

WYROK
z dnia 17 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2019 r. przez wykonawcę – **INŻBUD TT Sp. z o.o.** z siedzibą w Rybniku przy ul. Jerzego Giedroycia 8 (44-200 Rybnik) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Miasto Rybnik** z siedzibą w Rybniku przy ul. Bolesława Chrobrego 2 (44-200 Rybnik),

przy udziale wykonawcy – **Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o.** z siedzibą w Gierałtowicach przy ul. Ks. Roboty 80 (44-186 Gierałtowice), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę – **INŻBUD TT Sp. z o.o.** z siedzibą w Rybniku i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INŻBUD TT Sp. z o.o.** z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy – **INŻBUD TT Sp. z o.o.** z siedzibą w Rybniku na rzecz zamawiającego – **Miasta Rybnik** kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Rybnik zwane dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp” na *przebudowę ulicy Rudzkiej na odcinku od budynku nr 141 do ulicy Piastowskiej w Rybniku (etap II)*, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 października 2019 r., pod numerem 611841-N-2019.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 30 grudnia 2019 r. wykonawca INŻBUD TT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę Auto Trans Asfalty Sp. z o. o. z siedzibą w Gierałtowicach.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

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 (zwanej dalej: „SIWZ”), bowiem wskazany przez wykonawcę Auto Trans Asfalty sp. z o.o. podmiot, który będzie pełnić funkcję kierownika budowy do obsługi inwestycji w osobie pana L. P., mimo iż cechuje się wymaganym doświadczeniem i wiedzą specjalistyczną w obszarach o jakich mowa w treści SIWZ, nie będzie w stanie w sposób kompleksowy zapewnić obsługi i nadzoru przedmiotowej inwestycji 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 L. P. jest obecnie inżynierem rezydentem pracującym dla DTŚ S.A. 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 r., 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 nieodrzuconie 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. art. 26 ust. 2 Pzp przez 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. art. 91 ust 1 Pzp przez 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 SIWZ 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 SIWZ.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł 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 SIWZ w postępowaniu;
- 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 L. P. na okoliczność pełnienia funkcji inżyniera rezydenta dla DTŚ S.A. w ramach inwestycji on.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień – Rabka” realizowanej 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.pi/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. 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 L. P. 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 H. R., 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 L. P. pełni funkcję inżyniera rezydenta, (ii) obowiązków pełnionych w ramach ww. kontraktu przez pana L. P., 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. pana P. J. 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 D. C. na okoliczność (i) braku posiadania przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. miejsca składowania i utylizowania odpadów budowlanych jakie powstaną w ramach Zadania Inwestycyjnego (ii) braku posiadania przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. 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. pod pozycjami:

- Pozycja 34 i 35 - *Wywiezienie gruzu z terenu rozbiórki przy mechanicznym załadunku i wyładunku. Transport samochodem wyładowczym 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 grudnia 2019 r. kierowanej ze spółki SEGO Sp. z o.o. 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 przetwarzanie i zbieranie odpadów;

10) nakazanie zamawiającemu przedstawienia wyjaśnień wykonawcy Auto Trans Asfalty sp. z o.o., z których będzie wynikać, iż pan L. P. 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 L. P. 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.

Jeśli chodzi o interes do wniesienia odwołania odwołujący wskazał, że w przypadku prawidłowego zastosowania przepisów Pzp przez zamawiającego nie doszłoby do naruszenia istotnych zasad udzielania zamówień publicznych, mogących mieć wpływ na wynik postępowania. Odwołujący wyjaśnił w tym zakresie, że wówczas z wysokim stopniem prawdopodobieństwa, graniczącym z pewnością może mieć szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Jego zdaniem zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej

oferty w sposób wadliwy z naruszeniem kardynalnych zasad Pzp w tym również zasady równego traktowania wykonawców czym wyrządził mu szkodę. Wyjaśnił, że w wyniku dokonanych czynności badania i oceny ofert, w tym szczególnie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Auto Trans Asfalty sp. z o.o., 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, również na etapie przed rozstrzygnięciem zamówienia publicznego przez zamawiającego, komunikował w sposób wyraźny składając uwagi w trakcie procesu przetargowego.

