

Sławków, dnia 29 lipca 2025 r.

Do

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Tomasz Ścibisz

działający przez ustanowionego pełnomocnika

Firma przedsiębiorcy:

PRO-DIGGER SERVICES Tomasz Ścibisz z siedzibą w Sławkowie

NIP 6252486838

Adres do doręczeń (CEIDG):

Ul. Komora 14, 41-260 Sławków

Zamawiający:

Polska Grupa Górnicza S.A.

ul. Powstańców 30, 40 - 039 Katowice

KRS 0000709363

Nr rejestrowy BDO 000014704

Numer postępowania:

412500445/01

Nazwa:

Usługi sprzętem ciężkim w zakresie obsługi zwałów węgla i sprzedaży drobnicowej dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Sośnica w okresie 24 miesięcy z podziałem na zadania.

Numer sprawy:

412500445

BD:

20230606

Odwołanie obejmuje swoim zakresem ZADANIE NR 2 - spycharki.

Data otrzymania informacji o czynności zamawiającego:

W dniu 21 lipca 2025 r. Zamawiający skierował (opublikował) informację o wyborze oferty do “Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, w trybie przetargu nieograniczonego, pn. Usługi sprzętem ciężkim w zakresie obsługi zwałów węgla i sprzedaży drobnicowej dla Polskiej Grupy Górniczej S.A. Oddział KWK Sośnica w okresie 24 miesięcy z podziałem na zadania, w zakresie zadania nr 1 i nr 2. (nr sprawy 412500445)”. W tym dniu odwołujący dowiedział się o ww. czynności zamawiającego.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych, odwołujący przesłał kopię odwołania do zamawiającego w dniu 29 lipca 2025 r. na adres e-mail wskazany w informacji o udzieleniu zamówienia publicznego (centrala@pgg.pl) oraz za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej tj. portal EFO Elektroniczny Formularz Ofertowy (<https://efo.coig.biz>).

LEGITYMACJA PROCESOWA

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w znaczeniu nadanym treścią art. 505 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

W kwestii legitymacji odwołującego do wniesienia niniejszego odwołania:

Stanowisko odwołującego, iż posiada on legitymację do wniesienia niniejszego odwołania, znajduje pełne odzwierciedlenie w ugruntowanym i jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

Jak wskazała Izba m.in. w wyroku z dnia 10 kwietnia 2024 r. (sygn. akt KIO 854/24), wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji, ma oczywisty i bezpośredni interes w kwestionowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Podobnie w wyroku z 16 listopada 2023 r. (sygn. akt KIO 3125/23) podkreślono, że szkoda w takiej sytuacji polega na samej utracie szansy na uzyskanie zamówienia.

W świetle powyższego, legitymacja Odwołującego nie powinna budzić żadnych wątpliwości, szczególnie że z treści informacji opublikowanej przez zamawiającego w dniu 21 lipca 2025 r. wprost wynika, że zamawiający ani nie wykluczył żadnego wykonawcy, ani też nie odrzucił oferty żadnego wykonawcy - co wprost potwierdza, że jeżeli niniejsze odwołanie odniesie skutek to zamawiający powinien dokonać wyboru oferty odwołującego (jako następnej w kolejności).

Z treści art. 505 wprost wynika, że:

Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP.

Przy tym, jak wskazała KIO w wyr. z 2.5.2022 r. (KIO 786/22, Legalis) **"interes w uzyskaniu zamówienia należy interpretować jako interes bezpośredni w uzyskaniu zamówienia** (w niniejszej sprawie wykonawca robót budowlanych), a nie interes pośredni w uzyskaniu zamówienia (w niniejszej sprawie dostawca nawierzchni poliuretanowej dla wykonawcy robót budowlanych), ponieważ o interesie w niniejszym przypadku decyduje przedmiot zamówienia (roboty budowlane, a nie dostawa produktów). Tak skonstruowana definicja co do prawa wniesienia odwołania (środek ochrony prawnej) ma na celu zdefiniowanie kręgu podmiotów mających prawo do wstrzymywania procedur przetargowych, chociażby ze względu na ochronę

zamawiających przed nadużywaniem prawa do środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie".

Przez wykonawcę - zgodnie z definicją określoną w art. 7 pkt 30 PZP - należy rozumieć osobę fizyczną, prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W porównaniu z definicją wykonawcy obowiązującą na gruncie PZP 2004, obecna została rozszerzona o „podmioty oferujące na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług”. W uzasadnieniu do projektu PZP wskazano, że definicja wykonawcy obejmuje więc nie tylko podmiot, który ubiega się o udzielenie zamówienia, złożył ofertę lub zawarł umowę w sprawie zamówienia publicznego, ale też np. uczestnika wstępnych konsultacji rynkowych, podmiot, który nie został zaproszony do negocjacji w trybach niekonkurencyjnych (por. Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy Nr 3624, Sejm VIII kadencji, s. 13).

Prawo wykonawcy do korzystania ze środków ochrony prawnej jest ściśle powiązane z jego aktywnością od momentu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia i na jego poszczególnych etapach, a także z jego bieżącą sytuacją w postępowaniu. Wykonawca, który wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, ale nie złożył wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty, wraz z upływem terminu składania wniosków lub ofert, traci przymiot podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania (por. art. 528 pkt 2 PZP). Analogicznie wykonawca, którego wniosek albo oferta została odrzucona i który nie zakwestionował tej decyzji poprzez wniesienie odwołania, po upływie terminu na jego wniesienie traci status podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania z uwagi na ostateczne i nieodwracalne wyeliminowanie jego wniosku albo oferty z postępowania. Dotyczy to również wykonawcy, który nie zaskarżył do sądu zamówień publicznych wyroku KIO nakazującego odrzucenie jego wniosku albo oferty (albo gdy sąd ten oddalił skargę na wyrok KIO uznając za prawidłowe rozstrzygnięcie

Izby w przedmiocie odrzucenia wniosku albo oferty), a chce złożyć odwołanie od czynności lub zaniechań zamawiającego, mających miejsce na późniejszym etapie postępowania. Odwołanie wniesione przez takiego wykonawcę podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 PZP jako wniesione przez podmiot nieuprawniony. Taki kierunek wykładni statusu wykonawcy uprawnionego do wniesienia odwołania przyjął również TSUE w wyr. z 9.2.2023 r. (VZ vs. CA, C-53/22, Legalis). Wskazał w nim, że wykonawca, „który nie mógł wziąć udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ze względu na to, że nie spełniał jednego z warunków udziału przewidzianych w odnośnym ogłoszeniu o przetargu, i którego skargę na uwzględnienie tego warunku w owym ogłoszeniu oddalono orzeczeniem, które uzyskało powagę rzeczy osądzonej” nie może skarżyć decyzji zamawiającego podjętych w postępowaniu. Wyrokiem tym Trybunał potwierdził wykładnię prezentowaną wcześniej w orzecznictwie krajowym. W wyr. z 28.4.2021 r. (XXIII Zs 10/21, Legalis) SO w Warszawie ustalił, że „podmiotowi, który przestał być wykonawcą w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia – w związku z tym, że został ostatecznie wykluczony z postępowania i wobec tego jego ofertę uznaje się za odrzuconą, lub w związku z tym, że jego oferta została ostatecznie odrzucona – nie przysługuje uprawnienie do wnoszenia środków ochrony prawnej w tym postępowaniu, w tym zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, czy postępowania skargowego” (zob. także post. KIO z 3.3.2023 r., KIO 437/23, Legalis; z 18.3.2021 r., KIO 727/21, Legalis).

Artykuł 505 ust. 1 PZP określa materialnoprawne przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, decydujące o zasadności ich wnoszenia. Są nimi posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie, kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W odróżnieniu do przesłanek procesowych (formalnoprawnych), ich brak nie jest przeszkodą w skierowaniu odwołania do rozpoznania. Wystąpienie którejkolwiek z formalnoprawnych przesłanek uniemożliwia merytoryczne rozpoznanie sprawy i skutkuje odrzuceniem odwołania (zob. art. 528 PZP). Niespełnienie przesłanek materialnoprawnych nie skutkuje odrzuceniem środka ochrony prawnej, lecz jego oddaleniem bez konieczności odnoszenia

się przez skład orzekający do podnoszonych zarzutów. W wyr. z 3.3.2022 r. (KIO 427/22, Legalis) Izba stwierdziła, iż „przesłanki materialnoprawne dopuszczenia odwołania muszą być wykazane w odwołaniu. Brak wykazania przesłanek materialnoprawnych uzasadnia oddalenie odwołania. Oddalenie odwołania z uwagi na brak wykazania – w tym przypadku w ogóle brak podania – przesłanek materialnoprawnych dopuszczalności odwołania uzasadnia niepoddawanie rozpoznaniu zarzutów merytorycznych podnoszonych w odwołaniu, z uwagi na stwierdzony brak dopuszczalności tego odwołania. Izba nie może się domyślać wykazania przesłanki, nie może jej domniemywać czy też wnioskować z przedstawionego uzasadnienia faktycznego odwołania”. Tak też KIO w wyr. z 19.6.2024 r., KIO 1205/24, KIO 1211/24, Legalis. Zob. również wyr. z 21.11.2017 r., KIO 2340/17, Legalis oraz z 17.2.2017 r., KIO 227/17, KIO 228/17, KIO 229/17, Legalis.

