



Władysław Radzik

Siedziba główna:
39-218 Straszecin 9a

tel.: 14 683 33 66
fax.: 14 683 33 99

e-mail : sekretariat@radzik.com.pl
www.radzik.com.pl
fb.me/slusarstworadzik



Nagroda Lider Bezpieczeństwa
Państwa 2019 w kategorii
Innowacyjny Produkt za
Wielomodułowy Trener
Ratunkowy.

Straszecin, 27.08.2021 r.

URZĄD GMINY CZARNA

Wpł. 2021 -08- 2 7

Gmina Czarna
ul. Dworcowa 6
39-215 Czarna

Nr. PG26

Dotyczy: postępowanie w formie przetargu nieograniczonego pn.” Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Czarna oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych – nr. IUE.271.8.2021

W imieniu firmy Ślusarstwo Produkcja-Handel-Usługi Władysław Radzik w spadku wnosimy jako uczestnicy opinię o niezgodności oferty Wykonawcy firmy P.H.U. EcoTech Karol Wiśniewski, 28-130 Stopnica ul. T. Kościuszki 65 c. W załączeniu opinia Kancelarii Zamówień Publicznych Justyna Starek.

Z poważaniem

ZARZĄDCA SUKCESYJNY

Marcin Radzik



Władysław Radzik w spadku
39-218 Straszecin 9A
tel. 14 68 333 99, fax 68 333 66
NIP 872-000-27-12, Regon 850236693



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

Proszowice, 26.08.2021 r.

WYKONAWCA:

„Ślusarstwo” Produkcja Handel Usługi

Władysław Radzik w spadku

39-218 Straszęcin 9a

ZAMAWIAJĄCY:

Gmina Czarna

Ul. Dworcowa 6

39-215 Czarna

Znak pisma: JUE.271.8.2021

INFORMACJA DLA ZAMAWIAJĄCEGO

Opinia przygotowana dla Wykonawcy

„Ślusarstwo” Produkcja-Handel-Usługi

Władysław Radzik w spadku

39- 218 Straszęcin 9 A



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

Niniejszym działając w imieniu mojego mocodawcy, uprzejmie informuję o nieścisłościach w złożonej ofercie PUH EcoTech Karol Wiśniewski oraz zaskarżam ofertę w całości i tym samym wnoszę o:

1. Odrzucenie niniejszej oferty poprzez niezgodność jej w przedmiocie zamówienia,
2. Wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej oraz spełniającej wszystkie wymagania Zamawiającego,
3. Przeprowadzenie dokładnej analizy złożonych ofert,
4. Wyboru wykonawcy zgodnie z obowiązującymi przepisami.

UZASADNIENIE

Zamawiający, w dalszym ciągu podejmuje działania polegające na ocenie i weryfikacji oferty, a także składanie wyjaśnień i dokumentów w toczącym się postępowaniu numer JUE.271.8.2021 na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Czarna oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych”, co w Naszej opinii narusza wszystkie zasady zamówień publicznych, a oferta złożona przez Wykonawcę PUH EcoTech podlega odrzuceniu.

Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić z następujących względów.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do zarzutów niezgodności oferty w sposób merytoryczny, tj. dotyczący opisu przedmiotu zamówienia.

I. Niezgodność z SWZ:



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

1. Punkt 3.3.2.7 podpunkt c dotyczy konieczności zagospodarowania odpadów zgodnie z przepisami prawa. Oferta Wykonawcy EcoTech (załącznik nr 9 do SWZ) wskazuje, iż w punkcie 2a przedstawił dwa podmioty, do których zamierza kierować selektywnie zbierane odpady komunalne tj. - Gminny Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie, 39-103 Ostrów 225 (Decyzja Marszałka Województwa Podkarpackiego, znak OS-I.7222.4.2.2021.RD z dnia 09.04.2021r. – w sprawie ujednolicenia tekstu pozwolenia zintegrowanego na prowadzenie Instalacji komunalnych w Kozodrzy, gmina Ostrów - plik zip- link do decyzji <http://www.gzukostrow.pl/index.php/akty-prawne/decyzje>). Nie mniej jednak okazuje się, że nie posiadają oni uprawnień do zbierania odpadów segregowanych przewidzianych w postępowaniu (z wyłączeniem opon 160103, popiołu, odpadów 200199, odpadów budowlanych 170107 i 200399 odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach). Drugim podmiotem okazała się ich własna firma, przy czym brakuje wskazania podmiotu dla zagospodarowania kodów 200201, 200301. Dodatkowo Zamawiający w formularzu ofertowym żąda przyporządkowania kodu odpadu do danej instalacji, czy EcoTech nie wykazał. W związku z powyższym wnosimy o informację od Zamawiającego, jakie w tej części wyjaśnienia treści oferty wniósł niniejszy Wykonawca.

Komentarz:

Zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego musi prowadzić postępowanie zgodnie nie tylko z przepisami Pzp, ale także innych przepisów prawa. Wskazując w formularzu ofertowym obowiązek przyporządkowania kodu odpadu do danej instalacji oczekuje, że będzie miał możliwość kontroli całego procesu gospodarowania odpadami od miejsca wytworzenia do wjazdu na teren instalacji, oraz uzyskanie informacji o uzyskanych frakcjach. Nie mniej jednak brak takiej informacji (na żądanie zamawiającego) czyni tę ofertę niezgodną z dokumentami zamówienia. W tym wypadku zamawiający ma możliwość



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień, ale nie mniej jednak ciężko jest ocenić czy taki brak informacji nie czyni złożenia oferty niezgodnej z dokumentami zamówienia, co jest jedną z przesłanek do odrzucenia oferty. Należy także mieć na uwadze, że zastosowanie podstawy odrzucenia oferty z art. 226.1.5 (jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia) konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie ta niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie jest niezgodne z konkretnymi wskazaniami, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości uznaje przyjęcie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia jako naruszenie zasady równości wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Wyrok TS z 22.6.1993 r., C-243/89, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Danii, EU:C:1993:257.) Nie mniej jednak niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, ze względu na przewidziany w art. 223.2.3 (inna omyłka) obowiązek zamawiającego polegający na poprawieniu w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność oferty powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczących zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy.