Odnośnie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp odwołujący wyjaśnił, że na podstawie tego pierwszego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, 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, zaoferowanym 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 podniósł, 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 L. P., który cechuje się wymaganym doświadczeniem i wiedzą specjalistyczną w obszarach, których dotyczy zadanie inwestycyjne. W tym miejscu odwołujący wyraźnie podkreślił, iż pan L. P., mimo iż jest z pewnością specjalistą w swojej dziedzinie, nie będzie jednak 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)". Dalej odwołujący wskazał, że 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 L. P. nie będzie w stanie 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 L. P. jest inżynierem rezydentem pracującym dla DTŚ S.A. w ramach inwestycji pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień - Rabka” realizowanej dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Kraków. W związku z pełnioną funkcją rezydenta pan L. P. 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 odwołujący uznał, 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 decyzją o odrzuceniu oferty. Jest to bowiem niezgodność materialna, a tylko taka skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. 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 równoległe w ramach ww. zadań przez pana L. P. 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 zwrócił również 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 L. P. . Jak wynika z oświadczenia pan L. P. 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 -1L05.2018 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 L. P. 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 L. P. funkcji kierownika budowy na inwestycjach wskazanych w ofercie przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o.

Jeśli chodzi o zarzut rażąco niskiej ceny (kosztu oferty) tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, art. 26 ust. 2 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp odwołujący wyjaśnił, że 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. Odwołujący zwrócił 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 zwrócił uwagę, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu obciąża wykonawcę (art. 90 ust. 2 Pzp). Ponadto 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.

Odwołujący wyjaśnił, że 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 czerwca 2019 r., sygn. akt 1050/19).

Odwołujący zwrócił uwagę na dostrzeżone przez niego ewidentne dysproporcje kwotowe, które w żaden sposób nie korelują ze stawkami rynkowymi będąc znacznie poniżej ich dolnego pułapu. Zasadnicze rozbieżności dostrzec można – w ocenie odwołującego – 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 wyładowczym 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/m³, 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 $R_m=2,5$ 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

odwołujący zwrócił 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/m². Jego zdaniem 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 odwołującego 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 „wysłać” na składowisko firmy KOMART sp. z o.o. do Knurowa, przy czym jak wynika z oferty na stronie www (<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., czego dowodem jest przedłożone przez odwołującego ofertowanie za pośrednictwem wiadomości elektronicznej z dnia 30 grudnia 2019 r., załączone do odwołania. Dodatkowo jak wynika z treści SIWZ „destrukcja 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. jest zdaniem odwołującego 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 R. Z. 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 SIWZ. Takie działanie ma bowiem wpływ na zachwianie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający w opinii odwołującego 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.

Zdaniem odwołującego wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 i 1 a 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 odstępiania 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 gołosłownych 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 stycznia 2019 r. 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 przekonujących 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 20 kwietnia 2017 r., sygn. akt 681/17).

Odwołujący stwierdził, że 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 7 czerwca 2016 r. sygn. akt 846/16). W ocenie odwołującego ofercie złożonej przez Auto Trans Asfalty sp. z o.o. brak jest wskazania rzeczywistych kosztów pracy personelu tej spółki. Odwołujący zwrócił uwagę, że 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 2 maja 2019 r. sygn. akt C-309/19).

W ocenie odwołującego 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 nieoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, (tak Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 14 maja 2019 r., sygn. akt KIO 747/19).

W zakresie zarzutu złożenia oferty jako czynu nieuczciwej konkurencji odwołujący wyjaśnił, że 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 (zwanych dalej: „ZNKU”). 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

współzycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą.

Odwołujący zwrócił uwagę, że 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. Jak wskazał, odwołujący „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). Dalej odwołujący stwierdził, że Krajowa Izba Odwoławcza słusznie w wyroku z 14 stycznia 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 6 marca 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 słusznym 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.

Zdaniem odwołującego Auto Trans Asfalty sp. z o.o. z pewnością 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 tak skalkulowana, aby

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 28 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1123/17).

