie przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

- (12) Konkurent w swoim piśmie z dnia 19.09.2022 r. (tj. mającym na celu obalenie zarzucanego domniemania rażąco niskiej ceny jego oferty) nie udzielił wystarczających, wiarygodnych, weryfikowalnych, wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny swojej oferty. Nie mógł zatem podźwignąć ciężaru udowodnienia, że jego cena nie jest rażąco niska.
- (13) Złożone wyjaśnienia mają charakter ogólnikowy i uniwersalny. W celu zaś przedstawienia kalkulacji elementów wyceny Konkurent oświadcza: „W dalszej części niniejszych wyjaśnień przedstawiamy tabelę z kalkulacją sporządzoną na podstawie przedmiaru dostarczonego przez Zamawiającego, skorygowanego o przyjętą technologię, własne obmiary i wyliczenia na podstawie wizji lokalnej.”
- (14) W dalszej treści wyjaśnień Konkurent zwraca uwagę na ponoszone, następujące koszty: „W związku z długoletnią działalnością związaną z pracami rozbiórkowymi i znajomością rynku, przeprowadziliśmy z uprawnionymi podmiotami, z którymi współpracowaliśmy, wstępne negocjacje kosztów transportu i przyjęcia odpadów nie nadających się do odzysku. Zostały nam przedstawione bardzo korzystne stawki za transport i utylizację odpadów porozbiórkowych, na dowód czego przedstawiamy w załączeniu stosowne dokumenty.”, czy też: „Jak już wyżej wspomniano, w ofercie założyliśmy maksymalną mechanizację procesu rozbiórki.” ale **w złożonych wyjaśnieniach pomija:**

- a. konieczność wykorzystania i koszt wykorzystania do przekruszenia betonu odpowiedniego urządzenia, tj. kruszarki szczelinowej, dzięki której możliwe będzie skruszenie betonu do zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia frakcji 0 – 63 mm. Użycie opisanej przez Konkurenta szczęki kruszarskiej nie pozwala na osiągnięcie jakiegokolwiek normowej frakcji. Jest to urządzenie służące do innych celów niż kruszenie betonu do zadanej wielkości frakcji.
 - b. koszt zakupu kruszywa, który trzeba pozyskać spoza terenu budowy,
 - c. koszt transportu kruszywa na teren budowy,
 - d. koszt rozplantowania kruszywa po terenie niecki,
 - e. koszt zakupu i dowozu odpowiedniej ilości ziemi i humusu – podana przez Konkurenta ilość jest dwukrotnie zaniżona.
- (15) Niewykazane pozostają zatem twierdzenia Konkurenta co do faktycznych kosztów realizacji zamówienia, kosztów korzystania z posiadanego sprzętu, i innych. W szczególności nie wykazano na czym ma polegać przewaga konkurencyjna Konkurenta.
- (16) Co jednak istotne z wyjaśnień wynika wprost, że są one bardzo ogólnikowe i nie dają się zweryfikować. Wyjaśnienia podobnej treści można byłoby złożyć do większości zamówień na roboty rozbiórkowe, o które ubiegają się konkurujący ze sobą wykonawcy.
- (17) Co ważne wyjaśnienia pozbawione są jakichkolwiek dowodów.
- (18) Zauważyć też należy, iż wyjaśnienia Konkurenta nie odnoszą się do żądanego w wezwaniu Zamawiającego wyszczególnienia kompleksowych kosztów, skoro istotna część kosztów (opisane w pkt 14 – powyżej) została pominięta. W tym zakresie wyliczenia są bardzo ogólne i nie dają się zweryfikować.
- (19) Tak złożone wyjaśnienia nie mogą obalić domniemania, że podana cena jest rażąco niska.
- (20) W konsekwencji Odwołujący podnosi, że Konkurent złożył ofertę, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1) ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który sprzedaje swoje usługi poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia utrudnia w ten sposób innym wykonawcom dostęp do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

B. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór oferty KOBUD podlegającej odrzuceniu z powodu niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia określonymi treścią SWZ z załącznikami i wyjaśnieniami, co wynika z treści wyjaśnień Konkurenta z dnia 19 września 2022 r., w których wskazano wprost, iż Konkurent nie ujął w zakresie swojego świadczenia ofertowego całości spoczywających na nim obowiązków co do zakresu świadczenia opisanego w SWZ, tj. w efekcie przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