Nie mniej jednak czynność odrzucenia oferty dotyczy tylko określonych sytuacji, które wystąpiły w trakcie oceny i badania oferty. Ten rodzaj czynności następuje po ustaleniu, że oferta wykonawcy została złożona w terminie. Jedną z czynności badania i oceny oferty jest sprawdzenie, czy oferta odpowiada warunkom przedmiotowym określonym przez zamawiającego.



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

Warto dokładnie zapoznać się z argumentacją dotyczącą w tym wypadku podstawą do odrzucenia oferty, która została podniesiona w tym punkcie. Jest to przesłanka odrzucenia wynikająca z niezgodności treści oferty z przepisami ustawy (w domyśle ustawy Pzp).

2. W punkcie 3.4.1. należy zauważyć, że Zamawiający przyporządkowuje kody odpadów do rodzaju odpadów odbieranych z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, natomiast w formularzu ofertowym już nie zamieszcza tych kodów. Natomiast w tym samym punkcie wskazuje kod odpadu 200199 jako popioły i żużle domowe z palenisk domowych, natomiast w części dotyczącej selektywnego odbierania odpadów przy kodzie 200199 nie zamieszcza takiego opisu.

II. Wyjaśnienia i odpowiedzi na pytania do SWZ

1. Po pierwsze, w odpowiedzi na pytanie 1 - Zamawiający przedstawia ilości odebranych odpadów za rok 2020 z PSZOK i w tab. 2 od mieszkańców. Z tabeli 2 wynika, iż w roku 2020 odebrano od mieszkańców gminy 61,67 Mg odpadów popiołu (kod 200399). Tymczasem w formularzu ofertowym przyjmuje założenie iż w ciągu roku 2022 odebranych zostanie 392 Mg tego rodzaju odpadu (kod odpadu 200199 popioły).

III. Oferta firmy EcoTech

1. Oferta złożona przez Wykonawcę EcoTech w naszej ocenie jest rażąco niska, a wyjaśnienia w żaden sposób nie spełniają wymagań formalnych wynikających z ustawy Pzp. Należy podkreślić, iż ocenienie rażąco niskiej ceny, nie dotyczy jedynie przypadku różnicy min 30% w stosunku do szacowanej wartości czy też różnicy złożonych ofert. Nie mniej jednak oferta EcoTech w porównaniu z pozostałymi ofertami winna budzić obawy po stronie Zamawiającego, gdyż jest rażąco niską ceną istotnych składowych oferty w porównaniu do: pozostałych oferentów, cen rynkowych i oferty firmy tego Wykonawcy złożonej w postępowaniu



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

dotyczącym tego samego przedmiotu zamówienia dotyczącej odbierania odpadów z terenu gminy. Czarna w roku 2021 (złożona we wrześniu 2020 r.).

IV. Wyjaśnienia firmy EcoTech dotyczące:

A. rażąco niskiej ceny składowych oferty:

1. W punkcie 2 wyjaśnień firmy EcoTech z dn.04.08.2021 zauważamy, że: "Zaoferowane przez Wykonawcę stawki wynikały wprost ze skrupulatnie przeprowadzonych wyliczeń, podpartych wieloletnim doświadczeniem....". Nie niej jednak patrząc na to co wydarzyło się w obecnym roku, oferta z roku 2020 tego Wykonawcy jest podobna, i w żaden sposób nie uwzględnia inflacji, wzrostu wynagrodzeń oraz sytuacji związanej z COVID-19.

2. Punkt 4 wyjaśnień - firma EcoTech wskazuje, że przedstawiony w ofercie poziom cenowy wynika z faktu możliwości zbierania większej ilości odpadów i ich przeładunku na terenie swojej bazy. Jak wspomnieliśmy w punkcie I.1. (powyżej) firma EcoTech nie wskazała miejsca wszystkich rodzajów odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, natomiast aby dokonać przeładunku odpadu o kodzie 200301 niesegregowane odpady komunalne należy posiadać stację przeładunkową i stosowne decyzje do tego rodzaju działalności. Dodatkowo kod 200301 jest jednym z brakujących kodów odpadów z punktu I.1.c. nie wskazano jakie rodzaje odpadów będą gromadzone lub/i przeładowywane i jak wpłynie to na obniżenie ceny. Dodatkowo w wyjaśnieniach w punkcie 7 pada stwierdzenie, iż przedstawiona oferta oparta jest na kalkulacji wg cen rynkowych co możliwe jest do zweryfikowania poprzez przedstawienie ofert podmiotów nawet wskazanych w ofercie tj. GZUK Sp. z o.o. Ostrów.

B. klasyfikacji kodu odpadów selektywnie zbieranych od mieszkańców – popiołów z palenisk domowych:



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

Zastanawiamy się na jakiej podstawie można stwierdzić, że popioły z gospodarstw domowych można odbierać pod kodem 200399, co jest nie prawdą. jeżeli zachodzi sytuacja braku właściwego segregowania odpadów u źródła tj. poprzez mieszkańców powinny one być zakwalifikowane jako odpad o kodzie 200301 - niesegregowane(zmieszane) odpady komunalne; w załączeniu stanowisko Ministerstwa Klimatu i Środowiska oraz Podkarpackiego Urzędu marszałkowskiego w temacie klasyfikacji odpadów popiołów pochodzących z palenisk domowych. Dodatkowo nielogiczne staje się stwierdzenie Wykonawcy, iż : " Chcielibyśmy również podkreślić zagadnienie ilości odpadów(popiołów) podanych w SWIZ gdzie nie jest określone pod jakim kodem wykazane ilości popiołów odebrane z gospodarstw domowych zostały przekazane na instalacje są.". Dodatkowo, w ostatnim zdaniu oferent przewiduje przekazywanie części odpadów popiołów (nie wiadomo jakiej) pod kodem 200399 czyli w cenie 2000,00 pln/Mg w miejsce ceny 5,00 pln/Mg.