Dodatkowo odwołujący wskazał, iż wskazanie jako kierownika kontraktu pana L. P., który z oczywistych względów opisanych wyżej nie może pełnić funkcji kierownika budowy w ramach zadania inwestycyjnego jest czynem kwalifikowanym, 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.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca – Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. z siedzibą w Gierałtowicach.

Zgłaszający przystąpienie w dniu 15 grudnia 2020 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do tego pisma oraz oddalenie wniosków dowodowych w zakresie przesłuchania świadków złożonych przez odwołującego. Do ww. pisma załączył przywołane w nim dokumenty. Na posiedzeniu niejawnym przekazał odpisy pisma wraz z załącznikami odwołującemu oraz zamawiającemu.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 16 stycznia 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Do odpowiedzi na odwołanie załączył dokumenty, które wcześniej zostały wytworzone w trakcie postępowania przetargowego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz dowody załączone do pism procesowych jak i przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego jako uczestnika wykonawcę – Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. z siedzibą w Gierałtowicach zwanego dalej: „przystępującym”.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej w postaci papierowej, nadesłanej do akt sprawy w dniu 13 stycznia 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - wezwania z dnia 14 listopada 2019 r. skierowanego przez zamawiającego do przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 Pzp;
 - odpowiedzi przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 18 listopada 2019 r. wraz z załącznikami;
 - zastrzeżeń odwołującego z dnia 20 listopada 2019 r. wobec treści oferty złożonej przez przystępującego;
 - pisma z dnia 6 grudnia 2019 r. skierowanego przez zamawiającego do przystępującego, które zawierało wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp;
 - odpowiedzi przystępującego na powyższe wezwanie z dnia 10 grudnia 2019 r. wraz z załącznikami;

- informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 23 grudnia 2019 r.;
- 2) załączonej do odwołania wiadomości z poczty elektronicznej z dnia 30 listopada 2019 r. od spółki SEGO Sp. z o.o.;
- 3) załączonych do pisma procesowego przystępującego:
 - wykazu doświadczenia osoby wskazanej w załączniku nr 1 do tego pisma;
 - wydruku informacji z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej dla pana L. P.;
 - porównania zakwestionowanych w odwołaniu cen jednostkowych przystępującego i odwołującego w ujęciu jednostkowym i wartościowych;
 - pisma Laboratorium Drogowego LABOSEK z dnia 28 października 2019 r.;
 - umowy zawartej pomiędzy przystępującym a Z. W. prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą Z. W. Firma Handlowa „TRANSBUD-WULKAN”;
 - decyzji Prezydenta Miasta Rybnika z dnia 15 lutego 2016 r. sygn. Ek-I.6233.1.2016;
 - zanonimizowanych kopii umów o pracę;
- 4) złożonego na rozprawie przez odwołującego pliku dokumentów, na który składały się oferty różnych wykonawców, zawierające ceny za materiały używane przy robotach drogowych;
- 5) złożonej na rozprawie przez zamawiającego kopii pisma z Urzędu Miasta w Rudzie Śląskiej z dnia 14 stycznia 2020 r.

Izba odmówiła dopuszczenia i przeprowadzenia wnioskowanych przez odwołującego dowodów z przesłuchania świadków (pkt 3, 5, 6, 7 i 8 ze str. 3-4 odwołania).

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z zasadą rozkładu ciężaru dowodu wynikającą z art. 6 k.c. w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Odwołujący, który wnioskował o przeprowadzenie powyższych dowodów pozostał w materii dowodowej dość bierny (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia), skupiając się właściwie na dowodach z zeznań świadków. W postępowaniu odwoławczym przed Izba dowód z zeznań świadków może mieć oczywiście swoją wartość, niemniej mając na uwadze zasadę pisemności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, ekonomikę postępowania odwoławczego oraz okoliczność, że dowodzone fakty w zdecydowanej większości przypadków znajdują swoje odzwierciedlenie lub potwierdzenie w dokumentach to należy wskazać, że strona lub uczestnik powinny koncentrować się przy zbieraniu materiału dowodowego na tym, aby wykazywać swoje twierdzenia za pomocą dowodów mających formę pisemną. Dopuszczenie dowodów z zeznań świadków dotyczy raczej okoliczności, które powstają z niedających się wyjaśnić rozbieżności wynikających z

przedłożonych dokumentów lub których nie da się wywnioskować lub ustalić w inny sposób. W ocenie Izby takie okoliczności nie miały miejsca w przypadku wniosków odwołującego o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z zeznań świadków.