- (21) Z wyjaśnień Konkurenta wprost wynika, że w ofercie tego wykonawcy nie ujęto wszystkich obowiązków umownych spoczywających na wykonawcy i wynikających z opisu przedmiotu zamówienia.
- (22) Wystarczy proste zestawienie postanowień SWZ z załącznikami z treścią wyjaśnień złożonych przez Odwołującego i treści wyjaśnień złożonych przez Konkurenta, aby ustalić, że oferta ta nie obejmuje wykonania, np.: użycia kruszarki szczelinowej celem przekruszenia materiału pochodzącego z rozbiórki do frakcji 0 – 63 mm, kosztów zakupu, transportu, rozplantowania i dowiezionego kruszywa i odpowiedniej ilości ziemi i humusu.
- (23) Wyjaśnienia potwierdzają zatem, że oferta nie obejmuje całości zamówienia.
- (24) Do wyjaśnień nie załączono żadnych dowodów.
- (25) Powyższe – sprzeczne z przepisami ustawy PZP – działania i zaniechania Zamawiającego jednocześnie stanowią o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający bowiem przez to, że zaniechał odrzucenia oferty Konkurenta (co nakazują przepisy PZP) uniemożliwił udzielenia Zamówienia innym wykonawcom, których oferty – jako zgodne z SWZ – nie podlegają odrzuceniu, a w szczególności Odwołującemu.

III. Argumentacja uzasadniająca odwołanie

A. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty KOBUD podlegającej odrzuceniu z powodu zaoferowania w tej ofercie ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu Zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 8)

ustawy PZP), co wynika z treści wyjaśnień złożonych przez Konkurenta (art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP) wobec wezwania go przez Zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, które to wyjaśnienia nie obaliły domniemania, że zaoferowano rażąco niską cenę, a wręcz wynika z nich, że Konkurent potwierdził, że jego oferta nie zawiera rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. w efekcie przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

- (26) W pierwszej kolejności zaznaczyć należy, iż zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP to wykonawca ma obowiązek podźwignięcia ciężaru udowodnienia, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. Również w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na:
- 1) wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego;
 - 2) zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania (patrz Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, publ. LEX/el. 2020).
- (27) **W kontekście niniejszej sprawy oznacza to, że ciężar dowodu, że oferta Konkurenta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Zamawiającym.**
- (28) Zgodnie z jednolitym poglądem orzecznictwa odpowiedź wykonawcy na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP nie może być lakoniczna i powierzchowna, aby można ją było potraktować jako wyczerpującą i rozwiewającą wątpliwości. Złożenie wyjaśnień, które nie wyjaśniają wątpliwości co do rynkowego charakteru ceny oferty winno skutkować odrzuceniem oferty.
- (29) Powyższe poglądy uzasadnia choćby niniejszy fragment wyroku Krajowej Izby Odwoławczej: „Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny swojej oferty zobowiązany jest do złożenia **wyjaśnień szczegółowych, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że cena złożonej przez niego oferty nie jest rażąco niska.** (...). Zgodnie bowiem z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa złożenie wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 p.z.p.” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13.10.2014 r., KIO 2031/14, publ. LEX nr 1565729).

- (30) Jednocześnie zaznaczyć należy, iż do wyjaśnień złożonych w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP wykonawca powinien przedłożyć wszystkie stosowne **dowody** potwierdzające wyjaśnienia. Brak wykonania powyższego stanowi o tym, że wyjaśnienia są gołosłowne i – jako takie – powinny skutkować odrzuceniem oferty, której dotyczą.
- (31) Potwierdzenie powyższego stanowi choćby fragment uzasadnienia następującego wyroku KIO „*Przedstawione przez wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnienia i dowody podlegają więc ocenie zamawiającego, który następnie dokonuje odpowiednich czynności, tj. przyjmuje bądź odrzuca ofertę. **Stąd też istotnym jest, aby wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przedstawił zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące zaoferowanej ceny, w tym informacje na temat kalkulacji ceny, uwarunkowania, w jakich ta kalkulacja była dokonana, szczególne przesłanki warunkujące przyjęty sposób kalkulacji, a także inne istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Podkreślić przy tym należy, że informacje, o których mowa, zamawiający uzyskuje od wykonawcy, do którego kierowane jest wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie natomiast z treścią art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Skoro więc źródłem informacji są wyjaśnienia wykonawcy i to na nim spoczywa ciężar dowodu, powinien on zadbać o to aby przedstawione wyjaśnienia były rzetelne, pełne i wyczerpujące, a także aby nie były to wyjaśnienia gołosłowne, a co za tym idzie, wykonawca powinien też załączyć do wyjaśnień stosowne dowody.***” (wyrok KIO z dnia 24.11.2017 r., KIO 2380/17).
- (32) W świetle powyższego wyjaśnień Konkurenta nie można uznać za wykazujące to, że oferta tego wykonawcy nie zawiera rażąco niskiej ceny. **Wyjaśnienia te – jak już zaznaczono powyżej – są niepełne i niepotwierdzone dowodami pomimo tego, że Zamawiający w wezwaniu do złożenia wyjaśnień wyraźnie podkreślał obowiązek przedstawienia dowodów oraz to, że z wyjaśnień mają wynikać m.in. wszystkie elementy na podstawie których została obliczona cena ofert w szczególności w zakresie wyliczenia wartości przedstawionej oferty cenowej.**