Komentarz poza uwagami powyżej:

1. Kolejnym argumentem jest jeszcze czyn nieuczciwej konkurencji, który jest także skatalogowany jako przesłanka do odrzucenia oferty., ponieważ odrzuceniu podlega – zgodnie z ust. 1 pkt 7 komentowanego przepisu – oferta, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W pewnym stopniu ma to związek z nałożonym na zamawiającego obowiązkiem stworzenia na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ram dla uczciwego konkurowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zobligowaniem wykonawców do uczciwego konkurowania o wybór ich oferty. Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga ustalenia, na czym określone działanie polegało, oraz zakwalifikowania go



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 u.z.n.k.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Regulacja ta, poza spełnianiem funkcji korygującej oraz uzupełniającej na gruncie przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, stanowi również definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (art. 5 i n. u.z.n.k.) za nieuczciwie naruszające konkurencję. Na podstawie art. 3 ust. 1 u.z.n.k. możliwe jest zatem uznanie za czyn nieuczciwej konkurencji każdego sprzecznego z prawem lub dobrymi obyczajami zachowania przedsiębiorcy, które nie tylko narusza interes innego przedsiębiorcy, lecz także naruszeniem takim zagraża. Istotne jest wykazanie sprzeczności takiego zachowania z prawem lub dobrymi obyczajami, powstania stanu zagrożenia lub naruszenia interesu prawnego innego przedsiębiorcy lub klienta oraz związku pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia) a zasługującym na ochronę interesem innego uczestnika rynku²²⁹. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać zachowania zmierzające do wygrania postępowania za wszelką cenę, poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia. Zaoferowanie zatem warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji. Oprócz przywołanej ogólnej definicji czynu nieuczciwej konkurencji zasadne jest uwzględnienie art. 3 ust. 2 u.z.n.k., określającego przykłady zachowań składających się na czyn nieuczciwej konkurencji. Są to 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,



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi. W dotychczasowym orzecznictwie uznawano, że dobre obyczaje kupieckie narusza ustalenie odrębnie ocenianych cen na poziomie, który świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych, wyłącznie po to, aby wykorzystując matematyczne zależności, otrzymać najwyższą punktację. 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. Takie postępowanie w sposób ewidentny narusza dobre obyczaje kupieckie i interes innych przedsiębiorców, którzy kalkulują swoje ceny w sposób rynkowy, odnosząc je do kosztów, jakie poniosą w związku z wycenianą usługą, i nie mogą realnie konkurować z wykonawcą. Praktyka taka nie zasługuje na ochronę (Tak np. w wyroku KIO z 11.08.2017 r., KIO 1536/17, LEX nr 2370683.). Natomiast w niektórych przypadkach przyjmowano, że samo ustalenie możliwości działania w porozumieniu pomiędzy podmiotami, na które wskazywać ma identyczna wycena ofert, nie było jeszcze wystarczające do stwierdzenia zawiazania niedozwolonego porozumienia, którego skutkiem miało być naruszenie konkurencji na rynku robot budowlanych objętych przedmiotem zamówienia. Jakkolwiek stwierdzenie identyczności ceny mogło uzasadniać podejrzenie działania w porozumieniu, to w okolicznościach towarzyszących składaniu ofert stwierdzenie zмовы przetargowej nie było możliwe bez wykazania celu antykonkurencyjnego (Zob. wyrok KIO z 10.08.2017 r., KIO 1553/17, KIO 1555/17, LEX nr 2370696.). Zadaniem wykonawcy jest wykazanie sprzeczności oferty konkurenta z konkretnymi „dobrymi obyczajami”, realność zagrożenia interesów innych przedsiębiorców działających na rynku. Nie każdy błąd w



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

obliczeniu kosztu realizacji zamówienia należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji. Błędy w wycenach zdarzają się, mogą wynikać z błędnej interpretacji warunków zamówienia, przyjęcia nieuzasadnionych w danej sytuacji założeń finansowych czy ekonomicznych. Zadaniem wykonawcy zarzucającego innemu przedsiębiorcy nieuczciwe praktyki jest wykazanie naganności, sprzeczności danego zachowania z danym, przyjętym obyczajem kupieckim. Błędy, o ile nie wynikają one z celowych działań wykonawcy, są dopuszczalne i powszechne w działalności przedsiębiorców, a tym samym ich wystąpienie nie może skutkować uznaniem działania wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji (Zob. wyrok KIO z 29.01.2020 r., KIO 97/20, LEX nr 2923344.). Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest 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. Przepis ten uznaje za czyn nieuczciwej konkurencji tzw. zaniżanie cen. Do zakwalifikowania jako czyn nieuczciwej konkurencji nie wystarczy jednak wykazanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (Zob. zwłaszcza Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, red. J. Szwaja, Warszawa 2006, s. 181; oraz E. Nowińska, M. du Vall, Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz, Warszawa 2010, s. 222.). Aby móc uznać takie działanie wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 u.z.n.k., należy wykazać m.in., że jest ono podejmowane w celu wyeliminowania innego przedsiębiorcy z rynku (zajęcia jego miejsca), stworzenia sobie warunków umożliwiających dyktowanie cen lub innych warunków umów oraz że działaniu wykonawcy można przypisać winę umyślną. Uznanie sprzedaży poniżej kosztów własnych (sprzedaży ze stratą) za czyn nieuczciwej konkurencji musi być traktowane jako rozwiązanie wyjątkowe, w szczególności jeżeli weźmie się pod uwagę swobodę ustalania i różnicowania cen w gospodarce wolnorynkowej. Wystąpienie w ofercie wykonawcy rażąco niskiej ceny nie może być więc traktowane automatycznie jako złożenie jej w warunkach nieuczciwej konkurencji (Wyrok KIO z 29.06.2016 r., KIO 1066/16, LEX nr 2139284; wyrok KIO z