Przepis art. 505 ust. 1 PZP wymaga wykazania, że wykonawca, uczestnik konkursu oraz inny podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie. Legitymowanie się przez wykonawcę wnoszącego odwołanie interesem w uzyskaniu zamówienia oznacza stan, w którym ma on lub miał realną szansę na uzyskanie zamówienia, zaprzepaszczoną niezgodnymi z przepisami PZP czynnościami zamawiającego lub zaniechaniem czynności, do których zamawiający jest zobowiązany.

Artykuł 505 ust. 1 PZP wymaga wykazania interesu w uzyskaniu zamówienia, a nie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jak miało to miejsce na gruncie art. 179 ust. 1 PZP2004. Na tle tego przepisu, w przeważającej części orzecznictwa, posiadanie interesu interpretowano wąsko – jako interesu w uzyskaniu tego zamówienia, które ma zostać udzielone w wyniku prowadzonego postępowania, w którym wniesione zostało odwołanie. W świetle tego poglądu niedopuszczalne było żądanie unieważnienia postępowania i powoływanie się na interes w uzyskaniu ewentualnego zamówienia, które może zostać udzielone w kolejnym postępowaniu (por. np. wyr. KIO z 10.2.2016 r., KIO 106/16, Legalis). Pogląd ten uzasadniany był brakiem przepisów zobowiązujących zamawiającego do wszczęcia nowego postępowania. Z przeważającej części orzecznictwa przyjmowano, że powołanie się na hipotetyczny interes w

uzyskaniu kolejnego zamówienia może mieć charakter majątkowy, np. w przypadku wnoszenia odwołań od czynności wyboru niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia (np. zamówienia z wolnej ręki) lub dokonania niezgodnie z przepisami PZP czynności, które z ich istoty nie mogą być powtórzone, np. nieuwzględnienia wszystkich złożonych w terminie ofert podczas ich otwarcia, której to czynności nie można powtórzyć (por. np. wyr. KIO z 22.6.2016 r., KIO 983/16, Legalis).

Takie wąskie postrzeganie interesu zaczęło się zmieniać wraz z wyr. TSUE z 5.4.2016 r. w sprawie C-689/13, Puligienica Facility Esco SpA (PFE) v. Airstest SpA (EU:C:2016:199), w którym Trybunał, rozpoznając odwołania wniesione przez dwóch wykonawców, z których każdy domagał się wykluczenia konkurenta, wyraził pogląd, że w takiej sytuacji każdy z dwóch oferentów ma interes w uzyskaniu odnośnego zamówienia. Po pierwsze wykluczenie jednego z oferentów może doprowadzić do tego, że drugi uzyska zamówienie bezpośrednio w ramach tego samego postępowania. Po drugie, jeśli miałyby nastąpić wykluczenie obu oferentów i wszczęcie nowego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, to każdy z oferentów mógłby wziąć w nim udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Tym samym Trybunał uznał, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej, nawet w sytuacji, gdy skutkiem miałyby być unieważnienie postępowania, gdyż wówczas mogą ubiegać się o zamówienie w kolejnym postępowaniu. W ślad za tym wyrokiem KIO (w wyr. z 5.9.2016 r. KIO 1556/16, Legalis) wywiodła, że w świetle aktualnej wykładni prounijnej w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG, należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego, tj. umowy odpłatnej zawieranej między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Podobny pogląd wyraził TSUE w wyr. z 11.5.2017 r. w sprawie C-131/16, Archus sp. z o.o. i Gama Jacek Lipik v. Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (EU:C:2017:358), w uzasadnieniu którego wskazał, że w sytuacji, w której w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono dwie oferty, a instytucja zamawiająca wydała jednocześnie dwie decyzje, odpowiednio o

odrzuconiu oferty jednego z oferentów i o udzieleniu zamówienia drugiemu, odrzucony oferent, który zaskarżył obie te decyzje, powinien mieć możliwość żądania wykluczenia oferty wygrywającego oferenta, w związku z czym pojęcie danego zamówienia, w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13/EWG, może dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. W konsekwencji w orzecznictwie krajowym coraz częściej przyjmowano szerokie ujęcie interesu, oparte na rozróżnieniu pojęć postępowania o udzielenie zamówienia i zamówienia. W wyr. z 28.5.2019 r. (KIO 873/19, Legalis) KIO wskazała, że w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też KIO w wyr. z 5.11.2018 r., KIO 2144/18, Legalis).

W świetle art. 505 ust. 1 PZP interes w uzyskaniu zamówienia powinien być interpretowany szeroko jako odnoszący się nie do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono udzielone. Tym samym, co do zasady, interes może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (taka wykładnia została w całości zaaprobowana i przyjęta za własną przez KIO w wyr. z 23.3.2021 r., KIO 578/21, KIO 579/21, Legalis, a następnie m.in. w wyr. KIO z 18.6.2021 r., KIO 1299/21, Legalis; w wyr. z 4.2.2022 r., KIO 153/22, Legalis oraz w wyr. z 3.2.2023 r., KIO 174/23, Legalis). Podobnie J. Jerzykowski, w: W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, Prawo, art. 505. Zauważenia przy tym wymaga, że art. 505 ust. 1 PZP wymaga wykazania, że wykonawca posiadał lub posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ale interes kwalifikowany poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. De facto dopiero tak rozumiany interes warunkuje zasadność wnoszonych środków ochrony prawnej i decyduje o potrzebie merytorycznego rozpoznania zarzutów odwołania.

Interes w uzyskaniu zamówienia oceniany jest na moment wniesienia odwołania (wyr. KIO z 19.6.2024 r., KIO 1205/24, KIO 1211/24, Legalis; wyr. KIO z 3.3.2022 r., KIO 427/22, Legalis). W związku z tym jakiegokolwiek przyszłe, hipotetyczne czynności zamawiającego nie mają wpływu na ocenę, czy wykonawca miał lub ma interes w uzyskaniu zamówienia (zob. wyr. KIO z 8.11.2024 r., KIO 3875/24, Legalis; wyr. KIO z 9.6.2021 r., KIO 1235/21, Legalis). Oznacza to m.in., że odwołanie może zostać skutecznie wniesione przez wykonawcę dążącego do wyeliminowania konkurencyjnej oferty, mimo że oferta odwołującego przekracza kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Tak w realiach sprawy zdecydowanie nie jest. Oferta odwołującego, która powinna być wybrana w przypadku odrzucenia oferty PG EKOTECH Sp. z o.o. z Gliwic nie przekracza kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia.

Przepis art. 505 ust. 1 PZP stanowi, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem z konstrukcji tego przepisu (tj. użycia spójnika „oraz”) wynika, że w skuteczne korzystanie ze środków ochrony prawnej wymaga wykazania nie tylko posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, ale interesu kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody z powodu bezprawnych działań lub zaniechań zamawiającego. Komentowany przepis nie pozwala na alternatywne wykazanie tylko jednej przesłanki, tj. posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia albo poniesienia lub możliwości poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Obie te przesłanki muszą wystąpić łącznie. Co istotne, poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wykonawcę lub uczestnika konkursu musi być następstwem naruszenia przez zamawiającego przepisów PZP. Bez takiego adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego nie jest spełniona materialnoprawna przesłanka dopuszczalności korzystania ze środków ochrony prawnej. W wyr. z 8.11.2024 r. (KIO 3875/24, Legalis) Izba wyjaśniła, że „nie sposób uznać, że badając legitymację wykonawcy do wniesienia odwołania należy brać pod uwagę również możliwość zaistnienia szkody hipotetycznej,

niezwiązanej bezpośrednio z naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, zarzucanych odwołaniem. Szkoda, której ryzyko poniesienia wystąpi wyłącznie w razie ziszczenia pewnych warunków (przyszłych i niepewnych), które to nie występują na moment wniesienia odwołania, zdaniem Izby nie jest objęta hipotezą art. 505 ust. 1 zd. 2 PZP. W przepisie tym mowa bowiem o szkodzie, która powstała lub może powstać „w wyniku”, czyli „w związku przyczynowo-skutkowym” z naruszeniem przepisów przez zamawiającego. Związek ten powinien być adekwatny, czyli normalny”.

Odwołujący ma interes prawny i jeżeli oferta PG EKOTECH Sp. z o.o. z Gliwic nie ulegnie odrzuceniu to odwołujący poniesie szkodę bowiem jego oferta nie zostanie wybrana.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest w tej kwestii jednolite i konsekwentne od wielu lat. Wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, jest podręcznikowym przykładem podmiotu posiadającego legitymację do wniesienia odwołania (tzw. legitymację “procesową”).

Wyrok KIO z dnia 10 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 854/24

"Wykonawca, którego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu, ma oczywisty i bezpośredni interes w kwestionowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Jego interes materializuje się w realnej szansie na uzyskanie zamówienia w przypadku, gdyby zarzuty odwołania okazały się zasadne, a oferta z pierwszego miejsca podlegała odrzuceniu. Tym samym spełniona zostaje przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp."

Wyrok KIO z dnia 16 listopada 2023 r., sygn. akt KIO 3125/23

"Szkoda, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, w przypadku wykonawcy, którego oferta jest druga w kolejności, polega na samej utracie szansy na uzyskanie zamówienia, która przekształciłaby się w jego uzyskanie, gdyby zamawiający nie naruszył przepisów ustawy. Nie jest wymagane

wykazywanie szkody już poniesionej; wystarczy sama możliwość jej poniesienia, która w takiej sytuacji jest bezsporna."

Wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1599/23

"Posiadanie przez wykonawcę statusu podmiotu, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu, samo w sobie przesądza o istnieniu po jego stronie legitymacji do wniesienia odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Interes takiego wykonawcy nie jest potencjalny, lecz aktualny i zdeterminowany wynikiem postępowania. Zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty konkurencyjnej bezpośrednio godzi w ten interes."