Ponadto Izba doszła do przekonania, że wszystkie okoliczności, na wykazanie których zostały zgłoszone ww. wnioski dowodowe okazały się niesporne pomiędzy stronami (dotyczy wniosków z pkt 3, 5, i 6 ze str. 3-4 odwołania) lub można było je ustalić na podstawie dokumentów, które znajdują się w aktach sprawy (dotyczy wniosków z pkt 3, 5, 6, 7 i 8 ze str. 3-4 odwołania).

W związku z tym Izba mając na uwadze treść art. 190 ust. 6 Pzp uznała, że fakty będące przedmiotem ww. wniosków dowodowych zostały stwierdzone innymi dowodami, a ich dopuszczenie i przeprowadzenie doprowadzi jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego.

Tym samym Izba stwierdziła, że zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwoli jej na merytoryczne rozpoznanie przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem XII SIWZ kryteriami oceny ofert w postępowaniu były: cena (waga 60%), termin wykonania robót budowlanych (waga 20%) oraz doświadczenie kierownika budowy (waga 20%). W ramach kryterium doświadczenie kierownika budowy można było otrzymać maksymalnie 20 pkt. Osoba wskazana przez wykonawcę w tym kryterium powinna posiadać uprawnienia budowlane w specjalności drogowej bez ograniczeń upoważniające do wykonywania samodzielnej funkcji kierownika budowy. Maksymalna liczba punktów w tym kryterium miała zostać przyznana za legitymowanie się doświadczeniem zawodowym w pełnieniu funkcji kierownika budowy w okresie ostatnich dziesięciu lat przed upływem terminu składania ofert, dla co najmniej czterech ukończonych robót budowlanych, każdej polegającej na budowie, przebudowie lub rozbudowie ulicy lub drogi publicznej o wartości minimum 4.500.000 zł obejmującej roboty w zakresie nawierzchni mineralno-bitumicznej wraz z kanalizacją deszczową lub odwodnieniem, oświetleniem ulicznym oraz przebudową urządzeń obcych. Pełnienie funkcji kierownika budowy przez osobę wykazującą doświadczenie musiało trwać od rozpoczęcia robót do wystawienia Świadectwa Przejęcia/ Protokołu Odbioru Końcowego (przez cały okres realizacji zadania).

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Cena podana przez przystępującego wynosiła 7 366 920,02 zł brutto. Odwołujący natomiast zaproponował cenę 9 360 000,00 zł brutto.

Przystępujący jako kierownika budowy wskazał w formularzu ofertowym pana L. P., który posiadał doświadczenie zdobyte w realizacji pięciu zadań.

Pismem z dnia 14 stycznia 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 90 ust. 1 do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty w postępowaniu mających wpływ na wysokości ceny oferty (cena złożonej oferty, była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2). Jednocześnie przystępujący został wezwany o złożenie wyjaśnień dotyczących pozycji kosztorysu ofertowego budzących wątpliwości w zakresie kompletności oferty i zapewnienia realizacji zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Wyjaśnienia zostały zastrzeżone przez przystępującego jako zawierające tajemnice przedsiębiorstwa.

W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego, przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 18 listopada 2019 r. Do przedmiotowego pisma załączył dowody dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Odwołujący pismem z dnia 20 listopada 2019 r. wniósł zastrzeżenia wobec treści oferty złożonej przez przystępującego. Zastrzeżenia dotyczyły: rażąco niskiej ceny (kosztu oferty), niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, złożenia oferty jako czyn nieuczciwej konkurencji oraz złej kondycji finansowej oferenta i podwykonawców.