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

8.03.2018 r., KIO 322/18, LEX nr 2505327; wyrok KIO z 29.10.2018 r., KIO 1993/18, LEX nr 2588893.). Świadczy o tym chociażby przewidzenie w Prawie zamówień publicznych odrębnych przesłanek odrzucenia oferty z tych tytułów, tj. art. 226 ust. 1 pkt 8 p.z.p. (oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia) oraz art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. (oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji). Utrudnianie dostępu do rynku ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca podejmuje działania; które uniemożliwiają innemu przedsiębiorcy rynkową konfrontację produkowanych przez niego towarów, w efekcie czego swoboda uczestniczenia w działalności gospodarczej, czyli swoboda wejścia na rynek, oferowania na nim swoich towarów lub usług lub wyjścia z danego rynku ulega ograniczeniu. Jeżeli działania te nie wynikają z istoty konkurencji, lecz są podejmowane w celu utrudnienia dostępu do rynku i przy pomocy środków niezajdujących usprawiedliwienia w mechanizmie wolnej konkurencji, stanowią one czyn nieuczciwej konkurencji. Niedozwolona manipulacja cenowa może przybrać postać nie tylko rażąco niskiej ceny, lecz także polegać na rozkładaniu kosztów oferty, które przykładowo zakłada przeniesienie przeważających kosztów na wstępny etap umowy, niezwiązany z postępem prac lub wręcz dający możliwość odstąpienia od realizacji umowy przez wykonawcę po pobraniu wynagrodzenia nieadekwatnego do zakresu wykonanych prac. Przejawem manipulacji cenowej nie jest tylko przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty w niegodziwym celu wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźne odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen, bez powiązania ich z realnymi kosztami uzyskania (Wyrok KIO z 28.03.2017 r., KIO 473/17, LEX nr 2268359.). Należy zaznaczyć, że art. 3 i 15 u.z.n.k. nie mogą być stosowane kumulatywnie. Zachowania noszące znamiona czynów konkurencyjnych powinny być badane najpierw z uwzględnieniem przesłanek określonych w art. 5–17d u.z.n.k. Dopiero wówczas, gdy kwestionowane przez innego przedsiębiorcę działania nie mieszczą się w hipotezie żadnego z tych przepisów, powstaje potrzeba dokonania ich oceny w świetle klauzul generalnych przewidzianych w art. 3 u.z.n.k., określających uniwersalną postać czynu



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

nieuczciwej konkurencji (tak m.in. w wyroku SN z 2.02.2001 r., IV CKN 255/00, OSNC 2001/9, poz. 137). Wprawdzie przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawierają otwarty katalog czynów nieuczciwej konkurencji, jednak w orzecznictwie (Zob. np. wyrok KIO z 4.09.2018 r., KIO 1628/18.) prezentowany jest pogląd o braku możliwości przyjęcia, że podmiot, który formułuje zarzuty oparte na przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie jest zobligowany do wskazania charakteru takiego czynu oraz jego następstw, w tym w szczególności wskazania, w jaki sposób dochodzi do naruszenia jego prawem chronionych interesów. Jeżeli wykonawca odwołuje się do okoliczności związanych z eliminacją konkurencji z rynku, utrudniania dostępu do niego, powinien sprecyzować i wykazać, na czym opierają się te działania w określonych realiach przy uwzględnieniu jego sytuacji podmiotowej. Brak konkretyzacji sposobu popełnienia czynów związanych z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji stałby na przeszkodzie stwierdzeniu wystąpienia takiego czynu, gdyż naruszenie konkurencji materializuje się każdorazowo w odmienny sposób, przy uwzględnieniu realiów rynkowych, zdefiniowaniu dla danej branży rynku właściwego, sposobu popełnienia czynu w uwzględnieniu w szczególności jego skutków mających bezpośrednie lub pośrednie przełożenie na sytuację podmiotową przedsiębiorcy dotkniętego takim czynem. Szczególne trudności stwarza zamawiającemu udowodnienie wykonawcom tzw. zmowy przetargowej. Zgodnie z art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zmowa przetargowa to porozumienie, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na działaniach wskazanych w art. 6 ust. 1 pkt 1–7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, w tym na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez przedsiębiorców oraz organizatora przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub oceny. Jak podniesiono w wyroku KIO z 10.11.2017 r., KIO 2213/17, LEX nr 2409097, stwierdzenie istnienia porozumienia wykonawcy z innymi wykonawcami wymaga każdorazowo ustalenia na podstawie okoliczności towarzyszących analizie całokształtu zdarzeń i czynności,



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

które mają miejsce, w taki sposób, że doprowadza ono do stwierdzenia, iż w toku typowych, normalnych czynności, ocenianych przez pryzmat logiki, zasad doświadczenia życiowego oraz statystycznego prawdopodobieństwa, pewne zdarzenia nie miałyby szansy zaistnieć, gdyby nie niedozwolone porozumienie.

W następnej kolejności należy odnieść się do zarzutów prawnych.

Wnioskujący w niniejszej sprawie zauważył szereg naruszeń.

Zgodnie z art. 17 ustawy Pzp, zadaniem Zamawiającego jest przygotowanie i przeprowadzenie postępowania zgodnie z zasadą efektywności wynikającą z art. 44 ustawy o finansach publicznych. W nowym stanie prawnym, oprócz dotychczasowych zasad udzielania zamówień publicznych, będzie obowiązywała dodatkowa zasada dotycząca efektywności ekonomicznej.

W praktyce oznaczać to będzie konieczność udzielania zamówień publicznych w taki sposób, który zagwarantuje najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia – w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu – w stosunku do poniesionych nakładów – zgodnie z ustawą o finansach publicznych.

Zasada efektywności ekonomicznej wskazuje na obowiązek udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację tzn. jak najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych.



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

Polega ona na analizie kosztów i korzyści, a w rezultacie nakierowane na uzyskanie najlepszych efektów z poniesionych nakładów. Warto zwrócić uwagę, że udzielanie zamówień nie ogranicza się do pozyskania dóbr i usług, ale powinno stanowić jedno z narzędzi osiągnięcia celów dalej idących, w tym mających wymiar społeczny, ekonomiczny i gospodarczy.

Wprowadzenie tej zasady wśród podstawowych zasad nowego PrZamPubl, choć ma istotne znaczenie prawne, nie sprawi automatycznie, że pod rządami nowego prawa proces ten samoczynnie ulegnie zmianom, gdyż zależy on od zamawiających.

Ustęp 2 komentowanego artykułu zobowiązuje zamawiającego do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, co w konsekwencji nakłada na zamawiającego obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający prawidłowe stosowanie przepisów ustawy. W przypadku gdy zamawiający niewłaściwie stosuje przepisy ustawy, może narazić się na odwołanie oraz skargę, a co za tym idzie – koszty oraz przewlekłość postępowania. Należy także zwrócić uwagę na fakt, że większość przepisów ustawy ma charakter norm *ius cogens*, w związku z czym zamawiający ma obowiązek ścisłego ich przestrzegania. Każde odejście od stosowania przepisów ustawy może mieć bowiem wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, co stanowi naruszenie m.in. art. 17 ust. 2 PrZamPubl. Jak wskazała KIO w wyr. z 15.7.2013 r., KIO 1567/13, Legalis: "Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 17 ust. 2] uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy". W odniesieniu do analogicznej regulacji art. 7 ust. 3 PrZamPubl2004 komentowany przepis nie uległ zmianie.