Uchwała KIO z dnia 22 maja 2023 r., sygn. akt KIO/KU 29/23

"Legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, który wykaże, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku. Dla wykonawcy, którego oferta jest następna w kolejności do wyboru, interes ten jest oczywisty i nie wymaga skomplikowanego dowodzenia. Sama możliwość utraty zamówienia na skutek niezgodnej z prawem czynności zamawiającego wypełnia przesłanki z art. 505 ust. 1 Pzp."

ZARZUTY I ICH UZASADNIENIE

Działając w imieniu odwołującego Tomasza Ścibisza na podstawie treści stosownej ustawy a w tym na podstawie art. 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 Ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwaną dalej „PZP”) wnoszę odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na zaniechaniu przez zamawiającego obowiązków w zakresie zbadania, czy cena wybranej oferty nie jest rażąco niska, dokonanie tej oceny w sposób pobieżny i nieprawidłowy i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia całej oferty PG EKOTECH sp. z o.o. z Gliwic jako niespełniającej wymogów prawa (rażąco zaniżona cena) oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych:

Art. 224 ust. 1 i 2 Pzp – obowiązek badania rażąco niskiej ceny:

Ten przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, 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 zamówienia zgodnie z wymaganiami.

Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień zawsze, gdy cena oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT lub od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ustawodawca nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiej ceny, 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. Przykładem może być oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Przepisy PZP utrzymały instytucję rażąco niskiego kosztu. Ustawodawca jednak również w tym zakresie nie zdefiniował pojęcia rażąco niskiego kosztu. Biorąc pod uwagę bogate orzecznictwo, na tle którego doszło do zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, za rażąco niski koszt należałoby uznać koszt nierealny, niepokrywający kosztów generowanych przy realizacji i eksploatacji przedmiotu zamówienia w sposób należyty.

W przypadku gdy zaoferowany przez wykonawcę koszt będzie wydawał się dla zamawiającego rażąco niski, zobowiązany on będzie do wszczęcia procedury, o której mowa w art. 224 ust. 1 PZP. Zgodnie z komentowanym przepisem wyjaśniani będą podlegały również istotne części składowe ceny lub kosztu. W takim przypadku zamawiający zobowiązany jest precyzyjnie określić, które z tych części budzą jego wątpliwości.

Zgodnie z ust. 1 komentowanego przepisu zamawiający w każdym przypadku, kiedy oferowana przez wykonawcę cena lub proponowany koszt lub ich istotne części składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia (czyli wartości tego zamówienia) lub poweźmie wątpliwość co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w oparciu o określone przez niego - lub wynikające z odrębnych przepisów - wymagania, zobowiązany jest o zwrócenie się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu. Jednym z punktów odniesienia dla oceny oferty pod kątem rażąco niskiej ceny jest wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, powiększona o właściwą stawkę podatku VAT. W każdym zatem przypadku, gdy zachodzi podejrzenie, że cena oferty lub proponowany koszt są rażąco niskie, po stronie zamawiającego aktualizuje się obowiązek żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących okoliczności i czynników, które mają wpływ na kalkulację oferty wykonawcy.

Dokonanie przez instytucję zamawiającą oceny, czy występują rażąco niskie oferty, odbywa się dwuetapowo. Najpierw instytucja zamawiająca powinna ocenić, czy złożone oferty „wydają się” rażąco niskie. Użycie czasownika „wydaje się” w rozporządzeniu wykonawczym oznacza, że instytucja zamawiająca dokonuje oceny *prima facie* rażąco niskiego charakteru oferty. Rozporządzenie wykonawcze nie wymaga więc, by instytucja zamawiająca z urzędu przeprowadzała szczegółową analizę składników każdej oferty w celu ustalenia, że nie stanowi ona oferty rażąco niskiej (aktualnie zob. załącznik I do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z 18.7.2018 r. w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniającego rozporządzenia (UE) Nr 1296/2013, (UE) Nr 1301/2013, (UE) Nr 1303/2013, (UE) Nr

1304/2013, (UE) Nr 1309/2013, (UE) Nr 1316/2013, (UE) Nr 223/2014 i (UE) Nr 283/2014 oraz decyzję Nr 541/2014/UE, a także uchylającego rozporządzenie (UE, Euratom) Nr 966/2012, Dz.Urz. UE L 193, s. 1). Tym samym, w pierwszej kolejności, instytucja zamawiająca musi jedynie ustalić, czy złożone oferty zawierają oznaki mogące budzić podejrzenie, że mogłyby być rażąco niskie. Następnie, jeżeli istnieją oznaki mogące rodzić podejrzenia, że oferta może być rażąco niska, instytucja zamawiająca powinna, w drugiej kolejności, zweryfikować, z czego składa się ta oferta, aby upewnić się, że nie jest rażąco niska. Przy przeprowadzaniu tej weryfikacji instytucja zamawiająca ma obowiązek umożliwienia oferentowi przedstawienia powodów, dla których uważa on, że jego oferta nie jest rażąco niska. Następnie instytucja zamawiająca powinna ocenić przedstawione wyjaśnienia i ustalić, czy dana oferta ma rażąco niski charakter, w którym to przypadku jest obowiązana odrzucić ofertę (wyr. Trybunał Sprawiedliwości UE z 10.9.2019 r. w sprawie T-741/17, Trasys International EEIG i Axianseu - Digital Solutions SA v. Europejska Agencja Bezpieczeństwa Transportu Lotniczego, EU:T:2019:572).

Ustawodawca w ust. 1 komentowanego przepisu nie wskazuje wprost na przesłanki, które muszą zaistnieć, aby zamawiający miał obowiązek uznania, że występuje podejrzenie złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt, a w konsekwencji wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Ustawodawca nie określił precyzyjnie i sztywno przesłanek stosowania tego przepisu, zostawiając tym samym zamawiającemu swobodę w podejmowaniu decyzji. Z literalnego brzmienia przepisu art. 224 ust. 1 PZP wynika, że zamawiający występuje do wykonawcy o wyjaśnienia dotyczące ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych wyłącznie, gdy na podstawie okoliczności ustalonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia poweźmie wątpliwość, że zaproponowana przez wykonawcę cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. „Ustalenia zamawiającego w tym zakresie mogą opierać się na różnych okolicznościach, które mogą zostać powzięte w trakcie badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności dotyczących porównania ceny badanej oferty do: wartości

szacunkowej zamówienia, powiększonej o wartość podatku VAT, średnich cen ofert złożonych w danym postępowaniu lub ceny kolejnej oferty złożonej w tym postępowaniu. Żądanie wyjaśnień w celu zbadania, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia stanowi wyłączną kompetencję zamawiającego jako podmiotu, który prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego” (wyr. KIO z 8.5.2018 r., KIO 769/18, Legalis). W innym z wyroków, KIO wyjaśniła, że "użyte w art. 224 ust. 1 Prawa zamówień publicznych sformułowanie „budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia” wskazuje na wrażenie zamawiającego charakteryzujące się dużym stopniem subiektywności. Istotne jest, że przepisy ustawy nie określają żadnych przesłanek uzasadniających konieczność wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie. Zamawiający może powziąć wątpliwości w oparciu o szereg czynników, w tym doświadczenie nabyte przy udzielaniu tego rodzaju zamówień, znajomość cen obowiązujących na rynku, ceny innych ofert złożonych w postępowaniu itp." (wyr. KIO z 29.6.2022 r., KIO 1543/22, Legalis).

"Izba podkreśla, że to zamawiający samodzielnie decyduje, czy zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienia w konkretnej sytuacji, należy pamiętać, że obecnie zamawiającemu musi „wydawać się”, że zaoferowana cena jest rażąco niska i jednocześnie musi budzić wątpliwość zamawiającego co do prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia za tą zaoferowaną cenę. Pierwszą z przesłanek należy rozpatrywać w kontekście uprawnienia zamawiającego, jednakże uprawnienia z którego zamawiający nie może korzystać swobodnie i które musi odnosić do danego postępowania o zamówienie rozpoznawanego w danych realiach rynkowych, to nie może „wydawać się” zamawiającemu pozornie co do istnienia bądź pozornie nie „wydawać się”. Druga z przesłanek – niezależna od pierwszej – tj. zaoferowana cena lub istotna część składowa musi budzić wątpliwości zamawiającego tzn.: że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z przedmiotem tego zamówienia wskazanym w SWZ, że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa jak również że zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z zasadami sztuki zawodowej" (wyr. KIO z 12.11.2024 r., KIO 3870/24, Legalis).

Punktem odniesienia kwalifikacji ceny jako rażąco niskiej powinny być przede wszystkim:

1. ustalona należycie przez zamawiającego szacunkowa wartość zamówienia;
2. ceny zaoferowane przez innych wykonawców;
3. ceny rynkowe przedmiotu zamówienia (wyr. KIO z 10.5.2016 r., KIO 616/16, Legalis).

Już w tym miejscu należy zauważyć, że cena zaoferowana przez PG EKOTECH sp. z o.o. z Gliwic na tle ww. jest ewidentnie ceną rażąco niską.

Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP powinno być precyzyjne, wskazywać elementy oferty budzące wątpliwości zamawiającego, tak aby wykonawca mógł się do nich odnieść i udzielić odpowiednich wyjaśnień. Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zostały przez niego zakwestionowane i które budzą jego wątpliwości. Zamawiający, wzywając wykonawcę w sposób ogólny, nie może oczekiwać, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty. W sytuacji gdy wezwanie zamawiającego nie będzie odnosiło się do konkretnych elementów oferty wykonawcy i będzie ono w swej treści ogólnym zapytaniem, to nieuprawnione będzie stawianie wykonawcy zarzutu, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny są ogólnikowe lub że wykonawca nie sprostął ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 224 ust. 5 PZP.