Pismem z dnia 6 grudnia 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień i odniesienie się do informacji, że pan L. P. jest inżynierem rezydentem pracującym dla DTŚ S.A. w ramach inwestycji, pn. „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień-Rabka” realizowanego dla GDDKiA oddział Kraków. Wyjaśnienia miały na celu rozwianie wątpliwości czy osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika Budowy, jest w stanie zapewnić ciągłe kierowanie robotami budowlanymi oraz rozwiązywanie problemów pojawiających się na terenie budowy, a tym samym czy przystępujący spełnia wymaganie stawiane w SIWZ. Ponadto w przedmiotowym piśmie zamawiający poinformował przystępującego o odtajnieniu pisma z dnia 18 listopada 2019 r. stanowiącego wyjaśnienia dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Przystępujący w dniu 10 grudnia 2019 r. złożył odpowiedź do zamawiającego, zgodnie z którą przyznał, iż pan L. P. faktycznie jest inżynierem rezydentem pracującym na wskazanej inwestycji jednak planuje złożyć rezygnację z pełnionej funkcji o ile przystępujący uzyska zamówienie publiczne będące przedmiotem odwołania. Do odpowiedzi zostało dołączone oświadczenie pana L. P. (potwierdzone za zgodność z oryginałem - przez przystępującego) potwierdzające zawarte w piśmie wyjaśnienia.

W piśmie z dnia 23 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Za najkorzystniejszą została wybrana oferta przystępującego. W ramach kryterium doświadczenia kierownika budowy przystępujący otrzymał 20 pkt. Ponadto w przedmiotowym piśmie zamawiający odniósł się do zastrzeżeń odwołującego z dnia 20 listopada 2019 r.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- 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;*
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*
- art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia;*
- art. 26 ust. 2 Pzp – *Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1;*
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;*
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Izba zważyła co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba uznała za zasadne wskazanie, że argumentacja w zakresie uzasadnienia do podniesionych w odwołaniu zarzutów, została co do meritum powielona z argumentacją zawartą w piśmie odwołującego z dnia 20 listopada 2019 r. W odwołaniu nie ma żadnego odniesienia lub komentarza do czynności zamawiającego dotyczących wezwania przystępującego do wyjaśnień w zakresie osoby pana L. P. czy też rażąco niskiej ceny. Ponadto w odwołaniu nie ma odniesienia do wyjaśnień oraz dowodów złożonych przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwania zamawiającego. Odwołujący nie skomentował także stanowiska zamawiającego zawartego w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, które odnosiło się do zastrzeżeń odwołującego zawartych w piśmie z dnia 20 listopada 2019 r. Odwołujący dopiero na rozprawie odniósł się do ww. okoliczności jednak jego stanowisko nie mogło stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania, ponieważ w ocenie Izby nie znalazło potwierdzenia w zebranym materiale dowodowych, a sam odwołujący nie przedstawił dowodów, które mogłyby je potwierdzić.

Przechodząc do rozpoznania postawionych w odwołaniu zarzutów w pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który sprowadzał się do osoby pana L. P., mającego pełnić funkcje kierownika budowy na inwestycji.

Przystępujący nie kwestionował twierdzenia odwołującego, że pan L. P., który został wskazany przez niego do pełnienia funkcji kierownika budowy w zamówieniu będącym przedmiotem odwołania, pełnił w momencie rozpoznania odwołania funkcję inżyniera rezydenta w ramach inwestycji pn.: „Budowa drogi ekspresowej S7, odcinek Lubień — Rabka” realizowanej dla Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział Kraków przez spółkę DTŚ S.A. W tym zakresie przystępujący stanął na stanowisku, że okoliczność ta pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania oraz zadeklarował, iż pan L. P. będzie pełnił funkcję kierownika budowy w zamówieniu będącym przedmiotem odwołania.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem przystępującego, że okoliczność ta pozostała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia odwołania.