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

Orzecznictwo:

1)wyr. WSA w Białymstoku z 26.8.2020 r., I SA/Bk 136/20, Legalis wskazuje co oznacza celowość dokonywania wydatków: "Pod pojęciem celowości dokonywania wydatków należy rozumieć zapewnienie zgodności działań jednostki w zakresie dokonywania wydatków z jej celami statutowymi, optymalizację zastosowanych metod i środków, ich adekwatności dla osiągnięcia założonych celów oraz przyjętych kryteriów oceny realizacji celów i zadań. Jest to wybór przez dysponenta środków publicznych takiego sposobu finansowania zadań, który prowadzi do najbardziej efektywnego gospodarowania środkami publicznymi";

2)uchw. RIO w Krakowie z 6.11.2013 r., KI-412/249/13, Legalis dotyczący zasady efektywności wykorzystania środków: "Do rangi zasad obowiązujących w toku wykonywania budżetu podniesiono zasadę efektywności wykorzystania środków publicznych. Efektywny oznacza tyle, co skuteczny, wydajny, dający pozytywne wyniki";

3)wyr. WSA w Gliwicach z 24.1.2013 r., III SA/GI 1664/12, Legalis dotyczący realizacji zasady równego traktowania wykonawców przy zleceniu robót polegających na ułożeniu warstw bitumicznych oraz wymóg uwzględnienia obowiązków obciążających zamawiającego jako jednostkę sektora finansów publicznych: "1. Zawarte w SWZ ograniczenie polegające na wyłączeniu z możliwości zlecenia podwykonawcom robót asfaltowych nie stanowi ograniczenia uczciwej konkurencji i działania niezapewniającego warunków równego traktowania wykonawców.

Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jedynie jednakowe traktowanie wykonawców bez stosowania przywilejów, na stosowaniu tej samej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. Zamawiający nie jest pozbawiony uprawnienia do weryfikacji zarówno zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, jak i zgodności oferowanych dostaw z wymogami zawartymi w opisie przedmiotu zamówienia i innych postanowieniach specyfikacji warunków



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

zamówienia. Oznacza to, że stosując tę samą miarę do wszystkich wykonawców będących w stanie wykonać własnymi siłami roboty polegające na ułożeniu warstw bitumicznych (w tym np. wynajętymi, użyczonymi, wyleasingowanymi, pozyskanymi na podstawie umowy konsorcjum) nie dochodzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zamawiający podejmując działania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym opracowując treść SWZ z całą pewnością winien mieć na względzie zasadę zachowania uczciwej konkurencji, jednak ocena zgodności z prawem podejmowanych przez niego działań, które potencjalnie mogą tę konkurencję ograniczać winna być dokonana z uwzględnieniem obowiązków wynikających z art. 44 ust. 3 pkt 1 i 2 FinPublU, obciążających zamawiającego jako jednostkę sektora finansów publicznych. Oznacza to, że nie będzie naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz zapewnienia warunków równego traktowania wykonawców takie działanie zamawiającego, które znajduje umocowanie w ustawie – Prawo zamówień publicznych, a wykładnia przepisów tej ustawy winna uwzględniać obciążające zamawiającego obowiązki, wynikające z ustawy o finansach publicznych".

Podkreślić należy, że ustawodawca nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia jasny, przejrzysty i nienaruszający zasady konkurencyjności. Przepis art. 99 ust. 1 PrZamPubl wskazuje zasadę opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z nią zamawiający jest zobowiązany do opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny, wyczerpujący, co oznacza, że wykonawcy nie będą mieli wątpliwości, co jest przedmiotem zamówienia i jaki jest jego zakres (orz. KIO z: 27.3.2008 r., KIO/UZP 224/08, Legalis; 1.2.2008 r., KIO/UZP 79/07, Legalis; 9.9.2010 r., KIO 1827/10, Legalis; wyr. ZA z: 27.11.2006 r., UZP/ZO/0-2817/06, Legalis; 7.6.2006 r., UZP/ZO/0-1608/06, Legalis; 5.4.2006 r., UZP/ZO/0-934/06, Legalis). Opis przedmiotu zamówienia musi być jasny, zrozumiały, zawierający wszystkie elementy niezbędne do prawidłowego sporządzenia oferty w postępowaniu o udzielenie



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

zamówienia publicznego. Jeżeli przedmiot zamówienia jest tego rodzaju, że można do jego opisu zastosować wymagania określone w art. 101 ust. 1 PrZamPubl – m.in. opis przedmiotu zamówienia powinien również uwzględniać cechy techniczne i jakościowe przy przestrzeganiu Polskich Norm przenoszących europejskie normy zharmonizowane. W uzupełnieniu powyższego należy przytoczyć wyr. KIO z 15.3.2011 r., KIO 420/11, niepubl., zgodnie z którym: "opis zamówienia, o którym mowa w art. 29 ust. 1 i 2 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 99 ust. 1 i 4] jest czymś innym niż określenie przedmiotu zamówienia, które powinno znajdować się w ogłoszeniu o zamówieniu. W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający wskazuje w sposób skrótowy, co stanowi przedmiot zamówienia, zaś dopiero Specyfikacja Warunków Zamówienia wskazuje szczegółowy opis przedmiotu zamówienia według reguł określonych w art. 29 i n. PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 99 i n.]".

Brak wymagań opisujących elementy uniemożliwia rzetelną wycenę zakresu prac i złożenie rzetelnej oferty (wyr. KIO z: 28.2.2012 r., KIO 229/12, niepubl.; KIO 238/12, <https://orzeczenia.uzp.gov.pl>; KIO 239/12, <https://orzeczenia.uzp.gov.pl>; KIO 242/12, niepubl.; KIO 245/12, <https://orzeczenia.uzp.gov.pl>; KIO 247/12, niepubl.). Również wyr. KIO z: 9.8.2013 r., KIO 1790/13, Legalis; KIO 1816/13, Legalis; KIO 1820/13, Legalis: "Zasadnie odwołujący podnosił, iż zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty (art. 29 ust. 1 PrZamPubl2004) [uw. aut. – obecnie art. 99 ust. 1]. Słusznie wskazywał, iż zgodnie z art. 31 ust. 1 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 102] zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. W ramach swych twierdzeń nie wykazał jednak nieprawidłowości, czy braku kompletności opisu przedmiotu zamówienia dostarczonego przez zamawiającego wraz z SWZ. Jak to już zostało wskazane, Zamawiający ma obowiązek opisać przedmiot zamówienia w taki sposób, aby wykonawca na etapie wyceny oferty posiadał wiedzę



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

o wszystkich wymaganiach i okolicznościach mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przekazany wykonawcom opis określać musi zakres świadczenia wykonawcy w sposób umożliwiający rzetelną jego wycenę".