Za obiektywne i weryfikowalne uważa się metody oceny, czy oferta jest rażąco niska, polegające na porównaniu ceny danej oferty z wartością zamówienia powiększoną o należny podatek VAT lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP. W pierwszym przypadku bierze się pod uwagę doświadczenie zamawiającego, który ma obowiązek ustalić szacunkową wartość zamówienia w sposób rzetelny i aktualny (art. 36 ust. 1 i 2 PZP) oraz może polegać na doświadczeniu zdobytym we wcześniejszych

postępowaniach, które dotyczyły podobnego przedmiotu zamówienia. Drugi sposób odwołuje się do średniej ceny ofert, a więc praktyki wykonawców stosowanej w konkretnym postępowaniu.

W ust. 2 komentowanego przepisu ustawodawca nałożył na zamawiającego obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 36 ust. 1 i 2 PZP;
2. średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP.

Powyższa regulacja nakłada na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury na podstawie ust. 2 komentowanego przepisu, w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Określony w tym przepisie próg 30% stanowi maksymalny limit wartości, który może być odpowiednio obniżony przez zamawiającego, w zależności od okoliczności dotyczących przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że w sytuacji, gdy cena oferty jest niższa np. o 20% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP, w okolicznościach związanych z konkretnym zamówieniem, zamawiający ma prawo powziąć wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za zaoferowaną cenę i wszcząć procedurę wyjaśniającą w trybie art. 224 ust. 1 PZP. Konstrukcja przepisu art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, obliguje zamawiającego do wezwania wykonawców do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w przypadku wystąpienia przesłanek zawartych w tym przepisie, niezależnie od tego czy zachodzą inne przesłanki odrzucenia oferty.

Przepis określa przykładowy katalog okoliczności, które wykonawca może uwzględnić w składanych na wezwanie zamawiającego wyjaśnieniach.

Wyjaśnienia, o których mowa w art. 224 ust. 1 PZP, mogą dotyczyć w szczególności:

1. zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2. wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3. oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4. zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów MinWynagrU lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
5. zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6. zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7. zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8. wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Okoliczności te wykonawca może wziąć pod uwagę, składając wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, ale nie musi. Ustawodawca wyraźnie wskazał, że wyjaśnienia te „mogą dotyczyć w szczególności”. Wykonawca więc może wskazać na inne okoliczności, które w jego ocenie uzasadnią realność zaoferowanej ceny. Katalog czynników, przykładowo wskazanych w ust. 3 komentowanego przepisu, może również stanowić podstawę formułowania przez zamawiającego wezwania, a następnie stać się punktem odniesienia na etapie badania złożonych wyjaśnień. Przepisy PZP nie określają treści samego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, stopnia jego szczegółowości, nie precyzują również jaki powinien być jego zakres. To

zamawiający formułuje swoje wezwanie i precyzuje jakie elementy winien zawrzeć wykonawca w wyjaśnieniach kierując się przedmiotem zamówienia i danymi zawartymi w ofercie. Pewną wskazówkę stanowi art. 224 ust. 3 PZP. Wymienione ww. elementy są jedynie przykładowe, a zamawiający oceniając złożone wyjaśnienia powinien brać pod uwagę również inne okoliczności, na które zwróci jego uwagę wykonawca. Wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień ma obowiązek wskazać zamawiającemu okoliczności uzasadniające obniżenie ceny lub kosztu (lub ich istotnych części składowych) w stosunku do przedmiotu zamówienia lub też innych czynników, do których odnosi się wezwanie zamawiającego. Tym samym również zamawiający uprawniony jest do żądania takich wyjaśnień w zakresie ceny ofertowej, które wykraczają poza czynniki mające wpływ na cenę oferty, wymienione literalnie w treści ust. 3 komentowanego przepisu, co po stronie wykonawcy skutkuje zawsze obowiązkiem złożenia dodatkowych informacji. W wyr. z 21.3.2023 r. KIO słusznie zauważył, że „w sytuacji, gdy zamawiający kieruje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty nie wskazując przy tym konkretnych elementów podlegających wyjaśnieniu, to obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest wyjaśnić sposób kalkulacji podstawowych, a zatem istotnych elementów składających się na cenę oferty. Tym samym to treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaoferowanej ceny, nie zaś twierdzenia konkurencyjnych wykonawców dotyczące elementów kalkulacji oferty podlegających wyjaśnieniu” (KIO 641/23, Legalis).

W art. 224 ust. 4 PZP wskazano, że w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP. Oznacza to, że w zakresie zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zamawiający zawsze, wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień, o których mowa w art. 224 ust. 1 PZP, zobowiązany jest żądać od wykonawcy podania co najmniej informacji w zakresie zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów MinWynagrU lub przepisów odrębnych właściwych

dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie. Wprawdzie PZP nie nakłada wprost na wykonawcę obowiązku złożenia wyjaśnień w tym zakresie, niemniej jednak biorąc pod uwagę w szczególności fakt, że to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, należy wywieść, że obowiązkiem wykonawcy jest uwzględnić w składanych wyjaśnieniach okoliczności, o których mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP, jeśli zostanie przez zamawiającego do tego wezwany. Ustawodawca nie rozstrzyga wprost, czy niezłożenie przez wykonawcę wyjaśnień w tym zakresie pomimo wyraźnego wezwania zamawiającego będzie pociągało za sobą negatywne konsekwencje, skutkujące odrzuceniem oferty na podstawie art. 224 ust. 6 PZP. W ust. 6 komentowanego przepisu ustawodawca przewidział obowiązek odrzucenia, jako oferty z rażąco niską ceną lub kosztem, m.in. oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie. Stąd też zasadny wydaje się wniosek, zgodnie z którym nieudzielenie wyjaśnień w zakresie, o którym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP, zgodnie z żądaniem zamawiającego, o którym mowa w art. 224 ust. 4 PZP, będzie skutkowało odrzuceniem takiej oferty.

"Wraz z wezwaniem przez Zamawiającego wykonawcy, do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonej przez niego ceny lub kosztu powstaje domniemanie, że zaoferowana cena lub koszt są rażąco niskie. Domniemanie to może zostać obalone przez wykonawcę w wyniku złożenia odpowiednich wyjaśnień ceny (art. 224 ust. 5 ustawy Pzp). W ramach złożonych wyjaśnień, Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji (jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę, na poziomie znacznie niższym, niż pozostali wykonawcy ubiegający się o zamówienie. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące

informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty" (wyr. KIO z 10.9.2024 r., KIO 2885/24, Legalis).

Wystosowanie wezwania w trybie art. 224 ust. 1 i 2 PZP oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena lub proponowany koszt (względnie ich istotne części składowe) nie ma charakteru rażąco niskiego. Obowiązkiem wykonawcy jest więc dostarczenie wyczerpujących wyjaśnień, które w pierwszej kolejności powinny odnosić się do wątpliwości zamawiającego sformułowanych w wezwaniu. Jeśli wezwanie kierowane jest do wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane i który został przez zamawiającego wezwany do złożenia wyjaśnień, obowiązkiem wykonawcy jest złożyć wyjaśnienia, w szczególności dotyczące zakresu, o którym mowa w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP. W przypadku gdy wezwanie dotyczy ceny oferty, wykonawca powinien odnieść się kompleksowo do zaoferowanej ceny. Zgodnie bowiem z ust. 5 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. „Zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny oznacza obciążenie wykonawcy ciężarem dowodu w zakresie wykazania, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Na powyższe wskazuje wprost art. 224 ust. 5 PZP. Wyjaśnienia wykonawcy co do zasady muszą być konkretne, wyczerpujące, odpowiednio umotywowane, rzeczywiście uzasadniające podaną w ofercie cenę, wykazujące, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Powyższe wynika z faktu, że to wyłącznie na podstawie złożonych wyjaśnień Zamawiający dokonuje oceny czy oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt, czy też rażąco niskie ich istotne części składowe. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty

(odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione" (wyr. KIO z 16.3.2021 r., KIO 600/21, Legalis). W przypadku dość ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca, przygotowując odpowiedź na takie wezwanie, ma szerokie możliwości co do sposobu wyboru argumentacji służącej obronie swojej oferty.

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 (wyr. KIO z 14.1.2019 r., KIO 2648/18, Legalis).

Istotne jest, aby składane wyjaśnienia nie miały charakteru ogólnego. Celem składanych wyjaśnień jest bowiem stworzenie podstaw do stwierdzenia, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej oferty było nieuzasadnione. 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 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 stanowisko prezentowane w wyjaśnieniach, może okazać się przydatny i pomocny zamawiającemu przy dokonywanej ocenie.

W art. 537 PZP (postępowanie odwoławcze przed KIO) oraz w art. 586 PZP (postępowanie przed sądem okręgowym) określona została zasada odwróconego ciężaru dowodowego, zgodnie z którą obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa odpowiednio na:

1. wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: stroną postępowania albo interwenientem);
2. zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: nie jest stroną postępowania albo interwenientem).