Po raz kolejny w ocenie Izby należy zwrócić uwagę na to, że ww. okoliczność była przedmiotem wyjaśnień przystępującego. Pismem z dnia 6 grudnia 2019 r. zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień – wskazując, że uzyskał informacje, iż pan L. P. jest chwili obecnej inżynierem rezydentem na innej inwestycji i w związku z tym mogą zachodzić wątpliwości, czy jest w stanie zapewnić ciągłe kierowanie robotami budowlanymi oraz rozwiązywanie problemów pojawiających się na terenie budowy. Przystępujący udzielił odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 9 grudnia 2019 r. i wyjaśnił, że pan L. P. *faktycznie w chwili obecnej jest inżynierem rezydentem pracującym na innej inwestycji. Dodał jednak, że z przyczyn osobistych, planuje on zrezygnować z pełnionej funkcji na rzecz pełnienia funkcji kierownika budowy na zamówieniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania oraz, że ze zrozumiałych względów nie chce składać rezygnacji z dotychczas pełnionej funkcji, do czasu, gdy nie będzie miał 100% pewności, że będzie mógł objąć następną funkcję.* To zaś może nastąpić dopiero w momencie, gdy przystępujący ostatecznie uzyska zamówienia publiczne, o które się ubiega oraz zawrze umowę z zamawiającym. Na potwierdzenie powyższego przystępujący przedstawił oświadczenie pana L. P. w tym zakresie.

Na tę okoliczność odwołujący na rozprawie nie przedstawił wyjaśnienia oraz dowodów, które mogły stanowić poparcie argumentacji podniesionej w odwołaniu. Odwołujący wskazał, że zamawiający w piśmie z dnia 6 grudnia 2019 r. wymagał szczegółowych informacji, natomiast odpowiedź przystępującego nie spełniała wymagań określonych przez zamawiającego. Zwrócił też uwagę, że podpis złożony pod oświadczeniem załączonym do wyjaśnień przystępującego jest nieczytelny, zatem nie można zidentyfikować osoby, która złożyła tę informację oraz, że umowa jaka łączy ww. osobę z DTŚ S.A. jest tak skonstruowana, iż nie pozwala łączyć funkcji inżyniera rezydenta z funkcjami na innych

inwestycjach, a także nie pozwoli w szybkim czasie na podjęcie obowiązków na inwestycji zamawiającego.

Izba uznała ww. twierdzenia odwołującego za gołosłowne. Odwołujący w żaden sposób ich nie uprawdopodobnił przez przedstawienie stosownych dowodów.

W przedmiotowej sprawie Izba w pełni podtrzymała stanowisko wynikające z przytoczonego przez przystępującego wyroku o sygn. z 11 stycznia 2018 r. o sygn. akt 2709/1, w którym wskazano, iż: *Należy też mieć na uwadze, że trudno bezwzględnie wymagać od wykonawców biorących udział w licznych postępowaniach przetargowych lub realizujących zadania w innym trybie, aby przystępując do składania ofert musieli już wtedy angażować personel dla każdego postępowania, wyłączając go z udziału w wykonywaniu innych zadań czy z innych postępowań przetargowych, nie mając jednocześnie wiedzy, czy w rzeczywistości będą określone zamówienie realizować oraz pewności co do terminu rozpoczęcia robót. Istotne jest, czy w przypadku uzyskania zamówienia personel wskazany w toku postępowania będzie dostępny na potrzeby realizacji danego zadania i czy wykonawca jest to w stanie wykazać w toku postępowania. O ile istnieje realna możliwość zapewnienia, że ten personel będzie mógł wykonywać zamówienie, o które wykonawca się ubiega, zamawiający powinien to uwzględnić oceniając potencjał wykonawcy.*

Tym samym Izba przyjęła za własne stanowisko przystępującego wskazujące, że argumentacja odwołującego nie wytrzymuje konfrontacji z zasadami doświadczenia życiowego oraz uznała, iż przystępujący wykazał dostępność ww. osoby na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Trudno wymagać od osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy składania już teraz rezygnacji z wcześniej pełnionej funkcji, skoro nie ma on żadnej pewności, czy przystępujący ostatecznie uzyska zamówienie publiczne, o które się ubiega, a w konsekwencji czy będzie w stanie zlecić mu pełnienie funkcji kierownika budowy. W takiej sytuacji wcześniejsze składanie rezygnacji z dotychczas pełnionej funkcji byłoby działaniem zbyt ryzykownym.