Podobnie stwierdziła Izba w wyr. z 1.8.2013 r., KIO 1711/13, Legalis: "opisując przedmiot zamówienia zamawiający nie może ograniczyć się do wyspecyfikowania wymagań technicznych czy lokalizacji danego przedsięwzięcia, ale musi uwzględnić też cyt. "wszystkie (...) okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty", co wynika z art. 29 ust. 1 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 99 ust. 1]. Jedną z takich okoliczności w rozpoznawanym postępowaniu jest przede wszystkim okres, na który umowa zostanie zawarta. Informacja ta ma tak duże znaczenie ze względu na konieczność poniesienia znacznych kosztów na przygotowanie infrastruktury do świadczenia usługi i wymóg zaoferowania ceny na miesięczne świadczenie usługi. Ze względu na brak określenia niezbędnych okoliczności w opisie przedmiotu zamówienia kalkulacja ceny ofertowej byłaby oparta na ryzykanctwie czy hazardzie wykonawców, a nie na obliczeniu danych oraz wycenieniu ryzyk, które mogą zaistnieć podczas wykonania umowy. W efekcie zbyt ostrożne określenie ceny ofertowej może przynieść zbędne poniesienie wysokich kosztów przez zamawiającego podczas realizacji zamówienia, gdy nie zaistnieją negatywne dla wykonawcy okoliczności, a zbyt ryzykanckie określenie ceny ofertowej może przynieść straty dla wykonawcy, a ich widmo może powstrzymać wykonawcę przed złożeniem oferty, czyli wpłynie na brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co jest naruszeniem zasady zamówień publicznych unormowanej w art. 7 ust. 1 PrZamPubl2004" [uw. aut. – obecnie art. 16 pkt 1].

Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Jest to nowy przepis.

Na mocy art. 244 Pzp oraz powyższych zapisów co do rażąco niskiej ceny w sposób prawny pragniemy podkreślić, iż złożone wyjaśnienia przez niniejszego Wykonawcę w żaden sposób nie wyczerpują znamion wynikających z niniejszego artykułu. Podstawowym odniesieniem w przypadku rażąco niskiej ceny jest wartość przedmiotu zamówienia. Nie oznacza to jednak, że zamawiający w każdym przypadku, gdy wartość oferty jest niższa niż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT, jest zobowiązany automatycznie do żądania od wykonawcy wyjaśnień w zakresie ceny oferty. Obowiązek wyjaśnienia rażąco niskiej ceny występuje tylko w stosunku do ofert, co do których zachodzi podejrzenie występowania rażącego zaniżenia ceny oferty (por. wyr. KIO z: 4.5.2010 r., KIO/UZP 664/10, niepubl.; 10.6.2009 r., KIO/UZP 684/09, Legalis). Decyzja zamawiającego w zakresie żądania wyjaśnień nie podlega przy tym, co do zasady, kryteriom arytmetycznym, zamawiający może zażądać wyjaśnień na podstawie wątpliwości wynikających z danych okoliczności sprawy (por. wyr. KIO z 21.7.2009 r., KIO/UZP 866/09, Legalis; 21.7.2009 r., KIO/UZP 879/09, niepubl.). Innym elementem odniesienia są ceny rynkowe podobnych zamówień (por. wyr. SO w Warszawie z 8.6.2006 r., V Ca 459/06, niepubl.). Zob. wyr. KIO z 1.7.2013 r., KIO 1428/13, Legalis: "Zostało to dostrzeżone w orzecznictwie Izby, w szczególności w wyroku z 28.4.2011 r. (KIO 814/11) zauważono, że zamawiający porównując cenę oferty najkorzystniejszej z wartością szacunkową przedmiotu zamówienia powiększoną o podatek VAT oraz z kwotą, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, powinien odwołać się do doświadczenia życiowego, które wskazuje, iż w dzisiejszej rzeczywistości gospodarczej różnice te kształtują się nawet na poziomie 50% i nie stanowią o rażąco niskiej cenie. (...) Jakkolwiek należy zgodzić się z odwołującym, że różnice te nie są pomijalne, to jednakże doświadczenie życiowe wskazuje, że różnice występujące pomiędzy cenami poszczególnych ofert i ich relacja do budżetu zamówienia nie jest niczym



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

nadzwyczajnym a wręcz przeciwnie, jest zjawiskiem często spotykanym i znajdującym uzasadnienie, biorąc pod uwagę sytuację rynkową". Za ofertę z rażąco niską ceną można zatem uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do szacunkowej wartości zamówienia lub cen rynkowych [wyr. SO w Katowicach z 21.6.2010 r., XIX Ga 175/10, niepubl.; wyr. SO w Radomiu z 14.2.2006 r., IV Ca 28/06, niepubl.; wyr. KIO z 14.2.2008 r., KIO/UZP 73/08, Legalis; wyr. ZA z: 29.10.2007 r., UZP/ZO/0-1273/07, Legalis; 25.10.2007 r., UZP/ZO/0-1251/07, Legalis; wyr. KIO z 27.9.2013 r., KIO 2181/13, Legalis; wyr. KIO z 20.5.2013 r., KIO 1018/13, Legalis; wyr. KIO z 4.6.2013 r., KIO 1187/13, Legalis: "Cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających]". W wyr. z 22.4.2013 r., KIO 810/13, Legalis wskazano, iż podstawowym wyznacznikiem rażąco niskiej ceny jest jej "nierealność".

Warto w tym miejscu przywołać jeszcze inny wyrok KIO z 11.2.2016 r., KIO 121/16, Legalis: "Ponadto Izba podkreśla, że odwołujący nie wykazał w żadnym miejscu swoich wyjaśnień wpływu na cenę ofertową wykazanych i udowodnionych czynników, którymi dysponuje odwołujący, np. kwalifikacje kadry, nowoczesność sprzętu, preferencyjne warunki w wytwórni mieszanek mineralno-bitumicznych itp. Jednocześnie Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić "co" – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić "w jaki sposób" wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny. Jednocześnie wykonawca może wykazać, że jest w stanie zastosować czynniki niedostępne dla innych wykonawców i w ten sposób wpłynąć na wysokość ceny, a w zasadzie na niski poziom ceny. Samo przytoczenie i nawet udowodnienie np.