Zamawiający po otrzymaniu odpowiedzi na swoje wezwanie kierowane do wykonawcy w trybie art. 224 ust. 1 PZP powinien poddać ją bardzo gruntownej analizie. W pierwszej kolejności powinien ustalić, czy taką odpowiedź można w ogóle uznać za wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 224 ust. 1 PZP. W orzecznictwie KIO wielokrotnie bowiem podkreślano, że nie każde pismo składane w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego może być uznane za takie wyjaśnienia. Prawidłowo złożone wyjaśnienia muszą pozwalać zamawiającemu na dokonanie oceny w takim zakresie, w jakim wykonawca był wzywany.

Zgodnie z ust. 6 komentowanego przepisu zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który:

1. nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub
2. jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu (jak w realiach sprawy).

„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 zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nadto wskazać należy, iż sytuacja prawna wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów, w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w ogóle ich nie złożył oraz wykonawcy, który złożył wyjaśnienia ogólnikowe i niepoparte dowodami, jest taka sama. W obu bowiem przypadkach oferta wykonawcy podlega odrzuceniu” (wyr. KIO z 14.5.2019 r., KIO 747/19, Legalis).

Druga z przesłanek stanowi o konieczności odrzucenia, jako oferty z rażąco niską ceną, oferty wykonawcy, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny lub kosztu tej oferty. Nie jest więc wystarczające rozwianie przez wykonawcę pewnych wątpliwości. Konieczne jest uzasadnienie w oparciu o złożone wyjaśnienia wraz z dowodami, że za zaoferowaną cenę lub koszt możliwe jest należyte wykonanie zamówienia. Podsumowując, aby zamawiający miał podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie 224 ust. 6 PZP, musiałoby dojść do ustalenia, że albo wykonawca nie udzielił wyjaśnień (w tym udzielone wyjaśnienia są na tyle ogólne, że nie można uznać ich za udzielone), albo że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają zaoferowanej ceny (względnie kosztu).

Art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp – Podstawa odrzucenia oferty:

Ten przepis nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. To konsekwencja niezłożenia wyjaśnień przez wykonawcę lub sytuacji, gdy **złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają w sposób obiektywny podanej w ofercie ceny** (jak w realiach sprawy).

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 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 mogą być

rażąco niskie, zamawiający zwraca się do wykonawcy o wyjaśnienia określone w art. 224 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 lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych. Jednocześnie w przypadku, gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1, 5 i 10 PZP - zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2. wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych - zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień.

Oczywiście samo porównanie ceny oferty do średniej arytmetycznej cen innych ofert lub wartości zamówienia ma charakter pomocniczy i jego skutkiem jest jedynie wezwanie do złożenia wyjaśnień. Odrzuceniu podlega oferta, która została uznana za zawierającą rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, a nie pozostałych ofert czy wartości zamówienia. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, obciąża wykonawcę wezwanego do wyjaśnień (art. 224 ust. 5 PZP).

Jak wskazała KIO w wyr. z 5.11.2024 r. (KIO 3866/24, Legalis), „Obowiązkiem wykonawcy jest dostarczenie konkretnych, spójnych, jasnych, logicznych i wyczerpujących wyjaśnień wraz z dowodami na ich potwierdzenie.

Wykonawca winien podać zamawiającemu **wszystkie informacje** dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, m.in. sposoby kalkulacji, założenia do kalkulacji, istotne elementy mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny etc. Wyjaśnienia mają uzasadnić podaną w ofercie cenę oraz rozwiązać wątpliwości zamawiającego co do wystąpienia rażąco niskiej ceny”.

Odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają rażąco niskiej ceny lub kosztu tej oferty (realnego ich poziomu).

Z powyższych regulacji wynika zatem, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP powinno być w każdym przypadku poprzedzone wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia ceny lub kosztu lub ich istotnych części składowych i dokonaniem oceny tych wyjaśnień, potwierdzającej złożenie oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt. Dopiero, jeżeli złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanych w ofercie cen jednostkowych, oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP (por. wyr. KIO z 24.3.2022 r., KIO 638/22, Legalis).

Art. 16 pkt 1 i 2 Pzp – Zasady udzielania zamówień:

Warto również wspomnieć o naruszeniu podstawowych zasad systemu zamówień publicznych: zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 16 pkt 1) oraz zasady proporcjonalności i przejrzystości (art. 16 pkt 2).

Zaniechanie rzetelnego zbadania ceny narusza te zasady, ponieważ faworyzuje wykonawcę, który mógł zaoferować cenę nierealistyczną, kosztem rzetelnych firm (w tym firmy odwołującego).

Przepis art. 16 PZP wyraża podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielanie zamówienia. W świetle art. 325

ust. 4 PZP zasady te stosuje się odpowiednio do konkursu. Przepis adresowany jest do zamawiających, jako organizatorów postępowań o udzielenie zamówień oraz konkursów. Nakazuje przygotowywać i przeprowadzać postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także przejrzysty i proporcjonalny. Te cztery normy prawne (zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców, proporcjonalność, przejrzystość) mają odmienne znaczenie, ale są ze sobą ściśle powiązane i dopiero łącznie tworzą całość oddającą zamierzony cel. Przy tym równe traktowanie wykonawców jest istotnym elementem zachowania zasady uczciwej konkurencji, która z kolei wiąże się z określeniem proporcjonalnych wymagań, a jej instrumentem jest przejrzystość (transparentność) postępowania (por. wyr. KIO z 25.3.2019 r., KIO 415/19, Legalis).

Konsekwencją udzielenia zamówienia w postępowaniu przygotowanym i prowadzonym w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób przejrzysty i proporcjonalny, są ograniczenia w dokonywaniu zmian umowy w sprawie zamówienia publicznego, wyrażone w art. 454 i 455 PZP. Ograniczenia te stanowią gwarancję pełnego urzeczywistnienia tych zasad w procedurze udzielania zamówień.

Zamawiający zobowiązany jest do respektowania omawianych zasad na każdym etapie postępowania (m.in. podczas oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji wykonawców, podejmowania decyzji o ich wykluczeniu z udziału w postępowaniu, badania prawidłowości złożonych ofert, w tym ustalenia, czy nie zachodzą przesłanki skutkujące ich odrzuceniem oraz podczas oceny ofert). Zasady te wymagają, by wszystkie czynności podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia były podejmowane zgodnie z przepisami i określonymi na ich podstawie regułami przyjętymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia. Zasady te muszą być respektowane również przed wszczęciem postępowania – przy dokonywaniu czynności związanych z jego przygotowaniem (m.in. przy wyborze odpowiedniego trybu, zamieszczenia bądź publikacji ogłoszenia o zamówieniu, opracowaniu dokumentacji postępowania, w tym przede

wszystkim dokonaniu odpowiedniego opisu przedmiotu zamówienia i warunków jego realizacji, określeniu proporcjonalnych i niedyskryminujących wymagań przedmiotowych i podmiotowych oraz odpowiadających im środków dowodowych, a także kryteriów oceny ofert). W wyr. z 7.10.2024 r. (KIO 3291/24, Legalis) Izba wskazała, że chociaż celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaspokojenie uzasadnionych potrzeb zamawiającego, reprezentującego co do zasady interes publiczny w zakresie wyznaczonym realizowanymi zadaniami, to potrzeby te muszą być realizowane w zgodzie z wyraźnie wyróżnionymi w art. 16 i 17 PZP zasadami.

Weryfikacja zgodności działań zamawiającego z zasadami udzielania zamówień publicznych może być dokonywana przez wykonawców za pomocą przewidzianych w tym celu instytucji (w szczególności wnioskowania o wyjaśnienie treści SWZ lub OPiW oraz wnoszenia środków ochrony prawnej) oraz przez odpowiednie organy kontroli. Naruszenie tych zasad przez zamawiających obwarowane jest negatywnymi konsekwencjami określonymi w odrębnych przepisach. Na gruncie PZP jest to odpowiedzialność finansowa z tytułu naruszenia przepisów PZP (dział XII „Przepisy o karach pieniężnych”), a nawet ryzyko unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w okolicznościach wskazanych w art. 457 ust. 1 PZP. Naruszenie zasad udzielania zamówień wiąże się też z odpowiedzialnością osobistą z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określoną w przepisach DyscypFinPubU. Odpowiedzialność tę ponoszą kierownicy jednostek sektora finansów publicznych oraz ich pracownicy lub osoby, którym powierzono czynności związane z przygotowaniem i przeprowadzeniem postępowania (art. 4 i 17 DyscypFinPubU).

Z szeregu przepisów PZP ustanawiających obowiązek respektowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynika, że właściwie każda czynność w postępowaniu powinna być podejmowana przez zamawiającego z poszanowaniem tej zasady. Zamawiający zobowiązany jest przygotować i prowadzić postępowanie w taki sposób, by stworzyć wykonawcom warunki do konkurowania między sobą na uczciwych i równych zasadach. Na etapie przygotowania postępowania

oznacza to przede wszystkim zakaz ograniczenia konkurencji w postępowaniu przez określanie nadmiernych warunków podmiotowych lub wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia i tym samym preferowanie określonych wykonawców kosztem innych lub zawężanie kręgu wykonawców ponad potrzebę zapewnienia, że zamówienie będzie wykonywać wykonawca wiarygodny i zdolny do jego należytej realizacji, w sposób odpowiadający potrzebom zamawiającego i przepisom prawa.