- (33) **Jako takie wyjaśnienia te nie powinny być uznane przez Zamawiającego za wykazujące to, że oferta Konkurenta nie zawierać rażąco niskiej ceny.**
- (34) Z daleko posuniętej ostrożności wskazuję, iż wobec ogólnikowej treści wyjaśnień Konkurenta niemożliwe było ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień. Jak bowiem powszechnie przyjęto (patrz Nowicki Józef Edmund, Kolecki Mikołaj, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. IV, publ. WKP 2019) zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy.
- (35) Powyższe potwierdzono również w orzecznictwie KIO, gdzie zwrócono uwagę na to, że *„Zamawiający nie może wzywać jednak wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć. W orzecznictwie wskazuje się, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny może dotyczyć wykonawcy, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który uchyla się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawia wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy”* (wyrok KIO z dnia 13.10.2014 r., KIO 2025/14, publ. LEX nr 1565723, jak również wyrok KIO z dnia 24.11.2017 r., KIO 2380/17).
- (36) Przechodząc zaś do kwestii **naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1) Ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wybór oferty Konkurenta** podnoszę, że bez wątpienia mamy w tym przypadku do czynienia z tzw. dumpingiem, tj. świadczeniem usług budowlanych poniżej kosztów ich wytworzenia. Jak jednak w jednym ze swoich wyroków podnosi Krajowa Izba Odwoławcza: „Nawet jeśli kwestionowane zachowanie Odwołującego nie mieści się w hipotezie żadnego z wyspecyfikowanych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji artykułów (5-17), powstaje uzasadnienie dla jego oceny w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. W myśl art. 3 ust. 1 ww. ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.” – tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 05 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2067/13).

- (37) Orzeczenia wskazujące na istnienie podanej wyżej linii orzeczniczej można wymieniać licznie. Kolejno wyraźnego podkreślenia wymaga, iż wyrażony przez KIO pogląd w wyroku z dnia 05 września 2013 r. (sygn. akt: KIO 2067/13) o możliwości zakwalifikowania określonego działania jako czynu nieuczciwej konkurencji określonego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji pomimo, że działanie takie nie wypełnia wprost przesłanek żadnego ze stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, o których mowa w art. 5-17 ww. ustawy jest poglądem utrwalonym i bezspornym. Na powyższe wskazuje treść m.in. następujących orzeczeń: wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2011 r., sygn. KIO 640/11, publ. SIP LEGALIS, zgodnie z którym: *„Jeżeli działania wykonawcy nie da się wprost przyporządkować stypizowanym zachowaniom, określonym w przepisach art. 5-17 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.), jako jeden z czynów wprost wymienionych, to działania te powinny zostać poddane ocenie w świetle unormowań art. 3 ust. 1 ustawy określającego uniwersalną postać czynu nieuczciwej konkurencji. Należy bowiem pamiętać, że wymieniona ustawa nie zawiera zamkniętego katalogu w tym zakresie.”* oraz wyrok KIO z dnia 22 października 2014 r., sygn. KIO 2046/14, publ. www.SzuKIO.pl, zgodnie z którym: *„Takie działanie, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu SN z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. W zakresie subsumpcji czynu, którego dopuścili się przystępujący do zastanych norm prawnych powołanej ustawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy, a zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziściły się przesłanki i klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia*

czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok SN z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).”

B. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP poprzez wybór oferty KOBUD podlegającej odrzuceniu z powodu niezgodności tej oferty z warunkami zamówienia określonymi treścią SWZ z załącznikami i wyjaśnieniami, co wynika z treści wyjaśnień Konkurenta z dnia 19 września 2022 r., w których wskazano wprost, iż Konkurent nie ujął w zakresie swojego świadczenia ofertowego całości spoczywających na nim obowiązków co do zakresu świadczenia opisanego w SWZ, tj. w efekcie przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

- (38) Rozwijając podaną wyżej argumentację merytoryczną zaznaczyć przy tym należy, że informacje uzyskane od wykonawców w drodze wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny mogą również służyć ocenie zgodności oferty z SWZ. Potwierdza to choćby wyrok KIO z dnia 15.04.2019 r., KIO 522/19, publ. LEX nr 2682268, w którym wskazano: *„Nie można zgodzić się ze stanowiskiem, że informacje uzyskane od wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie mogą służyć ocenie zgodności oferty z SIWZ. Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia. Skoro wykonawca składa wyjaśnienia dotyczące wyceny materiałów, to uznać należy, że wycena materiałów niezgodnych z specyfikacją techniczną zawartą w SIWZ powoduje jednocześnie niezgodność oferty z SIWZ, o jakiej ustawodawca mówi w art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”.*
- (39) Zasada zachowania uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 ust. 1 ustawy PZP oznacza zakaz podejmowania przez zamawiającego działań, które ograniczałyby w jakikolwiek sposób prawo rozpatrzenia oferty danej grupy wykonawców na takich samych zasadach, jak oferty innych wykonawców. Podobny cel służy zasadzie równego traktowania wykonawców, której egzemplifikację stanowi wymóg jednakowego traktowania ich w takich samych okolicznościach (i odpowiednio różnego traktowania wykonawców w różnych okolicznościach).
- (40) Tymczasem w wyniku zaniechań Zamawiającego w Postępowaniu w postaci zaniechania odrzucenia ofert Konkurenta (co nakazują przepisy ustawy PZP),

Zamawiający uniemożliwił udzielenia Zamówienia innemu wykonawcy, którego oferta nie podlega odrzuceniu, tj. Odwołującemu.

IV. Kwestie formalne i końcowe

- (41) **Odwołujący wyjaśnia, że w jego ocenie interes prawny w uzyskaniu Zamówienia jest w niniejszej sprawie niewątpliwy i na wypadek uprawnomocnienia się kwestionowanej czynności Zamawiającego naruszenie prawa związane z tą czynnością naraża Odwołującego na szkodę. Oferta Odwołującego w przypadku uwzględnienia odwołania zostanie bowiem najwyżej oceniona i w takim przypadku Zamówienie zostanie udzielone Odwołującemu, co stanowić będzie jego szkodę.**
- (42) W sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy PZP. Zamawiający jest podmiotem obowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych z mocy art. 4 ustawy PZP.
- (43) Odwołanie nie zostało wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie PZP. Przesłanie informacji o czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konkurenta nastąpiło w dniu 28 września 2022 r. Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie w formie pisemnej w postaci elektronicznej, poprzez jego doręczenie bezpośrednio w formie elektronicznej na skrzynkę podawczą Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie w dniu 3 października 2022 r.
- (44) Odwołujący nie korzystał wcześniej ze środków ochrony prawnej w postępowaniu o udzielenie Zamówienia po terminie składania ofert, od których byłoby możliwe wydanie rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą.
- (45) Odwołującemu nie jest wiadome, aby uczestnicy postępowania o udzielenie Zamówienia wnosili wcześniej środki ochrony prawnej w przedmiotowym zakresie.
- (46) W dniu 3 października 2022 r. Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie w formie pisemnej, w postaci elektronicznej, poprzez jego doręczenie w formie elektronicznej bezpośrednio na skrzynkę Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie. W tym samym dniu Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z wszelkimi wymaganymi załącznikami Zamawiającemu (dowód przekazania w załączeniu niniejszego odwołania).
- (47) **Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego nie zachodzą przesłanki odrzucenia niniejszego odwołania na podstawie art. 528 PZP.**

Z powyższych względów, wnoszę jak w *petitum*.

Załączniki:

1. pełnomocnictwo;
2. dowód uiszczenia opłaty skarbowej od udzielonego pełnomocnictwa;
3. odpis z KRS Odwołującego (x 2);
4. dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
5. dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.