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

dysponowania parkiem maszynowym bez wykazania wpływu tego elementu na cenę i odmiennego zastosowania tego czynnika od innych wykonawców nie może dać zamawiającemu podstaw do przyjęcia takich wyjaśnień i potwierdzenia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wprost przeciwnie – zamawiający w takim przypadku jest obowiązany zastosować się do art. 90 ust. 3 PrZamPubl2004 (...) [uw. aut. – obecnie art. 224 ust. 6]".

Zatem za wyjaśnienia ogólnikowe, lakoniczne, niewypełniające treści wezwania, należy uznać takie wyjaśnienia, które wskazują na okoliczności wpływające na cenę, ale nieukazujące sposobu tego wpływu, jak również niepotwierdzające, że okoliczności te mają charakter szczególny i indywidualny dla tego konkretnego wykonawcy.

W sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wyjaśnień lub gdy ocena złożonych wyjaśnień wraz z dowodami potwierdza zarzut rażąco niskiej ceny lub kosztu, wówczas zamawiający ma obowiązek odrzucenia takiej oferty, zgodnie z brzmieniem art. 226 ust. 1 pkt 8 PrZamPubl. Zgodnie z wyr. z 14.5.2013 r., KIO 960/13, Legalis: "Udzielone wyjaśnienia powinny być wyczerpujące, konkretne i przekonujące, w przeciwnym wypadku będą one miały charakter jedynie iluzorycznych i nie będą stanowiły wyjaśnienia elementów oferty, mających wpływ na wysokość cen, co może uzasadniać obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. W orzecznictwie Izby uznaje się, że złożenie wyjaśnień, zawierających niekonkretne i ogólnikowe stwierdzenia, należy traktować jako niezłożenie wyjaśnień w ogóle, co w konsekwencji oznacza konieczność odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 226 ust. 1 pkt 8]"; wyr. KIO z 19.4.2013 r., KIO 791/13, Legalis: "Wyjaśnienia treści oferty oraz wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę mają z punktu widzenia wykonawcy różną doniosłość prawną, mimo że są wykorzystywane przez zamawiającego w toku jednej czynności – badania oferty. Wykonawca wezwany do wyjaśnienia treści oferty może nie udzielić żądanych wyjaśnień, a jedyną konsekwencją takiego zaniechania będzie to, że zamawiający oceni ofertę wyłącznie na podstawie jej treści. Natomiast bierność wykonawcy i brak złożenia



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na jej cenę powoduje bezwzględną konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 224 ust. 6]". Z art. 90 ust. 3 PrZamPubl2004 [uw. aut. – obecnie art. 224 ust. 6] wynika, że zamawiający podejmuje decyzję co do rażąco niskiej ceny lub kosztu nie tylko na podstawie wyjaśnień zamawiającego, lecz także na podstawie dowodów (wyr. SO w Warszawie z 22.6.2004 r., V Ca 1112/04, niepubl.; wyr. ZA z: 25.7.2006 r., UZP/ZO/0-2116/06, Legalis; 28.3.2006 r., UZP/ZO/0-2996/06, Legalis; wyr. KIO z 23.4.2013 r., KIO 848/13, Legalis: "Z kolei art. 90 ust. 3 ustawy [uw. aut. – obecnie art. 224 ust. 6] mówi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami, potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z powyższego należy wywieść, iż wykonawca nie może poprzestać na samych wyjaśnieniach, w sytuacji, gdy zamawiający zażąda przedłożenia dowodów na poparcie wyjaśnień elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Izba w całości podziela poglądy, że wyjaśnienia wykonawcy, aby mogły zostać uwzględnione muszą mieć charakter konkretny, sprawdzalny, nadający się do weryfikacji, czy przywołujący fakty powszechnie wiadome"). Należy uznać, że wykonawca powinien przedstawić dowody na brak okoliczności wystąpienia rażąco niskiej ceny lub kosztu w przypadku żądania od niego wyjaśnień w tym przedmiocie. Same bowiem wyjaśnienia nigdy nie są obiektywne, gdyż składa je podmiot jak najbardziej zainteresowany w sprawie. Z drugiej jednak strony, nie wolno zapominać o zasadzie, że to na twierdzącym spoczywa obowiązek udowodnienia prawdziwości swoich twierdzeń (art. 6 KC w zw. z art. 14 PrZamPubl2004) [uw. aut. – obecnie art. 8 ust. 1].

Należy również wskazać, że: "Wdrożenie postępowania wyjaśniającego w sprawie rażąco niskiej ceny prowadzi do powstania domniemania prawnego zaoferowania właśnie takiej ceny przez wykonawcę. Jednakże powstanie wskazanego domniemania, rodzącego określone skutki, nie może, jak wynika z przepisu art. 224 ust. 1 PrZamPubl, zasadzać się na pewnym automatyzmie.



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

Wątpliwości zamawiającego muszą mieć bowiem określone uzasadnienie faktyczne" (wyr. KIO z 28.4.2011 r., KIO 814/11, Legalis).

Konkludując, prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako uporządkowanego ciągu czynności wynika przede wszystkim z przepisów Pzp, które określają właściwe dla poszczególnych trybów postępowania etapy i związane z nimi czynności, w tym dotyczące ogłoszenia, udostępnienia dokumentów postępowania, otwarcia ofert lub wniosków, zaproszenia do kolejnego etapu postępowania, oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty albo wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający jako gospodarz prowadzonego postępowania określa reguły istotne dla tego postępowania związane z jego celem. Są to zasady i warunki dotyczące realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie, ale także wymagania proceduralne dotyczące składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wszystko to ma prowadzić do osiągnięcia celu postępowania, to jest wyboru najkorzystniejszej oferty, a w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Konsekwencją wyboru najkorzystniejszej oferty jest z zasady zawarcie umowy z wykonawcą, który tę ofertę złożył. Czynności dokonywane pomiędzy wyborem najkorzystniejszej oferty a zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego są czynnościami w postępowaniu.



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się zawarciem umowy albo unieważnieniem postępowania, przy czym sama czynność zawarcia umowy nie należy już do czynności wykonywanych w tym postępowaniu.

Ponadto wnosimy o przesłanie analizy potrzeb i wymagań Zamawiającego.

Zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych, analiza potrzeb i wymagań jest nowym instrumentem prawa zamówień publicznych, uregulowanym w przepisie art. 83 Pzp. Jest to analiza wykonywana obowiązkowo przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w tzw. progach unijnych przez zamawiających publicznych.

Aby prawidłowo określić cel dokonania analizy potrzeb i wymagań przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia, należy mieć na uwadze zasadę efektywności ekonomicznej zamówienia, określoną w art. 17 ust. 1 Pzp, jak również raport z realizacji zamówienia, uregulowany w przepisie art. 446 Pzp. Wprowadzenie do Pzp zasady efektywności narzuca zamawiającym odpowiednią perspektywę procesu udzielania zamówień publicznych. Z kolei raport z realizacji zamówienia stanowi istotny instrument ewaluacyjny, a zawarte w nim wnioski powinny zostać wykorzystane przy kolejnych analizach.

Zgodnie z zasadą efektywności zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

- najlepszą jakość dostaw, usług oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

- uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Analiza potrzeb i wymagań ma na celu przygotować zamawiającego do jak najlepszej realizacji danego zamówienia, zarówno od strony technicznej, jak i administracyjnej oraz finansowej.

Właściwie przeprowadzona analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu podjąć jak najlepszą decyzję typu Make-or-Buy, a więc czy realizować dane zadanie własnymi środkami, czy zlecać je „na zewnątrz”, przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia na rynku zamówień publicznych. Przy czym na gruncie przepisu art. 83 Pzp opcją podstawową jest uzasadnienie przez zamawiającego konieczności udzielenia zamówienia publicznego, co wynika z treści „(...) przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia (...)”. Analiza potrzeb i wymagań pozwala zamawiającemu, decydującemu się na udzielenie zamówienia publicznego, dostosować zamówienie do struktury rynku właściwego (więcej na ten temat w części zatytułowanej „Ocena zasadności podziału zamówienia na części”), zidentyfikować i przygotować się na ewentualne ryzyka oraz podjąć decyzję co do formy i trybu realizacji zamówienia – wszystko w ramach środków finansowych, którymi zamawiający dysponuje. Ponadto, jak podkreślono w uzasadnieniu do projektu ustawy Pzp, proponowane rozwiązanie będzie stanowiło instrument powiązania udzielanych zamówień publicznych z celami państwa. Zwiększy ono efektywność systemu przez odpowiednie przygotowanie największych zakupów i to zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i realizacji samego zamówienia. Reasumując, celem analizy potrzeb i wymagań jest przygotowanie zamawiającego do racjonalnego i efektywnego ekonomicznie wydatkowania środków publicznych. Z jednej strony analiza jest istotnym elementem polityki zakupowej zamawiającego, przygotowując go do dokonania jak najlepszego zakupu. Możemy uznać, że jest to swojego rodzaju studium wykonalności danego zamówienia. Przenosząc ten aspekt na



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

obszar zakupów konsumenckich, czyli prywatnych, możemy ją porównać do czynności, które podejmuje konsument, przygotowując się do jakiegoś poważnego wydatku (np. kupno domu, samochodu, etc.). Z drugiej strony analiza potrzeb i wymagań zamawiającego jest kluczowym działaniem pozwalającym na realizację zasady efektywności ekonomicznej, określonej w przepisie art. 17 ust. 1 Pzp. Ten aspekt podkreślono w uzasadnieniu do ustawy Pzp, wskazując, że zobowiązanie zamawiających do dokonywania analizy potrzeb i wymagań ma służyć realizacji jednego z głównych celów projektu, tj. zwiększeniu efektywności systemu zamówień publicznych. Dodatkowo wykonanie analizy poprzedzającej udzielenie zamówienia pozwoli również na pełniejsze wdrożenie zasad funkcjonujących na gruncie finansów publicznych, uregulowanych w przepisie art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.), zgodnie z którym należy zapewnić, aby wydatki publiczne były dokonywane w sposób celowy, z zachowaniem zasad: uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

Niniejsze pismo należy potraktować jako pilną informację dla Zamawiającego, który winien wybrać Wykonawcę zgodnie z literą prawa, by przedmiot zamówienia był wykonywany zgodnie z jego życzeniem.

Dodatkowo wnosimy o przedstawienie pełnej dokumentacji niniejszego postępowania, przede wszystkim dokumentów żądanych w niniejszym piśmie oraz stanowisko Zamawiającego najpóźniej do dnia 31.08.2021., godz. 12:00. W innym przypadku jesteśmy zmuszeni wnieść sprawę do KIO.

Mając na uwadze powyższe wnoszę jak na wstępie.



Justyna Starek

Kancelaria Zamówień Publicznych

Kancelaria Zamówień Publicznych

Justyna Starek
Ul. Zacisze 10 a/32 100 Proszowice
NIP: 6821699381
Justyna Starek

Właściciel Kancelarii Zamówień Publicznych

Czarna dnia 31-08-2021 r.

IUE .271.8.2021

ŚLUSARSTWO Produkcja-Handel-Usługi
Władysław Radzik w spadku
Straszęcin 9a
39-218 Straszęcin

W odpowiedzi na pismo złożone w dniu 27 sierpnia 2018 r. wraz z opinią prawną Kancelarii Zamówień Publicznych informujemy, że:

- 1) dokumentacja z postępowania **ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH POCHODZĄCYCH Z NIERUCHOMOŚCI ZAMIESZKAŁYCH NA TERENIE GMINY CZARNA ORAZ ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE ODPADÓW KOMUNALNYCH Z PUNKTU SELEKTYWNEJ ZBIÓRKI ODPADÓW KOMUNALNYCH** została udostępniona w dniu złożenia ww. opinii,
- 2) uwagi zawarte w przedłożonym opracowaniu zostały przeanalizowane w trakcie oceny złożonych ofert,
- 3) środki ochrony prawnej 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 Pzp.

Otrzymują:

1 x Adresat,
1 x a/a.

Pełniący funkcję
Wójta Gminy Czarna
mgr Daniel Nudziocha