Przestrzeganie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wiąże się także z obowiązkiem zapewnienia każdemu z wykonawców równego dostępu do informacji w postępowaniu, dotyczących wymagań zamawiającego oraz obowiązkiem dokonania badania i oceny wniosków lub ofert zgodnie z przepisami PZP, a także regułami przyjętymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, bez stosowania jakichkolwiek nieuzasadnionych odstępstw. Naruszenie tej zasady wywodzi się bowiem z podejmowania czynności przez zamawiającego w sposób naruszający przepisy PZP lub nieznajdujący uzasadnienia w wymaganiach, określonych w dokumentach zamówienia, a w konsekwencji uprzywilejowujący jednego lub określony – z reguły wąski – krąg wykonawców, kosztem defaworyzowania innych (por. wyr. KIO z 14.6.2023 r., KIO 1492/23, Legalis).

Zasada równego traktowania wykonawców wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione - por. wyr. TSUE (i przytoczone w jego uzasadnieniu orzecznictwo) z 10.10.2013 r. w sprawie C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v. Manova A/S, EU:C:2013:647. W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się także, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom

takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (por. wyr. TSUE: z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; z 24.5.2016 r. w sprawie C-396/14, MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark, EU:C:2016:347; z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, EU:C:2008:731).

Na etapie badania i oceny ofert zamawiający, w celu zapewnienia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zobowiązany jest do wyjaśnienia treści oferty w zakresie budzącym wątpliwości (art. 223 ust. 1 PZP), poprawienia omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 PZP, **wyjaśnienia rażąco niskiej ceny lub kosztu** (art. 224 PZP), a także zweryfikowania, czy występują podstawy do odrzucenia oferty, określone w art. 226 ust. 1 PZP. Jak wskazała KIO (w wyr. z 30.5.2016 r., KIO 826/16, Legalis), przejawem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest dążenie do utrzymania konkurencyjności postępowania, przez podejmowanie działań zmierzających do usunięcia z ofert lub wniosków niektórych niedokładności czy błędów, które w ocenie ustawodawcy nie mają istotnego znaczenia dla wyboru oferty najkorzystniejszej. "Czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. **Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców**" (tak KIO w wyr. z 21.4.2022 r., KIO 923/22, Legalis).

Zasada uczciwej konkurencji wyraża się również w **obowiązku odrzucenia oferty, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ZNKU** (art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP).

Przepisy ZNKU, określając, jakie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, nie zawierają ich zamkniętego katalogu.

Zgodnie z klauzulą generalną, wyrażoną w art. 3 ZNKU, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

W świetle art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, ma obowiązek ustalić (czego nie uczynił), czy nie została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. 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 jedynie 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, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym, nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Czynem nieuczciwej konkurencji będzie zatem zawsze takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Sprzeczność z prawem należy przy tym rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym, mającą bezpośrednie zastosowanie umową międzynarodową. Dobre obyczaje natomiast to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Nie każde jednak działanie

przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami będzie kwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji, lecz tylko takie, które narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. W postępowaniu o udzielenie zamówienia, aby dane działanie wykonawcy mogło być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, musi wywoływać negatywne skutki w sferze interesów zamawiającego lub innych wykonawców (por. wyr. KIO z 21.2.2024 r., KIO 410/24, Legalis).

Jako czyn nieuczciwej konkurencji może być uznana praktyka manipulowania ceną oferty, np. poprzez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że ich część określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów koniecznych do realizacji wyodrębnionej części zamówienia, a część cen jest bez uzasadnienia zawyżana, by zrekompensować zniżenie innych. Brak obiektywnego uzasadnienia dla dokonywania takiej operacji może wskazywać, że jedynym jej celem jest zamierzona optymalizacja wyceny przedmiotu zamówienia, nakierowana na uzyskanie przewagi nad innymi wykonawcami w przyjętych przez zamawiającego kryteriach oceny ofert, zawyżenie ostatecznego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy lub odmienne, od określonego w dokumentach zamówienia, jego rozliczenie, np. otrzymanie części wynagrodzenia za wykonanie zamówienia na wcześniejszym etapie jego realizacji. 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). Manipulacja zdaniem odwołującego, w realiach sprawy przejawia się w próbie przekonania (manipulacji), że nie mamy do czynienia z ceną dumpingową.

Ofertą złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji jest też oferta z tzw. ceną dumpingową. W świetle art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU, czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Zgodnie z utrwalonym na gruncie PZP2004 i nadal aktualnym orzecznictwem do

zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP nie jest wystarczające wykazanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ZNKU czyn nieuczciwej konkurencji musi polegać na intencjonalnym działaniu wykonawcy, nakierowanym na eliminację z rynku innych wykonawców (przedsiębiorców), a cena oferty musi wskazywać na sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu.

Informacje niezgodne z rzeczywistością, wprowadzające zamawiającego w błąd, składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, powinny być badane również pod kątem ustalenia przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty z powodu złożenia jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, nawet jeśli zamawiający nie przewidział stosowania tzw. fakultatywnych przesłanek wykluczenia, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP. Chodzi tu o informacje, które składają się na treść oferty sensu stricto, przede wszystkim punktowane w kryteriach oceny ofert, jak na przykład doświadczenie wykonawcy czy jego personelu, ale też dotyczące oferowanych usług, wytwarzanych towarów etc. Posługiwanie się takimi informacjami stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, zagrażające lub naruszające interes zamawiającego lub innego wykonawcy (art. 3 ust. 1 ZNKU). Wyczerpuje także znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, stypizowanego w art. 14 ZNKU. W świetle tego przepisu czynem nieuczciwej konkurencji jest również rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim lub innym przedsiębiorcy albo przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Wiadomościami takimi, zgodnie z art. 14 ust. 2 ZNKU, są nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, w szczególności o:

1. osobach kierujących przedsiębiorstwem,
2. wytwarzanych towarach lub świadczonych usługach,
3. stosowanych cenach,
4. sytuacji gospodarczej lub prawnej.

W wyr. z 23.5.2023 r. (KIO 1287/23, Legalis) KIO wskazała, że „Odrzucenie oferty z uwagi na jej złożenie w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji jest niezależne od zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy z powodu przedstawienia zamawiającemu nieprawdziwych informacji, a zakres zastosowania tych przepisów nie jest identyczny. Nie sposób zaakceptować poglądu, że wykonawca popełniający czyn nieuczciwej konkurencji nie może zostać wyeliminowany z postępowania z tego powodu, że Zamawiający nie przewidział fakultatywnych przesłanek wykluczenia, mimo że działania wykonawcy wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji”. W wyr. z 19.6.2024 r. (KIO 1205/24, KIO 1211/24, Legalis) Izba stwierdziła, że oświadczenia zawarte w wykazie osób, oceniane w ramach kryteriów oceny ofert, stanowią oświadczenia woli wykonawcy, dotyczące realizacji zamówienia, a tym samym ofertę w rozumieniu art. 226 PZP. W konsekwencji uznała, że złożenie w wykazie osób, przedstawianym do oceny w kryteriach oceny ofert, informacji wprowadzających zamawiającego w błąd skutkuje odrzuceniem oferty jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zob. również wyr. KIO z 1.12.2022 r. (KIO 3025/22, Legalis), w którym Izba uznała przedstawienie informacji nieprawdziwej dotyczącej doświadczenia kierownika budowy jako rozpowszechnianie informacji nieprawdziwych o swoim przedsiębiorstwie mające na celu uzyskanie zamówienia publicznego i tym samym przysporzenie korzyści. Takie postępowanie wykonawcy – pomimo braku w postępowaniu przesłanek wykluczenia określonych w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP – Izba uznała za złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w konsekwencji nakazała jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ZNKU. Izba powołała się przy tym na wyr. z 17.9.2020 r. (KIO 2048/20, Legalis), w którym KIO stwierdziła, że „dobre obyczaje powinny wyrażać się w szacunku dla drugiej strony, uczciwości, rzetelności, zaufaniu, lojalności, szczerości, fachowości, poszanowaniu godności, prywatności, interesów drugiej strony czy niewprowadzaniu w błąd”. Por. wyr. KIO z 21.1.2022 r., KIO 5/22, Legalis.

ŻĄDANIA ODWOŁUJĄCEGO

Wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert,
- odrzucenia oferty wykonawcy PG EKOTECH sp. z o.o. z Gliwic w szczególności na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp.

DOWODY

Na poparcie powyższych twierdzeń wnoszę o dopuszczenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1. SWZ,**
- 2. oferta własna,**
- 3. oferta PG EKOTECH sp. z o.o.**
- 4. komplet wyjaśnień wraz ze wszystkimi dowodami, które złożył wybrany wykonawca w zakresie rażąco niskiej ceny,**
- 5. własna kalkulacja kosztów,**
- 6. analiza dokonana przez zamawiającego.**

W przypadku braku dokumentu stanowiącego analizę i ocenę wyjaśnień wykonawcy PG EKOTECH sp. z o.o. w zakresie rażąco niskiej ceny wnoszę o wezwanie zamawiającego do wskazania konkretnych osób, które dokonywały tych czynności i wezwanie ww. w celu ich przesłuchania w charakterze świadków na okoliczność dokonanej analizy i oceny wyjaśnień PG EKOTECH sp. z o.o.

W kwestii zasadności przeprowadzenia dowodu z zeznań świadków.

Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą opiera się na przepisach ustawy Pzp, a w zakresie nieuregulowanym – na przepisach Kodeksu postępowania cywilnego (Kpc).

Art. 536 ustawy Pzp stanowi, że dowodami w postępowaniu odwoławczym są w szczególności oświadczenia, dokumenty, opinie biegłych oraz inne środki dowodowe, o których mowa w przepisach Kodeksu postępowania cywilnego.

Kodeks postępowania cywilnego wprost przewiduje dowód z zeznań świadków.

Odwołujący wie, że składy orzekające KIO podchodzą do wniosków o przesłuchanie świadków z dużą rezerwą.