W kwestii stanowiska odwołującego jakoby niemożliwym byłoby, żeby pan L. P. w jednym czasie był kierownikiem budowy na dwóch inwestycjach wskazanych w formularzu ofertowym, tj.:

- budowy odcinka trasy N-S od ul. Bukowej do ul. Kokosz w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupasmowym;
- przebudowy ulicy Rudzkiej w Rybniku;

Izba za przystępującym stwierdziła, że przepisy nie zabraniają jednej osobie pełnić funkcji kierownika budowy na więcej niż jeden inwestycji. Ponadto zamawiający na rozprawie złożył dowód w postaci wydruku pisma jakie otrzymał za pomocą komunikacji elektronicznej z Urzędu Miasta Ruda Śląska, z którego wynikało, że pan L. P. pełnił funkcję kierownika budowy w całym okresie realizacji zadania inwestycyjnego pn.: „Budowa odcinka trasy N-S

od ul. Bukowej do ul. Kokosz w Rudzie Śląskiej wraz z węzłem dwupoziomowym” tj. od maja 2017 do września 2018 r. oraz, że obowiązki kierownika budowy wypełnił zgodnie z warunkami zawartej umowy oraz SIWZ. Jeśli chodzi o drugą wskazywaną powyżej inwestycję, tj. przebudowę ul. Rudzkiej w Rybniku zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że była to inwestycja, w której także był zamawiającym i nie stwierdził żadnych nieprawidłowości i zastrzeżeń co do wykonywania funkcji kierownika budowy. W związku z tym Izba uznała, że stanowisko odwołującego także w tej kwestii nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wobec powyższego Izba oddaliła podniesiony w odwołaniu zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny to należy wskazać – co umknęło odwołującemu przy prezentacji argumentacji zawartej w odwołaniu – że zamawiający pismem z dnia 14 listopada 2019 r. wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów złożonej oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty. Przystępujący odpowiedział na powyższe wezwanie pismem z dnia 18 listopada 2019 r. W złożonych wyjaśnieniach przystępujący wskazał na szereg sprzyjających warunków wykonania zamówienia (spośród których najistotniejszym było posiadanie własnej wytwórni mas bitumicznych), wskazał wysokość marży, jaką osiągnie w przypadku uzyskania zamówienia, wskazał wysokość kosztów osobowych, kosztów podwykonawców oraz załączył stosowne dowody w postaci:

- wykazu posiadanego sprzętu;
- wykazu pracowników fizycznych;
- certyfikatu zgodności zakładowej kontroli produkcji WMB;
- oferty robót elektrycznych i teletechnicznych – OBI COMPLEX R. Z.;
- oferty robót kanalizacyjnych i wodociągowych – PHU WIMAR.

Przystępujący w złożonych w dniu 19 listopada 2019 r. wyjaśnieniach jak i w piśmie procesowym wskazywał, że różnica w cenie, jaką zaoferował on oraz odwołujący w zakresie branży drogowej wynika przede wszystkim z faktu, że przystępujący posiada własną wytwórnię mas bitumicznych oraz brygady i sprzęt do wykonywania nawierzchni bitumicznych. Tymczasem – jak zwrócił uwagę przystępujący – odwołujący nie posiada własnej wytwórni mas bitumicznych, brygady oraz sprzętu i w złożonej ofercie zadeklarował, że w tym zakresie zaangażuje podwykonawcę. Odwołujący nie odniósł się do tej argumentacji.

Na aprobatę zasługiwały też argumenty przystępującego, który wskazał, że odwołujący zwrócił uwagę, iż jego zdaniem oferta przystępującego jest nierealna i nie koreluje ze stawkami rynkowymi w zakresie następujących pozycji branży drogowej: 34, 35, 40, 41, 42 oraz 43. Tymczasem z porównania ze sobą ofert złożonych przez odwołującego oraz

przystępującego wynikało, że spośród sześciu wskazanych przez odwołującego pozycji, w których cena przystępującego rzekomo rażąco odbiegała od cen rynkowych, aż w pięciu przypadkach odwołujący zaoferował cenę niższą niż przystępujący.