Wynika to z kilku zupełnie zrozumiałych powodów:

Dokumentacyjny charakter postępowania:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest sformalizowane i ma charakter pisemny. Kluczowym dowodem na przebieg oceny ofert jest protokół postępowania oraz cała dokumentacja zgromadzona przez Zamawiającego. KIO ocenia legalność czynności na podstawie tego, co jest w dokumentach, a nie na podstawie subiektywnych odczuć czy wewnętrznych procesów myślowych oceniających.

Przedmiot oceny KIO: Izba nie bada tego, "co myślał" członek komisji, akceptując wyjaśnienia, ale dokonuje własnej, obiektywnej oceny, czy złożone przez wykonawcę wyjaśnienia i dowody były wystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny. To, czy członek komisji był przekonany, ma drugorzędne znaczenie – liczy się to, czy jego przekonanie miało oparcie w obiektywnych dowodach.

Szybkość postępowania:

Postępowanie odwoławcze z założenia ma być szybkie. Przesłuchania świadków znacząco wydłużają czas trwania rozprawy i rzadko wnoszą do sprawy informacje, których nie można wyczytać z dokumentów.

Ryzyko dla odwołującego:

Świadek (pracownik Zamawiającego) wezwany na rozprawę najprawdopodobniej będzie bronił podjętej przez siebie decyzji,

potencjalnie dostarczając argumentów stronie przeciwnej. Jego zeznania mogą być próbą "racjonalizacji" decyzji *post factum*.

To nie oznacza jednak, że przedmiotowy wniosek nie powinien być rozpatrywany w wyjątkowych sytuacjach np. gdy:

Istnieje uzasadnione podejrzenie, że czynności udokumentowane w protokole w ogóle nie miały miejsca lub miały zupełnie inny przebieg.

Odwołujący chce udowodnić konkretny, obiektywny fakt, który nie wynika z dokumentów, np. czy dane spotkanie w celu analizy wyjaśnień ceny się odbyło.

A co najistotniejsze -

W ocenie odwołującego nie istnieje żaden dokument sporządzony przez zamawiającego, będący analizą i oceną wyjaśnień złożonych w dniu 11 lipca 2025 r.

Skoro tak, to albo należy *a priori* uznać, że zamawiający nie sprostął wymogom prawa i w ogóle nie dokonał analizy wyjaśnień ww. wykonawcy, albo wprawdzie dokonano oceny ale nie sporządzono żadnego dokumentu i w takim przypadku wniosek o przesłuchanie świadków jest szczególnie zasadny.

Jakie konkretnie czynności powinien podjąć zamawiający aby ocenić czy z wyjaśnień wykonawcy wynika, że cena nie jest rażąco niska?

Zamawiający, działając z należytą starannością, nie może biernie przyjąć wyjaśnień. Musi przeprowadzić ich aktywną, krytyczną i wnikliwą analizę. Musi dojść do konkretnych czynności, które zamawiający powinien podjąć, aby prawidłowo ocenić, czy cena nie jest rażąco niska.

Zanim Zamawiający przejdzie do analizy merytorycznej, musi sprawdzić podstawy.

Weryfikacja formalna i kompletność wyjaśnień.

Sprawdzenie Kompletności:

Czy wykonawca odpowiedział na wszystkie pytania i wątpliwości zawarte w wezwaniu?

Czy odniósł się do wszystkich istotnych składników ceny, o które pytał Zamawiający?

Brak odpowiedzi na którekolwiek z pytań jest poważnym uchybieniem.

Sprawdzenie Konkretności:

Czy wyjaśnienia są konkretne i odnoszą się do tego konkretnego zamówienia, czy są to **ogólnikowe, marketingowe frazesy**?

Źle:

"Posiadamy wysokie rabaty u dostawców i zoptymalizowane procesy logistyczne."

Dobrze:

"Dla zadania nr 1, materiał X pozyskamy od dostawcy Y w cenie Z zł za jednostkę, co jest o 25% taniej od ceny rynkowej. Na potwierdzenie załączamy ofertę od dostawcy Y z dnia [data], ważną na czas realizacji zamówienia."

Weryfikacja Arytmetyczna:

Czy przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja jest matematycznie poprawna?

Czy suma wskazanych kosztów składowych, po dodaniu ewentualnego zysku, faktycznie daje cenę ofertową?

Błędy rachunkowe całkowicie dyskwalifikują wiarygodność wyjaśnień.

Analiza merytoryczna wyjaśnień i dowodów.

Zamawiający musi ocenić treść wyjaśnień, konfrontując je z dowodami i realiami rynkowymi.

Zasada "dowody ponad oświadczenia":

Czy wykonawca poparł swoje twierdzenia obiektywnymi dowodami?
Zamawiający nie może opierać się na samych deklaracjach (oświadczeniach) wykonawcy.

Zamawiający musi zweryfikować załączone dowody:

Czy są to aktualne oferty od dostawców?

Czy to faktury potwierdzające wcześniejsze zakupy po podobnych cenach?

Czy to wewnętrzne, szczegółowe kalkulacje, analizy, harmonogramy?

Czy dowody te są bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia?

Analiza kosztów pracy:

Czy przyjęta w kalkulacji stawka za roboczogodzinę jest nie niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące w danym roku?

Czy Zamawiający uwzględnił wszystkie obowiązkowe narzuty na wynagrodzenie (składki ZUS, PPK itp.)?

Czy oszacowana liczba pracowników i roboczogodzin jest realistyczna w stosunku do zakresu i terminu realizacji zamówienia? Zamawiający musi to ocenić w oparciu o własną wiedzę i doświadczenie.

Analiza kosztów materiałów i usług:

Czy ceny materiałów lub usług podwykonawców, na które powołuje się wykonawca, są rynkowo możliwe do uzyskania? Zamawiający powinien dokonać choćby uproszczonego rozeznania rynku (np. sprawdzając ceny w internecie, w hurtowniach).

Jeśli wykonawca powołuje się na wyjątkowe rabaty, czy udowodnił ich istnienie (np. umową ramową z dostawcą, wiążącą ofertą)?

Weryfikacja kosztów pośrednich i zysku:

Czy kalkulacja wykonawcy uwzględnia koszty ogólne prowadzenia działalności (tzw. koszty zarządu: księgowość, ubezpieczenie, administracja, logistyka)?

Czy kalkulacja uwzględnia jakikolwiek zysk?

Chociaż realizacja zamówienia z zerowym lub nawet ujemnym zyskiem jest dopuszczalna w wyjątkowych okolicznościach (np. wejście na nowy rynek, utrzymanie zatrudnienia), wykonawca musi to w sposób przekonujący uzasadnić. Zamawiający musi ocenić, czy takie uzasadnienie jest wiarygodne.

Ocena wyjątkowych uwarunkowań:

Jeśli wykonawca powołuje się na "szczególnie sprzyjające warunki wykonania zamówienia", "oryginalne rozwiązania techniczne" lub "pomoc publiczną", Zamawiający musi zweryfikować, czy te warunki faktycznie istnieją, czy są legalne i czy rzeczywiście wpływają na obniżenie ceny w podanym zakresie.

Dokumentacja procesu oceny.

Czynności Zamawiającego muszą być udokumentowane, aby możliwa była ich kontrola.

Sporządzenie notatki lub wewnętrznej opinii:

Dobrą praktyką jest sporządzenie przez komisję przetargową pisemnej notatki z analizy wyjaśnień.

Taki dokument szczegółowo opisuje, co i jak zostało zbadane oraz dlaczego uznano wyjaśnienia za wiarygodne lub nie.

Szczegółowe uzasadnienie w protokole postępowania:

Zamawiający ma obowiązek udokumentować wynik oceny.

W protokole nie może znaleźć się lakoniczne stwierdzenie że wyjaśnienia przyjęto.

Powinno znaleźć się tam merytoryczne uzasadnienie decyzji, np.: "Zamawiający uznał wyjaśnienia za wiarygodne, ponieważ Wykonawca przedstawił dowody w postaci oferty od dostawcy X, które potwierdzają możliwość pozyskania materiału Y w cenie o 30% niższej od szacunków Zamawiającego. Ponadto, przedstawiona kalkulacja kosztów pracy uwzględnia minimalne wynagrodzenie oraz narzuty ZUS... itp."

Kiedy zamawiający powinien odrzucić ofertę?

Zamawiający powinien odrzucić ofertę, jeśli w wyniku powyższej analizy stwierdzi, że:

- Wyjaśnienia są gołosłowne, ogólnikowe i niepoparte dowodami.
- Kalkulacja zawiera błędy matematyczne.
- Przyjęte koszty (zwłaszcza pracy) są poniżej progu wymaganego prawem.
- Dowody są niewiarygodne, nieaktualne lub nie dotyczą przedmiotu zamówienia.
- Mimo złożenia wyjaśnień, wątpliwości co do realności ceny nie zostały rozwiane.

Zdaniem odwołującego, zamawiający jeżeli nawet dokonywał ww. czynności (analizy) to nie dokonał ich rzetelnie.

Również PG EKOTECH sp. z o.o. nie wykazała żadnych wyjątkowych okoliczności, które powodowałyby, że realizacja zamówienia z "ujemnym zyskiem" czyli ze stratą nie musi być oceniona jako nieuprawniona czy wręcz jako czyn nieuczciwej konkurencji.

Jak wspomniano powyżej - "W postępowaniu odwoławczym dotyczącym rażąco niskiej ceny dochodzi do przerzucenia ciężaru dowodu. Odwołujący ma obowiązek jedynie uprawdopodobnić, że cena oferty konkurenta jest rażąco niska. Natomiast to na Zamawiającym i przystępującym po jego

stronie wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że cena została skalkulowana prawidłowo i gwarantuje należyte wykonanie zamówienia. Brak przedstawienia przekonujących dowodów przez Zamawiającego i wykonawcę skutkuje uwzględnieniem odwołania."

Wyrok KIO z 1 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1445/23

Niemniej jednak odwołujący przedstawia poniżej własne kalkulacje przy minimalnym poziomie zysku **5% (*de facto* działalność nastawiona na przetrwanie firmy**, a nie na jej prawidłowy rozwój).

Założenia kosztowe:

Paliwo (olej napędowy)

Cena hurtowa za 1 litr (zachowawczo) 5,50 złotych

Operator sprzętu

Roboczogodzina 35,00 złotych (minimalna stawka brutto + ZUS)

Osoba do dozoru BHP

Koszt miesięczny średnio 7.000 złotych

Serwis/eksploatacja spycharki, smary, części, amortyzacja

mtm 40,00 złotych

Amortyzacja + leasing/raty

mtm 90,00 złotych realna wartość przy sprzęcie używanym

Kalkulacja kosztów (24 miesiące):

Dwie spycharki

12.670 mth pod obciążeniem

5.432 mth bieg jałowy

Personel:

Operatorzy - min. dwie osoby

Służba BHP - jedna osoba

Dozór - min. 1 osoba

Kalkulacja techniczna:

Paliwo (ON):

$$12.670 \text{ mth} \times 11 \text{ l} = 139.370 \text{ l}$$

$$139.370 \times 5,50 \text{ zł} = 766.535 \text{ zł}$$

Serwis/eksploatacja:

$$(12.670 + 5.432) \text{ mth} = 18.102 \text{ mth}$$

$$18.102 \times 40 \text{ zł} = 724.080 \text{ zł}$$

Amortyzacja/leasing:

$$18.102 \times 90 \text{ zł} = 1.629.180 \text{ zł}$$

Koszt robocizny:

$$\text{Operatorzy: } 2 \times 173 \times 24 \times 35 \text{ zł} = 289.920 \text{ zł}$$

$$\text{BHP} + \text{dozór: } 2 \times 7.000 \times 24 = 336.000 \text{ zł}$$

Suma:

Paliwo: min. 766.535 zł

Serwis i eksploatacja: min. 724.080 zł

Amortyzacja/leasing: min. 1.629.180 zł

Robocizna: 289.920 zł

BHP + dozór: 336.000 zł

Razem netto: 3.745.715 zł + 5% (?) zysk 187.285 zł

RAZEM NETTO 3.933.000 zł

Brutto (23% VAT) 4.837.590 zł

Z moich doświadczeń wynika, że aby firma świadcząca usługi maszynami budowlanymi mogła się rozwijać, a nie tylko przetrwać, powinna celować w roczny zysk netto na poziomie 15-25% całkowitych przychodów.

Poziom poniżej 10% często oznacza stagnację i walkę o przetrwanie, podczas gdy zysk powyżej 25% jest wynikiem bardzo dobrej koniunktury, unikalnej specjalizacji lub wyjątkowej efektywności operacyjnej.

Ważne jest rozróżnienie dwóch poziomów zysku:

Marża brutto na usługach:

To zysk, jaki generuje pojedyncza maszyna po odjęciu bezpośrednich kosztów jej pracy (paliwo, wynagrodzenie operatora, podstawowe smary/filtry). Ta marża powinna być znacznie wyższa, np. 40-60%, ponieważ musi pokryć wszystkie pozostałe koszty firmy.

Rentowność netto firmy:

To jest ostateczny zysk, który zostaje po opłaceniu wszystkich kosztów: kosztów stałych (leasing, ubezpieczenia, ZUS, księgowość, marketing), amortyzacji sprzętu i podatków. **To właśnie ten wskaźnik na poziomie 15-25% jest kluczowy dla rozwoju.**

Zysk netto na poziomie 15-25% pozwala na strategiczne inwestycje, które napędzają wzrost:

Odtworzenie i modernizacja parku maszynowego:

To najważniejszy cel. Zysk pozwala na gromadzenie środków na wkład własny do leasingu na nową, bardziej wydajną i mniej awaryjną maszynę lub na jej zakup za gotówkę.

Budowanie poduszki finansowej:

Zapewnia płynność finansową w okresach mniejszej liczby zleceń (np. zimą) oraz pokrywa koszty nieoczekiwanych, poważnych awarii, które nie są objęte ubezpieczeniem.

Inwestycje w pracowników:

Umożliwia oferowanie konkurencyjnych wynagrodzeń, co pomaga zatrzymać najlepszych operatorów, oraz inwestowanie w ich szkolenia i uprawnienia.

Marketing i sprzedaż:

Finansowanie działań, które pozwolą pozyskać większe lub bardziej rentowne kontrakty.

Nowe technologie:

Wdrożenie systemów GPS do maszyn, oprogramowania do zarządzania zleceniami i flotą, co optymalizuje pracę i redukuje koszty.

Osiągnięcie docelowego progu zysku zależy głównie od kilku kluczowych elementów:

Obłożenie maszyn:

Kluczowe jest maksymalizowanie liczby przepracowanych godzin. Każda godzina przestoju to strata.

Polityka cenowa:

Ceny muszą odzwierciedlać nie tylko bezpośrednie koszty, ale także amortyzację sprzętu, koszty stałe firmy i zakładać marżę na rozwój. Trzeba unikać konkurencji wyłącznie ceną.

Kontrola kosztów:

Ścisłe monitorowanie zużycia paliwa, regularna i prewencyjna konserwacja maszyn w celu unikania drogich awarii oraz optymalizacja logistyki.

Jakość usług i renoma:

Niezawodność, terminowość i wysokie kwalifikacje operatorów pozwalają na uzyskiwanie wyższych stawek i budowanie bazy stałych klientów.

Podsumowując:

Zamawiający dokonał wyboru oferty podmiotu, która to oferta zawiera rażąco niską cenę, co wstępnie zostało wykazane powyżej, w pozostałym zakresie ciężar dowodu spoczywa na PG EKOTECH sp. z o.o. lub zamawiającym i wobec ww. odwołujący niniejsze odwołanie uważa za szczególnie uzasadnione.

Uprzedzając ewentualny zarzut ze strony zamawiającego, że upłynął już termin na skuteczne odwołanie, bo cenę konkurencyjnej oferty można było skarżyć gdy została ujawniona:

Przedmiotem odwołania jest czynność (lub zaniechanie) Zamawiającego. Środki ochrony prawnej (czyli odwołanie do KIO) nie służą do skarżenia działań innych wykonawców. Służą do skarżenia czynności lub zaniechań Zamawiającego, które są niezgodne z przepisami i naruszają interes wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

Samo złożenie oferty z niską ceną przez konkurenta nie jest jeszcze czynnością Zamawiającego.

Dopiero wybór tej oferty jest czynnością, którą można zaskarżyć.

Również orzecznictwo konsekwentnie stoi na stanowisku, że odwołanie jest środkiem prawnym skierowanym przeciwko władczym rozstrzygnięciom Zamawiającego. Działanie innego wykonawcy (np. złożenie oferty) jest jedynie okolicznością faktyczną, która może (ale nie musi) prowadzić do niezgodnej z prawem czynności lub zaniechania po stronie Zamawiającego.

To właśnie ta czynność lub zaniechanie Zamawiającego stanowi istotę sporu przed KIO.

Wyrok KIO z 19 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1483/21

Fragment z uzasadnienia:

Izba wielokrotnie podkreślała, że przedmiotem zarzutów odwołania nie mogą być działania czy zaniechania konkurentów rynkowych odwołującego, lecz wyłącznie Zamawiającego. Wykonawca, wnosząc odwołanie, musi precyzyjnie wskazać, jaką czynność Zamawiającego kwestionuje i na czym polegało naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Wyrok KIO z dnia 18 marca 2022 r., sygn. akt KIO 614/22

Kluczowy wniosek:

W tym wyroku Izba badała zarzut zaniechania odrzucenia oferty konkurenta. Odwołujący nie skarżył tego, że konkurent złożył ofertę niezgodną z SWZ, ale to, że Zamawiający zaniechał jej odrzucenia, naruszając tym samym art. 226 ust. 1 ustawy Pzp. To jest prawidłowo postawiony zarzut.

Postanowienie KIO z 10 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 31/23

Fragment z uzasadnienia:

Dopóki Zamawiający nie dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zmaterializowała się jeszcze szkoda po stronie odwołującego, polegająca na nieuzyskaniu zamówienia. Samo powzięcie informacji o cenach z otwarcia ofert nie jest czynnością Zamawiającego, od której przysługuje odwołanie. Odwołujący musi poczekać na decyzję Zamawiającego, która może być dla niego niekorzystna.

Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2024 r., sygn. akt KIO 285/24

Fragment z uzasadnienia:

"Wskazana w odwołaniu czynność Zamawiającego w postaci wyboru oferty [...] oraz zaniechanie wykluczenia [...] z postępowania, naraża Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia." Jak widać, odwołujący łączy tu bezpośrednio czynność i zaniechanie Zamawiającego z naruszeniem swojego interesu.

Tomasz Ścibisz

Załączniki: dowód przekazania odwołania zamawiającemu, odpis dla zamawiającego.

PRO-DIGGER SERVICES
Tomasz Ścibisz
41-260 Sławków, ul. Komora 14
tel. 512332073 NIP: 6252486838