Ponadto jak wskazano powyżej do okoliczności związanych z wezwaniem przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jak i samych wyjaśnień wraz z dowodami, odwołujący odniósł się dopiero na rozprawie. W tym zakresie podkreślał wysokość ceny materiałów niezbędnych do zrealizowania zamówienia i na tę okoliczność złożył dowód w postaci wydruku ofert różnych wykonawców, mających potwierdzać ceny za materiały używane przy robotach drogowych, ceny sprzętu jaką wskazał przystępujący, kosztów pracowniczych oraz zysku. Zwrócił uwagę, że cena wskazana przez niego w pozycji nr 34 kosztorysu dotyczącego branży drogowej dla tego jest niższa od ceny przystępującego, ponieważ odwołujący posiada pozwolenie na składowanie odpadów. Natomiast jeśli chodzi o pozycje 40-43 w podanej przez niego kalkulacji dotyczącej branży drogowej odwołujący wyjaśnił, że różnica ceny w tych pozycjach wobec ceny przystępującego wynika z tego, że posiada własne stabilizatory i rozsyrywacze. Zwrócił także uwagę, że podmiot odbierający odpady wskazany przez przystępującego w jego piśmie procesowym powinien być wskazany w formularzu ofertowym jako podwykonawca oraz jego usługi także mają wpływ na cenę oferty.

Powyżej wskazane twierdzenia odwołującego nie znalazły oparcia w zgromadzonym przez Izbę materiale dowodowym. Jedyne dowody jakie złożył odwołujący na potwierdzenie swoich tez to wzmiankowany powyżej plik dokumentów stanowiących wydruki ofert różnych wykonawców, mających potwierdzać ceny za materiały używane przy robotach drogowych. Dowód ten Izba uznała za nieprzydatny. Po pierwsze miał on dość „chaotyczny” charakter. Odwołujący nie przedstawił spójnego i wynikowego wyjaśnienia okoliczności, które miał on obrazować. Po drugie zamawiający i przystępujący mieli szereg wątpliwości związanych z charakterem oraz prawdziwością informacji w nim zawartych. Zwracali uwagę na używanie w tym dowodzie innych jednostek miar niż te, którymi posługiwał się zamawiający w SIWZ oraz na pewne manipulowanie samymi zapytaniami o złożenie tych ofert w zakresie używanych materiałów, miejsca ich pozyskania, kosztów transportu lub ich jakości. Odwołujący nie odniósł się do tych argumentów w sposób rzeczowy. Podobnie pozostałe twierdzenia odwołującego nie znalazły potwierdzenia, gdyż zostały dowiedzione przez przystępującego w wyniku wyjaśnień złożonych w dniu 19 grudnia 2019 r., załączonych do nich dowodów lub dowodów załączonych do pisma procesowego, a odwołujący nie był w stanie tych dowodów zakwestionować czy też przedstawić dowody przeciwnie.

Ty samym mając powyższe na uwadze, Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp.

W związku z oddaleniem powyżej wskazanych zarzutów Izba oddaliła także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Zarzut ten referował do założenia, że cena oferty przystępującego lub jej elementy były rażąco niskie oraz do opisanych powyżej okoliczności związanych z wskazaniem jako kierownika budowy pana L. P. . Wobec tego, że przedmiotowy zarzut był powiązany z powyższymi zarzutami, oddalenie tych zarzutów musiało skutkować, że wskazany zarzut nie mógł znaleźć potwierdzenia.

Podobnie na uwzględnienie nie mogły zasługiwać pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, tj. naruszenia art. 26 ust. 2 Pzp, 91 ust. 1 Pzp oraz 7 ust. 1 Pzp. Izba ustaliła, że zamawiający wystosował w stosunku do przystępującego wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp pismem z dnia 12 grudnia 2019 r. Przystępujący udzielił odpowiedzi na wezwanie w dniu 18 grudnia 2019 r. przedstawiając stosowane dokumenty, zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 2 Pzp należało uznać za chybiony. Ponadto w kontekście zarzutów podniesionych w odwołaniu nie można było mieć zastrzeżeń do dokonanego przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, tym samym zamawiający nie naruszył zasad określonych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: