

WYROK

z dnia 8 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko
Anna Kurowska
Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2021 r. przez EKOPRES S.A., ul. Julianowska 13, 03-338 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa

- Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie,

ul. Mińska 25, 03-808 Warszawa

przy udziale wykonawcy K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą My Way K.S., Szadłowice 63, 88-140 Gniewkowo zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w całości i nakazać zamawiającemu Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzącemu postępowanie: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą My Way K.S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 224 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych, oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Prawa zamówień publicznych,

2. Kosztami postępowania obciążyć wykonawcę K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą My Way K.S. i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez EKOPRES S.A. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez EKOPRES S.A. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez wykonawcę K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą My Way K.S. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2. zasądza od wykonawcy K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą My Way K.S. na rzecz EKOPRES S.A. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 441/22

Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie, prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Projekt i budowa ekranów akustycznych oraz modyfikacja istniejących urządzeń w ciągu dr. eksp.nr S8-na ode. od przecięcia z ul. Pustelnicką w Zielonce do wpięcia w ist. obwodnicę m. Radzymin”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 sierpnia 2021 r. pod nr 2021/S 159-419412.

W dniu 17 lutego 2022 r. wykonawca EKOPRES S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą My Way K.S. z siedzibą w Szydłowicach (dalej: „My Way K.S.”),
2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S. z powodu rażąco niskiej ceny oraz niewykazania i nieudowodnienia wskutek wezwania do wyjaśnień ceny, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S., pomimo że treść złożonych wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca przewidział realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ, co obliguje do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
4. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S. z postępowania, pomimo że:
 - wykonawca My Way K.S. podlega wykluczeniu wobec podania w postępowaniu nieprawdziwych/wprowadzających w błąd informacji w odniesieniu do wymaganego warunku doświadczenia zawodowego,
 - wykonawca My Way K.S. nie wykazał spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia zawodowego,

co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S., pomimo że zawiera rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia a złożone przez wykonawcę wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny,

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S. jako niezgodnej z dokumentami zamówienia, pomimo że treść złożonych wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca przewidział realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ, co obliguje do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S., który podlega wykluczeniu bowiem:

- w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, lub który

- w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd dotyczące spełnienia warunków udziału, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu,

- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S., który podlega wykluczeniu, bowiem nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia zawodowego,

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

Odwołujący wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie Odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania - na okoliczności wskazane odwołaniem,

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,

2. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej ramach:

- odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S. z powodu zaoferowania rażąco niskiej oferty i niewykazania w złożonych wyjaśnieniach, że cena nie jest rażąco niska,

- odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S. z powodu niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia ujawnionymi w trakcie złożonych wyjaśnień ceny,

- odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S. jako podlegającego wykluczeniu wobec podania w postępowaniu nieprawdziwych/wprowadzających w błąd informacji w odniesieniu do wymaganego doświadczenia zawodowego,

- odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S. jako podlegającego wykluczeniu wobec nie wykazania spełnienia warunku udziału dotyczącego doświadczenia zawodowego.

Odwolujący, powołując się na postanowienia SWZ stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Z tego względu, jak przyjął Odwołujący, to wyjaśnienia w zakresie wysokości zaoferowanej ceny faktycznie miały być bezpośrednim źródłem informacji na temat sposobu i poprawności wyceny oferty i zakresu rzeczowego podlegającego wycenie.

Odwolujący zaznaczył, że ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia Zamawiającego ze zbadania czy została ona skalkulowana w sposób prawidłowy, zamawiający ma również obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny, jeśli zajdą ku temu przesłanki określone w ustawie Pzp. Ryczałt nie zabezpiecza Zamawiającego przed możliwością zaoferowania ceny, która nie ma rynkowego charakteru.

Odwolujący wskazał również, że w stosunku do oferty wykonawcy My Way K.S. zaistniała obligatoryjność wezwania do wyjaśnień ceny powiązana z wystąpieniem obu podstaw wezwania, tj. relacją do wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej ceny oferty, a ponadto różnica w obydwu przypadkach była zasadnicza, a cena oferty złożonej przez wykonawcę My Way K.S. kształtowała się praktycznie na poziomie połowy wartości zamówienia i pozostałych ofert.

Zdaniem Odwołującego, treść wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w dniu 22 października 2021 r. do wykonawcy My Way K.S. na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w bardzo szczegółowy sposób określała oczekiwania Zamawiającego co do zakresu wyjaśnień oraz poziom szczegółowości. Ponadto, w każdym przypadku podkreślony został przez Zamawiającego obowiązek złożenia wraz z wyjaśnieniami koniecznych wyjaśnień z dowodami. W ocenie Odwołującego, wezwanie Zamawiającego było precyzyjne, konkretne zawierało wymagania dotyczące elementów wyceny, które miały być przedmiotem wyjaśnień oraz dowodów, ponadto treść wezwania nie była przedmiotem jakichkolwiek zastrzeżeń czy też wątpliwości wykonawcy My Way K.S.. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący zauważył, że wobec sformułowania wezwania, automatycznie na wykonawcę wezwanego do udzielenia wyjaśnień przechodzi ciężar dowodu i wykazania realności i rzetelności kalkulacji.

Odwolujący stwierdził, że treść wezwania Zamawiającego wskazuje na konkretne oczekiwania, jednak wykonawca My Way K.S. zbagatelizował wezwanie. W ocenie Odwołującego, wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawca zaniechał złożenia wyjaśnień i dowodów, co obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty. Odwołujący przypomniał, że złożona w postępowaniu oferta nie zawiera szczegółowych wycen, a zatem konieczne dla wyjaśnienia i dowiedzenia skutecznie, że cena ofertowa nie jest rażąco niska, było zaprezentowanie konkretnych źródeł pochodzenia kosztów wykonania zamówienia. Odwołujący przypomniał, że zasadą jest jednokrotne wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, a możliwość wystosowania do wykonawcy uzupełniającego wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy na gruncie konkretnych wyjaśnień wykonawcy powstała potrzeba doprecyzowania pewnych szczegółowych wyjaśnień. Złożenie przez wykonawcę niewystarczających wyjaśnień w odpowiedzi na pierwsze wezwanie skutkuje brakiem możliwości wystosowania do wykonawcy wezwania o wyjaśnienia uzupełniające. W przekonaniu Odwołującego, taka sytuacja wystąpiła w przedmiotowej sprawie - wyjaśnienia ceny nie zawierały żadnych konkretnych danych, w tym w odniesieniu do co najmniej podstawowych elementów składowych ceny.

W ocenie Odwołującego, złożone wraz z wyjaśnieniami ceny kalkulacje wraz z dowodami potwierdzają jednoznacznie, że przewidziany przez wykonawcę My Way K.S. sposób realizacji zamówienia pozostaje niezgodny z warunkami zamówienia.

Jak wskazał Odwołujący, zasadnicza podstawa drastycznego obniżenia ceny ofertowej wykonawcy My Way K.S. oparta jest o zamiar wykonania zamówienia przy skorzystaniu z istniejącej konstrukcji i dołożenie konstrukcji i ekranów w ich górnej części. Zgodnie z wyjaśnieniami ceny wykonawcy: Do pisma załączamy również oświadczenie projektanta P.F.. Przed przetargiem dokonaliśmy kilkudniowej analizy w terenie, oraz szczegółowej analizy konstrukcji przy podwyższanych ekranach. Dzięki temu wiemy, że

skorzystamy z istniejącej konstrukcji i dołożymy konstrukcji i ekranów w ich górnej części na co pozwalają obliczenia. Nasz Projektant policzył również konstrukcję nowo budowanych ekranów. Dzięki temu precyzyjnie określiliśmy ilości materiałów i ilości jednostek montażowych. Po analizie terenowej mamy już wstępny projekt dzięki czemu jesteśmy pewni naszej kalkulacji.

Odwołujący zauważył, że poza powołanym ogólnym oświadczeniem wykonawcy My Way K.S. złożone zostało równie lakoniczne oświadczenie wskazanego projektanta, w którym stwierdza on:

Ja P.F. legitymujący się uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nr MAP/0015/POOK/08 z dnia 17.06.2008 r. oświadczam, że dokonałem szczegółowej analizy w terenie dot. prac projektowych i rozwiązań konstrukcyjnych niniejszego postępowania. Konstrukcja ekranów akustycznych podwyższanych nie wymaga wzmocnienia. Podwyższenie ekranów będzie polegało na przymocowaniu konstrukcji o danej wysokości podwyższenia do słupów dwuteowych. Nie ma zatem konieczności wykonania nowych pali i słupów. Dokonałem również analizy terenu i jego uwarunkowań dla nowo budowanych ekranów akustycznych. Dzięki temu ponosząc wyższe koszty nieadekwatne do etapu przetargu, policzyliśmy dość szczegółowo konstrukcję nowo budowanych ekranów. Przyjęte rozwiązania są bezpieczne, zgodne z obowiązującymi normami, metodologią obliczeń, oraz gwarantują wieloletnie bezproblemowe użytkowanie. Szczegółowa analiza terenowa, oraz obliczenia dają firmie My Way K.S. przewagę w konkurencji cenowej na etapie postępowania przetargowego, ponieważ nie są to jedynie założenia ale de facto realny i faktyczny wstępny projekt ekranów akustycznych. Firma My Way poświęciła dużo czasu i włożyła wiele zaangażowania w opracowanie ilościowe materiałów na etapie przetargu.

Odwołujący podniósł, że poza twierdzeniami zawartymi w oświadczeniach, brak jest w treści złożonych wyjaśnień jakichkolwiek dowodów na to, że przyjęte założenie jest prawidłowe. Oświadczenie projektanta wskazuje, na fakt rzekomego dokonania przez wykonawcę My Way K.S. szczegółowej analizy terenowej oraz obliczeń, a wręcz wstępnego projektu ekranów, tymczasem jakichkolwiek dokumentów/dowodów w tym zakresie w złożonych wyjaśnieniach brak. Odwołujący zwrócił uwagę na treść wezwania do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie stwierdzając, że skuteczne zakwestionowanie możliwości wykonania zamówienia w powyższy sposób powoduje, że oferta podlegała będzie odrzuceniu jako niezgodna z dokumentami zamówienia. Dodatkowo, zdaniem Odwołującego, gdyby wykonawca My Way K.S. uwzględnił w cenie złożonej oferty prawidłową technologię wykonania prac, cena jego oferty byłaby całkowicie inna/nieporównywalnie wyższa - zasadniczy wzrost kosztów stali. Odwołujący podał, że udział ekranów objętych zarzutem niezgodności z SWZ to około 95% wszystkich ekranów podlegających modernizacji, z kolei ekrany te to około 60% połowa wszystkich ekranów, których dotyczą roboty w ramach zamówienia. W ocenie Odwołującego, przewidziany i skalkulowany w cenie oferty przez My Way K.S. sposób podwyższenia ekranów przy wykorzystaniu dotychczasowych konstrukcji - przy braku konieczności wykonania nowych pali i słupów jest niezgodny z SWZ, uwzględniając istniejące konstrukcje ekranów wymagających podwyższenia oraz niedozwolony pod względem technologicznym, a wręcz prowadzący do powstania bezpośredniego zagrożenia bezpieczeństwa użytkowników drogi.

Odwołujący podał, że zgodnie z PFU - Zabezpieczenia akustyczne - Inwestycja polega na budowie i podwyższeniu odcinków ekranów akustycznych zgodnie z Wariantem I analizy akustycznej dla drogi S8 na odcinku od ul. Pustelnickiej w Zielonce do węzła Radzymin Półd.

o łącznej długości 5,6615 km po obu stronach trasy S8, zgodnie z zestawieniem wskazanym w Tabeli nr 1.1 PFU.

Posadowienie oraz konstrukcja wsporcza nowych ekranów i ekranów, które będą wymagały wzmocnienia całej konstrukcji w związku z projektowanym podwyższeniem, powinna umożliwić ich ewentualne przyszłe podwyższenie o 1 m bez konieczności rozbiórki ekranów

oraz ingerencji w fundamenty.

Zgodnie z PFU (s. 14-15) - przed podjęciem decyzji o realizacji danego ekranu akustycznego należy wykonać szczegółową analizę budowlaną w celu określenia rzeczywistych technicznych możliwości realizacji inwestycji.

Wykonawca jest zobowiązany do dokonania własnej analizy istniejącej konstrukcji ekranów i ustalenia na własne ryzyko czy jest możliwość podwyższenia ekranów bez ingerencji w posadowienie i konstrukcję. Jeżeli zajdzie konieczność wzmocnienia posadowienia lub konstrukcji Wykonawca we własnym zakresie zaprojektuje i wykona wzmocnienie lub nowe elementy konstrukcyjne i posadowienia.

W trakcie postępowania na etapie poprzedzającym złożenie ofert wykonawcy kierowali w powyższym zakresie do Zamawiającego pytania, m.in.:

Wykonawczy ekranów. W związku z powyższym prosimy o udostępnienie dokumentacji powykonawczej przebudowywanych ekranów lub potwierdzenia wykonania konstrukcji ekranów zgodnie z PW.

Odpowiedź na pytanie Nr 2

Zamawiający nie dysponuje dokumentacją powykonawczą dla wskazanego odcinka ul. Pustelnicka - węzeł Kobyłka (km 0+521,66 - km 6+450,26).

Powyższe potwierdza, jak zauważył Odwołujący, że Zamawiający nie posiada dokumentacji powykonawczej dla ekranów objętych przedmiotem zamówienia w zakresie części zakresu zamówienia.

Dodatkowo obowiązkiem wykonawców było wykonanie zamówienia przy uwzględnieniu przyszłego podwyższenia konstrukcji o dodatkowy o 1 m bez konieczności rozbiórki ekranów oraz ingerencji w fundamenty, co zostało potwierdzone w odpowiedzi na pytanie z dnia 23.09.2021 r.:

Pytanie Nr 5

Zamawiający wymaga zaprojektowania ekranu na wysokość wyższą o 1m niż docelowa. W związku z powyższym czy nowoprojektowane słupy ekranów mają mieć zwiększoną wysokość o dodatkowy 1,0m umożliwiającą w późniejszym etapie osadzenie wypełniania akustycznego.

Odpowiedź na pytanie Nr 5

Zgodnie z pkt. 1.1.3.6 PFU.

Ponadto, jak wskazał Odwołujący, w zakresie zapytania dotyczącego ewentualnej zgody Zamawiającego na obniżenie parametrów ugięć poziomych dla istniejących słupów, które po podwyższeniu nie spełniałyby normatywu dopuszczalnych ugięć, Zamawiający nie wyraził zgody na odstępstwo w tym zakresie:

Pytanie Nr 6

Dominująca ilość istniejących słupów po ich wydłużeniu o zadaną wysokość docelową, nie spełnia stanu granicznego użytkowania w zakresie ugięć poziomych - warunek graniczny dopuszczalnych ugięć U/150 wg obowiązujących normatywów. W związku z powyższym proszę o informację czy Zamawiający dopuszcza inny warunek dopuszczalnych ugięć? A jeżeli tak to jaki?

Odpowiedź na pytanie Nr 6

Dokumentacja winna być wykonana zgodnie z właściwymi przepisami oraz zarządzeniami Zamawiającego obowiązującymi na dzień podpisania Umowy.

Odwołujący stwierdził, że na etapie ofertowania mając do dyspozycji dokumentację

wykonawczą dla objętych aktualnym zamówieniem ekranów, dokonał weryfikacji możliwości realizacji zamówienia przy wykorzystaniu dotychczasowej konstrukcji, tj. jak wskazuje w wyjaśnieniach wykonawca My Way K.S. „przy zamiarze skorzystania z istniejącej konstrukcji i dołożenie konstrukcji i ekranów w ich górnej części”. Ocena, jakiej dokonał Odwołujący wykluczyła w zasadniczej części (około 95% ekranów) taką możliwość, a w konsekwencji spowodowała, że wycena ofertowa nie przewiduje możliwości wykonania prac w zakresie podwyższenia ekranów w taki właśnie sposób.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca My Way K.S. poza ogólnikowym oświadczeniem zawartym w wyjaśnieniach oraz oświadczeniem projektanta powołanym powyżej, nie przedstawił (pomimo, że jak deklaruje posiadał je już składając ofertę) jakichkolwiek obliczeń/projektów/koncepcji itp. które potwierdzałyby możliwość realizacji zamówienia w taki właśnie „zoptymalizowany” sposób.

Odwołujący dokonał technicznej weryfikacji możliwości wykonania przedmiotu zamówienia w sposób założony przez My Way K.S.. Odwołujący załączył do odwołania Analizę wykonalności (Załącznik nr 4). Odwołujący stwierdził, że po dokonaniu szczegółowej analizy dokumentacji Zamawiającego udostępnionej na etapie przetargu, oraz wizji lokalnej w terenie przez projektanta z odpowiednimi uprawnieniami oraz doświadczeniem zawodowym, potwierdzone zostało, że w zdecydowanej większości przypadków przebudowywanych ekranów nie jest w ogóle możliwa modyfikacja (podwyższenie) istniejących ekranów bez ingerencji (wzmocnienia) w konstrukcję zarówno słupów stalowych, jak i pali fundamentowych.

Jak wskazał Odwołujący, załączone do odwołania opracowanie prezentuje zestawienie poszczególnych odcinków ekranów podlegających podwyższeniu, na których w ocenie projektanta występują przekroczenia w zakresie:

- dopuszczalnych ugięć słupa stalowego - przekroczenie od ok. 31% do 330%
- dopuszczalnych naprężeń w słupie stalowym - przekroczenia od ok. 5% do 52%
- przekroczenie ze względu na długość pala od ok. 14% do ok. 33%.

Odwołujący zaznaczył, że poziom przekroczeń całkowicie dyskwalifikuje możliwość podwyższenia ekranów przy użyciu dotychczasowych słupów i pali fundamentowych. Powyższe oznacza, w przekonaniu Odwołującego, że złożone wyjaśnienia ceny potwierdzają jednoznacznie niezgodność treści oferty My Way K.S. z dokumentami zamówienia. Zastosowanie innej technologii niż wymagana w SWZ, czy też zastosowanie innych materiałów, czy sposobu rozliczenia należy ocenić pod względem zgodności treści oferty z SWZ. Ponadto, wycena według innych metod prowadzi do nieporównywalności złożonych w postępowaniu ofert. Odwołujący stwierdził, że w przypadku, gdy procedura wyjaśniająca cenę potwierdza niezgodność treści oferty z treścią SWZ, poza ewentualną podstawą odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, oferta podlega samodzielnie odrzuceniu na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając twierdzenie o lakoniczności wyjaśnień złożonych przez wykonawcę My Way K.S. Odwołujący stwierdził, że wyjaśnienia wskazują jako źródło możliwości obniżenia ceny na ogólnikowe zapewnienia:

Całość kalkulacji odnosząca się do Państwa pytań zawiera tabela kosztorysu ofertowego w którym znajduje się 23 pozycje. Na większość przesyłamy oferty. Pozostałe kwestie to efekt własnych zasobów sprzętowych, oraz ponad 10 letniego doświadczenia. Tabela szczegółowo określa i pokazuje co zostało zawarte w wycenie i jest to spójne z Państwa pytaniami.

W zakresie kosztów dokumentacji projektowej wykonawca deklaruje jedynie, że:

- prace projektowe przewiduje wykonać własnymi siłami (nie wskazano jak konkretnie wpływa to na koszty dokumentacji),

- koszty wynagrodzenia projektanta zostały uwzględnione w kosztach projektu (brak szczegółowych informacji na ten temat),
- dokumentacja jest weryfikowana przez drugiego projektanta, co nie jest okolicznością wpływającą na optymalizację ceny dokumentacji,
- projektanci posiadają długoletnie doświadczenie w realizacji prac projektowych dotyczących podobnych inwestycji,
- koszty uzyskania w imieniu zamawiającego wszelkich opinii, warunków technicznych, uzgodnień, pozwoleń, decyzji i zgód niezbędnych do wykonania kontraktu zostały uwzględnione w ramach kosztów - przy czym wyjaśnienia nie precyzują ich wysokości,
- w zakresie badania gruntów wykonawca wyłącznie zapewnia, że zostały uwzględnione,
- w zakresie identyfikacji i rozpoznanie wszystkich kolizji z istniejącymi sieciami uzbrojenia terenu wykonawca deklaruje, że wykonuje te prace projektant a także że realizuje przekopy kontrolne w celu weryfikacji sieci uzbrojenia terenu - stanowisko wykonawcy sprowadza się tylko do potwierdzenia zakresu ale pomija całkowicie koszty w tym zakresie uwzględnione w ofercie,
- nadzór autorski realizowany jest siłami własnymi - także brak prezentacji jakichkolwiek założeń kosztowych,
- realizację nadzoruje nad projektantami ma sprawować właściciel co także nie jest okolicznością mającą znaczenie z punktu widzenia kosztów.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że w zakresie prac projektowych w wyjaśnieniach znajdują się wyłącznie ogólnikowe zapewnienia o uwzględnieniu w wycenie wszystkich kosztów, jednak w żaden sposób wyjaśnienia kosztów tych nie prezentują ani nie uzasadniają, co jest istotą wyjaśnień ceny. Zdaniem Odwołującego, analogicznie rzecz się ma w odniesieniu do dowodów w powyższym zakresie - wyjaśnienia całkowicie pomijają jakiegokolwiek dowody dotyczące kalkulacji kosztów fazy projektowania i nadzorów.

W zakresie pozostałych kosztów objętych szczegółowo wezwaniem Zamawiającego, a pominiętych w złożonych wyjaśnieniach wykonawcy My Way K.S. Odwołujący wskazał:

- odnośnie pytania o Koszty ogólne - ze strony My Way K.S. padło ogólnikowe zapewnienie, brak jakichkolwiek konkretnych informacji i źródeł pochodzenia kosztów,
- odnośnie Kosztów dokumentów wykonawcy - poza ogólnymi oświadczeniami o uwzględnieniu w cenie wszystkich niezbędnych elementów, brak jakichkolwiek źródeł pochodzenia kosztów i ich wysokości,
- odnośnie kwestii Demontażu, inwentaryzacji, załadunku, transportu, rozładunku, ułożenia na placu składowym paneli - ZIELONA ŚCIANA - brak wyjaśnień,
- odnośnie Kosztów Czasowej Organizacji Ruchu - brak, poza oświadczeniem: Uwzględniliśmy również w kosztach ogólnych koszty utrzymania placu budowy do czasu przejścia przez Zamawiającego w ramach kosztów ogólnych zaplecza budowy, koszty instalacji, utrzymania i obsługi tymczasowych organizacji ruchu, urządzeń zabezpieczających z uwzględnieniem klasy drogi S w ramach kosztów zapewnienia organizacji ruchu, koszty
- odnośnie Kosztów inwentaryzacji fotograficznej i opisowej obiektów. Długość dróg założona w ofercie do przywrócenia - brak poza ogólnikowym stwierdzeniem: z uwzględnieniem klasy drogi S w ramach kosztów zapewnienia organizacji ruchu, koszty wykonania inwentaryzacji stanu technicznego budynków i budowli w ramach kosztów ogólnych zaplecza, o ile zajdzie potrzeba wykonania inwentaryzacji, koszty zaspokojenia ewentualnych roszczeń wynikających z pogorszenia stanu technicznego obiektów nie zostały uwzględnione,

ponieważ wykonawca posiada stosowne ubezpieczenie od ryzyk budowlanych oraz prowadzonej działalności; koszty polisy ubezpieczeniowej w części przypadającej na

- odnośnie Kosztów utylizacji elementów z rozbiórki - brak wyjaśnień,
- odnośnie Planowanego zysku i kosztów ryzyka - deklaracja wykonawcy My Way K.S.: pewno będą one niższe od podanych w kosztorysie. Naszym celem jest osiągnięcie poziomu 30% zysku netto. Wierzymy, że jest to możliwe. Nie mniej jednak nawet przy ekstremalnych załamaniach rynkowych które zawsze bierzemy pod uwagę będziemy również zadowoleni z poziomu zysku 15-20% netto. Jesteśmy firmą rodzinną więc taki poziom również jest satysfakcjonujący.
- odnośnie Kosztów polisy ubezpieczeniowej - ogólne zapewnienie: oraz prowadzonej działalności; koszty polisy ubezpieczeniowej w części przypadającej na realizację przedmiotowego zamówienia zostały również uwzględnione, koszty zaplecza
- odnośnie Kosztów pracy - ogólna informacja na temat stawek godzinowych, brak jakichkolwiek wyliczeń udziału kosztów pracy w ramach wyceny przedmiotu zamówienia: firm zewnętrznych użyczających sprzęt. Minimalna stawka godzinowa stosowana przez wykonawcę i przyjęta w ofercie oraz załączonych kalkulacjach to 35 zł/h brutto, natomiast stawka najwyższa to 50 zł/h brutto. Do realizacji
- odnośnie Kosztów dojazdu i transportu - brak wyjaśnień, przy czym siedziba wykonawcy My Way K.S. to: Szadłowice 63, 88-140 Gniewkowo (odległość do placu budowy około 250 km - orientacyjny czas dojazdu ponad 3 godziny). Nie wskazano w wyjaśnieniach innej lokalizacji bazy wykonawcy.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że złożone przez wykonawcę My Way K.S. wyjaśnienia nie zawierały żadnych informacji, jakich oczekiwał Zamawiający.

Odnosząc się do złożonej przez wykonawcę My Way K.S. wraz z wyjaśnieniami tabeli Odwołujący wskazał, że przedmiotem wyjaśnień nie była sama weryfikacja poprawności matematycznej wyliczenia ceny, ale przede wszystkim wykazanie źródeł pochodzenia kosztów jako realnych i rynkowych. Odwołujący podał, że kluczowy w sprawie jest zamiar wykonania przez My Way K.S. podwyższenia ekranów bez ponoszenia kosztów pali oraz słupów - poz. 1, 2, 3, 6 Tabeli. W odniesieniu do poz. 13 Tabeli Odwołujący stwierdził, że obliczenie zostało oparte o błędne założenie ilości, przyjęto 7x341,5m z oferty niewiadomego pochodzenia, co daje 2390,5mb, a powinno być 5 655,83mb. W zakresie poz. 16 Tabeli Odwołujący uznał, że obliczenie zostało oparte o błędne założenie ilości pnączy (przyjęto 1280 szt.) (na podstawie oferty pracowni Architektury i krajobrazu), podczas gdy zgodnie z PFU ilość roślin to 2 szt. na 1mb ekranu pochłaniającego, tj. około 11108 szt.

W opinii Odwołującego, złożona tabela pomija całkowicie następujące elementy zamówienia:

- stała organizacja ruchu z wdrożeniem,
- schody skarpowe,
- przepusty.

Łączna wartość powyższych pominiętych w wycenie pozycji to ponad 270 000 zł.

Powyższe, w opinii Odwołującego, potwierdza kolejne samodzielne niezgodności treści oferty My Way K.S. z dokumentami zamówienia, stanowiące podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp. Dodatkowo, jak przyjął Odwołujący, pominięcie wskazanych pozycji w wyjaśnieniach dowodzi, że wykonawca My Way K.S. nie wykazał, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska - analogicznie w odniesieniu do pozycji dotyczących

roślinności/nasadzenia oraz organizacji ruchu.

Odwołujący zauważył, że wraz z wezwaniem wykonawcy My Way K.S. do złożenia wyjaśnień Zamawiający wymagał przedstawienia dowodów w zakresie podstaw obliczenia ceny. Zdaniem Odwołującego, wykonawca My Way K.S. nie złożył żadnego dowodu dotyczącego aktualnego postępowania i wyceny na jego potrzeby. Jak wskazał Odwołujący, złożone dowody odnoszą się do całkowicie innych zamówień, zupełnie innych lokalizacji, innych parametrów, ilości, a nawet rodzajów materiałów w stosunku do będących przedmiotem zamówienia. Odwołujący stwierdził, że dokumentów tych nie można uznać za dowody potwierdzające realność i rzetelność wyceny w przedmiotowym postępowaniu. Dodatkowo, jak podał Odwołujący, złożona oferta Flora BIS w zakresie pali stalowych zawiera wycenę profili stalowych HEA, podczas gdy przedmiotem zamówienia są objęte profile HEB. Odwołujący podkreślił, że oferowany/wyceniony słup HEA jest niezgodny z PFU zapis WIORB D.07.08.04 pkt 2.1 Elementy Stalowe, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając zarzut nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu oraz wprowadzenia w błąd Zamawiającego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący z postanowienia pkt 8.2.4 SWZ wywiódł, że przedmiotem warunku były wyłącznie wykonane budowy lub przebudowy konkretnego rodzaju ekranów - wyłącznie ekranów akustycznych (a nie innych, jak przeciwoślusieniowe), przy czym parametrem wymaganym dla każdego z zamówień referencyjnych była ich długość wynosząca co najmniej 2 km w odniesieniu do każdego z zadań. Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w postępowaniu przewidział fakultatywne podstawy wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp (pkt 10.6 lit. f SWZ Tom I IDW).

Odwołujący podniósł, że wskazane w poz. 1 Wykazu robót złożonego przez wykonawcę My Way K.S. zadanie zostało przez ww. wykonawcę opisane jako polegające na projekcie i budowie ekranów akustycznych przy drodze ekspresowej S5 o długości ponad 2,3km. Tymczasem, jak na to wskazują złożone w postępowaniu referencje, zadanie to dotyczyło realizacji ekranów akustycznych i przeciwoślusieniowych. Odwołujący wskazał, że referencje wystawione przez Euroformat EU Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu nie zawierają informacji w przedmiocie długości wykonanych ekranów akustycznych będących przedmiotem warunku, ale zawierają precyzyjne informacje o obiektach na których wykonawca My Way K.S. wykonał ekrany. Odwołujący oświadczył, że w celu weryfikacji faktycznego zakresu prac dotyczących ekranów akustycznych na wskazanym zamówieniu zwrócił się bezpośrednio do Zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Bydgoszczy o udzielenie informacji w przedmiotowym zakresie. Odwołujący stwierdził, że uzyskane dokumenty i informacje z dokumentacji projektowej potwierdzają, że jedynie obiekty: WS- 2, Ws-4, Ws-7 miały ekrany akustyczne o

łącznej długości 103, 80mb. Pozostałe obiekty są przejściami dla zwierząt i mają ekrany przeciwoślusieniowe. Powyższe, zdaniem Odwołującego, jednoznacznie potwierdza, że informacje zawarte w Wykazie robót w zakresie poz. 1 nie odpowiadają rzeczywistości, a faktyczne ilości wykonanych ekranów akustycznych w ilości około 100m w żaden sposób nie potwierdzają spełnienia warunku udziału

w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, o kwalifikowanej podstawie wykluczenia świadczy dodatkowo oświadczenie własne wykonawcy My Way K.S. złożone w dniu 18 stycznia 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 stycznia 2022 r., z którego wynika, że:

Nie mamy wiedzy, czy firma Euroformat EU Sp. z o.o. zgłaszała nas jako podwykonawcę, lub dalszego podwykonawcę. Faktem niepodważalnym jest jednak, że wykonaliśmy budowę, lub przebudowę ekranów akustycznych na co najmniej 2 zadaniach o długości 2km każde co wykazaliśmy w tabeli i załączonych referencjach. Zadania te miały powyżej 2km długości każde.

Odwołujący stwierdził, że w świetle złożonych z odwołaniem dokumentów i oświadczeń Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Bydgoszczy informacje wskazane w poz. 1 Wykazu robót w opisie zadania nie są prawdziwe.

Odwołujący podniósł ponadto, że według oświadczenia wykonawcy My Way K.S., zamówienie wskazane w poz. 3 Wykazu robót polegało na projekcie i budowie ekranów akustycznych przy drodze ekspresowej S5 o długości ponad 3km. Odwołujący zauważył, że już nazwa zadania wskazana w referencji wskazuje na innych zakres robót niż opisany w Wykazie: Dotyczy: 2a. „Kontynuacja wykonania ekranów przeciwoślusieniolowych na obiekcie WE-3 w km 5+157 drogi ekspresowej S5 Poznań - Wroclaw, odcinek Poznań - Wronczyn”. 2b. „Dokończenie robót drogi S5 Poznań - Wronczyn w zakresie ekranów akustycznych i przedwoślusieniolowych”.

Odwołujący w celu weryfikacji faktycznego zakresu i długości wykonanych ekranów akustycznych w ramach wskazanego zadania zwrócił się bezpośrednio do Zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad o informacje w tym zakresie. Uzyskane informacje i dokumenty potwierdzają, że łączna długość wykonanych ekranów akustycznych na tym zadaniu to tylko 1219mb.

Odwołujący zwrócił uwagę, że analogicznie jak w przypadku poz. 1 Wykazu, wykonawca My Way K.S. potwierdził dodatkowym oświadczeniem z dnia 18 stycznia 2022 r., że faktyczna długość wykonanych w ramach zadania ekranów akustycznych przekroczyła wymagane 2km, podczas gdy w rzeczywistości jedynie 1,2 km.

Powyższe potwierdza jednoznacznie, w opinii Odwołującego, że informacje zawarte w Wykazie robót w zakresie poz. 3 nie odpowiadają rzeczywistości, a faktyczne ilości wykonanych ekranów akustycznych w ilości około 1,2km w żaden sposób nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W świetle złożonych z odwołaniem dokumentów i oświadczeń Zamawiającego - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Bydgoszczy informacje wskazane w Wykazie robót w opisie zadania dla poz. 3 nie są prawdziwe.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący stwierdził, że wykonawca My Way K.S. przedstawił Zamawiającemu informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy. W ocenie Odwołującego, przedstawienie tych informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub też niedbalstwa, a przedstawione informacje miały zasadniczy wpływ na decyzje Zamawiającego - były konieczne dla spełniania warunku granicznego udziału w postępowaniu. Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, wobec klarowności warunku wykluczona jest argumentacja o dopuszczalnym odmiennym sposobie rozumienia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem Odwołującego, zadanie wykazane w poz. 2 Wykazu robót złożonego przez wykonawcę My Way K.S. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Referencje dla ww. wykonawcy wystawione przez Euroformat EU Sp. z o.o. wskazują, że Zadanie zostało wykonane należycie, terminowo, zgodnie z dokumentacją i sztuką budowlaną przy użyciu profesjonalnego sprzętu jak i wykwalifikowanej kadry kierującej i montażowej. Rekomendujemy i polecamy firmę My Way K.S. jako solidną, wiarygodną i w pełni przygotowaną do kompleksowego wykonywania dużych zleceń w zakresie robót związanych z budową ekranów akustycznych jak i robót palowych i konstrukcyjnych. Tymczasem, jak wynika z informacji uzyskanych przez Odwołującego od Generalnego Wykonawcy zamówienia - Strabag Sp. z o.o.:

W związku z Państwa pismem nr L.dz. 54/02/22 z dnia 11/02.2022 z pytaniami o udział firm „Euroformat EU” oraz „My Way” w realizacji ekranów akustycznych na kontrakcie dotyczącym dobudowy trzeciego pasa ruchu na obwodnicy Poznania w ciągu autostrady A2 informujemy, że firma Euroformat EU była podwykonawcą w zakresie kompleksowego wykonania ekranów akustycznych dla tego zadania (...) a w szczególności nie była naszym podwykonawcą, ani nie została nam zgłoszona jako dalszy podwykonawca przez firmę Euroformat EU.

Na podstawie pisma Strabag Sp. z o.o. Odwołujący przyjął, że skoro zamówienie w zakresie ekranów akustycznych, które miało być według oświadczenia Euroformat EU wykonywane przez My Way K.S., nie zostało uznane za należycie wykonane - roboty wykonane niezgodnie z umową, to trudno uznać takie zamówienie dla My Way K.S. za referencyjne i należycie wykonane, a zatem spełniające warunek.

Wykonawca My Way K.S. udzielając w dniu 18 stycznia 2022 r. wyjaśnień dotyczących statusu podwykonawcy względnie dalszego podwykonawcy na wszystkich

wykazanych w Wykazie robotach złożył dodatkowe referencje (nie uzupełniając Wykazu robót). Zgodnie z ww. pismem:

Jesteśmy firmą specjalizującą się w kompleksowym budowaniu lub przebudowywaniu ekranów akustycznych. Mamy 12 lat doświadczenia we wszystkich zagadnieniach związanych z ekranami akustycznymi. Na potwierdzenie tego faktu do pisma dołączmy dodatkowo referencje potwierdzające nasze bogate doświadczenie z takich kontraktów jak:

- S6 Obwodnica Trójmiasta - GDDKiA Gdańsk
- S7 w miejscowości Piątki - GDDKiA Olsztyn
- Obwodnica Augustowa - GDDKiA Białystok
- S3 Brzozowo Miękowo - Budimex S.A.

Na wszystkich ww. kontraktach wykonywaliśmy budowy, lub przebudowy ekranów akustycznych.

Odnosząc się do złożonych referencji dodatkowych w kontekście spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący stwierdził:

1. GDDKiA Białystok - łączna długość ekranów to: 63mb +134m dyfraktor - zamówienie nie spełnia warunków SWZ
2. GDDKiA Gdańsk - łączna długość ekranów to: 389,66mb (wynika z treści referencji) - zamówienie nie spełnia warunków SWZ
3. GDDKiA - Olsztyn - łączna długość ekranów to: 600mb (wynika z treści referencji) - zamówienie nie spełnia warunków SWZ
4. Budimex-Droga Ekspresowa S3 - zgodnie z poświadczeniem w formie wiadomości email wykonawca My Way K.S. realizował tylko części prac związanych z budową ekranów (konstrukcję nośną) nie zaś jak tego wymaga warunek w SWZ - całe ekrany - powyższe nie spełnia warunków SWZ

Dodatkowe zastrzeżenia Odwołującego budzi kwestia deklarowanego wykonania wskazanych w Wykazie w poz. 1-3 robót przez My Way K.S..

Jak wynika z treści pisma Zamawiającego do wykonawcy My Way K.S. z dnia 12 stycznia 2022 r., Zamawiający weryfikował tą kwestię u poprzednich zamawiających i nie stwierdził, aby w dokumentacji realizacji zadań występował My Way K.S. jako podwykonawca czy też nawet jako dalszy podwykonawca. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, z pisma Strabag Sp. z o.o. także w odniesieniu do Zadania z poz. 2 Wykazu Generalny Wykonawca potwierdza, że według wiedzy, jaką posiada, My Way K.S. nie uczestniczył w realizacji zamówienia ani jako podwykonawca, ani dalszy podwykonawca, co podaje w wątpliwość faktyczny udział tego podmiotu w wykonaniu zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jedynymi dokumentami potwierdzającymi udział My Way K.S. we wskazanych robotach są referencje - wszystkie wystawione przez ten sam podmiot - Euroformat EU Sp. z o.o. Wykonawca My Way K.S., wezwany w tym zakresie do udzielenia wyjaśnień, w piśmie z dnia 18 stycznia 2022 r. stwierdził jedynie: Wyjaśniamy, iż w każdym z przypadków, które wymieniliśmy w tabeli „Wykaz robót” firmą zlecającą nam prace była firma Euroformat EU Sp. z o.o. z Poznania. W tamtym okresie mieliśmy stałą współpracę z tą firmą i wykonaliśmy dla niej jeszcze wiele innych kontraktów.

Z naszych ustaleń i informacji pozyskanych od Gddkia i Autostrada Wielkopolska wynika, iż firma Euroformat EU Sp. z o.o. była zgłoszonym Podwykonawcą, lub Wykonawcą. Na tych

zadaniach wykonaliśmy prace zgodnie z przekazanymi i załączonymi referencjami właśnie dla firmy Euroformat EU Sp. z o.o. Nie mamy wiedzy, czy firma Euroformat EU Sp. z o.o. zgłaszała nas jako podwykonawcę, lub dalszego podwykonawcę.

Jednocześnie, jak zauważył Odwołujący, nie zostały złożone jakiekolwiek dowody na potwierdzenie powyższego, jak np. protokoły odbioru, dokumenty księgowe (faktury, potwierdzenia płatności).

Odwołujący wskazał, że w podobnej sytuacji w ubiegłym roku składając na wezwanie aktualnego Zamawiającego wyjaśnienia składał dokumenty odbiorowe oraz księgowe, które potwierdzały jednoznacznie fakt i zakres wykonanych robót, a tymczasem w aktualnym postępowaniu, pomimo uzasadnionych wątpliwości, jakie zgłaszał Zamawiający, wezwany do wyjaśnień My Way K.S. poprzestał na głośłownym potwierdzeniu, które Zamawiający uznał za dostateczny dowód i potwierdzenie okoliczności.

W ocenie Odwołującego wykonawca wezwany do wyjaśnień tak poważnych wątpliwości, jak potwierdzenie faktu realizacji zamówień referencyjnych, nie udzielił w tym zakresie przekonujących wyjaśnień i poza głośłownym zapewnieniem nie był w stanie wykazać powyższego za pomocą jakiegokolwiek dokumentu/dowodu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca My Way K.S..

Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględnia odwołanie w całości.

Wykonawca My Way K.S. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Za zasadny Izba uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 30 090 068,25 zł, w tym wartość przewidywanych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 oraz art. 388 pkt 2 lit. c ustawy Pzp została ustalona na kwotę 10 030 022,75 zł.

W terminie składania ofert wpłynęły cztery oferty:

- AGC Bytom Sp. z o.o. - 33 551 740,84 zł,
- My Way K.S. - 13 377 480,00 zł,
- EKOPRES S.A. - 19 277 095,77 zł,
- Przedsiębiorstwa Budowlano-Usługowego GOMIBUD Sp. z o.o. - 29 458 500,00 zł.

Pismem z dnia 22 października 2022 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia czy oferta My Way K.S. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, wezwał wykonawcę My Way K.S. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny oferty. Zamawiający wskazał, że powziął podejrzenie rażącego zaniżenia ceny w oparciu o różnice ceny w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o VAT oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, które wynoszą odpowiednio 45,78% i 44,07%. Zamawiający zwrócił się o podanie szczegółowej wyceny trzynastu części składowych wskazując co do każdej z nich, jaki powinien być zakres wyjaśnień. Zamawiający żądał również poparcia wyjaśnień odpowiednimi dokumentami potwierdzającymi przyjęte ceny i wartości. Ponadto, Zamawiający wskazał, że informacja powinna być wyczerpująca

i szczegółowa, wykonawca zaś powinien dostarczyć Zamawiającemu wystarczający materiał do oceny zaoferowanej w ofercie kwoty.

Wykonawca My Way K.S. złożył wyjaśnienia pismem z dnia 8 listopada 2022 r.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez My Way K.S. nie czyniły zadość szczegółowemu wezwaniu Zamawiającego, nie odpowiadały na wszystkie wątpliwości ujawnione w ww. wezwaniu, nie zostały również poparte dowodami w zakresie, w jakim wymagał tego Zamawiający. Co do zasady, wyjaśnienia złożone przez My Way K.S. sprowadzają się do zapewnienia, że wszystkie koszty zostały uwzględnione w zaoferowanej cenie. Wykonawca My Way K.S. załączył do wyjaśnień tabelę obrazującą podział kosztów, jednak wykaz poszczególnych pozycji nie odpowiada na pytania sformułowane przez Zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że brak jest podstaw do twierdzenia, że wszystkie dowody składane na potwierdzenie realności zaoferowanej ceny powinny być dedykowane dla danego konkretnego postępowania. Jednakże, za dowód potwierdzający rzetelność kalkulacji nie można uznać oferty obejmującej inny zakres, niż przedmiot zamówienia. Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu - wykonawca My Way K.S. załączył do wyjaśnień dokument w postaci oferty Flora Bis Sp. z o.o. z dnia 30 sierpnia 2021 r., która dotyczy profili stalowych HEA, podczas gdy przedmiotem zamówienia objęte są profile HEB.

Izba miała na uwadze, że ciężar wykazania realności zaoferowanej ceny spoczywał na wykonawcy My Way K.S. zarówno na etapie wyjaśnień składanych Zamawiającemu, jak również na etapie postępowania odwoławczego toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą. Złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny powinny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Efektem składanych wyjaśnień powinno być stworzenie podstaw do uznania przez Zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny nie było uzasadnione. Złożenie wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny powinno skutkować odrzuceniem oferty. Brak staranności wykonawcy, jako profesjonalisty, przy udzielaniu wyjaśnień, brak odpowiedzi na pytania Zamawiającego, powoduje, że wykonawca ponosi negatywne skutki niewykazania zasadności swoich twierdzeń.

Izba nie stwierdziła podstaw do nakazania Zamawiającemu skierowania do wykonawcy My Way K.S. powtórnego wezwania do wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny. Izba przychyliła się do stanowiska ukształtowanego w orzecznictwie, że co do zasady, wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny jest jednokrotne. Ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień jest możliwe wyłącznie w sytuacji, gdy wykonawca dołożył

staranności przy składaniu wyjaśnień, odpowiedział na wszystkie pytania zamawiającego, złożył odpowiednie dowody, jednak zamawiający widzi potrzebę doprecyzowania pewnych kwestii. Utrzymanie ww. zasady gwarantuje zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S. jako niezgodnej z dokumentami zamówienia, pomimo że treść złożonych wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca ten przewidział realizację przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ.

Izba stwierdziła, że w wyjaśnieniach dotyczących wysokości zaoferowanej ceny z dnia 8 listopada 2021 r. wykonawca My Way K.S. przedstawił przyjętą technologię podwyższenia ekranów:

Przed przetargiem dokonaliśmy kilkudniowej analizy w terenie, oraz szczegółowej analizy konstrukcji przy podwyższanych ekranach. Dzięki temu wiemy, że skorzystamy z istniejącej konstrukcji i dołożymy konstrukcji i ekranów w ich górnej części na co pozwalają obliczenia. Nasz Projektant policzył również konstrukcję nowo budowanych ekranów. Dzięki temu precyzyjnie określiliśmy ilości materiałów i ilości jednostek montażowych. Po analizie terenowej mamy już wstępny projekt dzięki czemu jesteśmy pewni naszej kalkulacji.

Do wyjaśnień wykonawca My Way K.S. załączył oświadczenie projektanta z dnia 5 listopada 2021 r., w którym projektant stwierdza:

Ja P.F. legitymujący się uprawnieniami budowlanymi do projektowania bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nr MAP/0015/POOK/08 z dnia 17.06.2008 r. oświadczam, że dokonałem szczegółowej analizy w terenie dot. prac projektowych i rozwiązań konstrukcyjnych niniejszego postępowania. Konstrukcja ekranów akustycznych podwyższanych nie wymaga wzmocnienia. Podwyższenie ekranów będzie polegało na przymocowaniu konstrukcji o danej wysokości podwyższenia do słupów dwuteowych. Nie ma zatem konieczności wykonania nowych pali i słupów. Dokonałem również analizy terenu i jego uwarunkowań dla nowo budowanych ekranów akustycznych. Dzięki temu ponosząc wyższe koszty nieadekwatne do etapu przetargu, policzyliśmy dość szczegółowo konstrukcję nowo budowanych ekranów. Przyjęte rozwiązania są bezpieczne, zgodne z obowiązującymi normami, metodologią obliczeń, oraz gwarantują wieloletnie bezproblemowe użytkowanie. Szczegółowa analiza terenowa, oraz obliczenia dają firmie My Way K.S. przewagę w konkurencji cenowej na etapie postępowania przetargowego, ponieważ nie są to jedynie założenia ale de facto realny i faktyczny wstępny projekt ekranów akustycznych. Firma My Way poświęciła dużo czasu i włożyła wiele zaangażowania w opracowanie ilościowe materiałów na etapie przetargu

Izba miała na uwadze, że obowiązkiem wykonawców było wykonanie zamówienia przy uwzględnieniu przyszłego podwyższenia konstrukcji o kolejny 1m bez konieczności rozbiórki ekranów oraz ingerencji w fundamenty (pkt 1.1.3.5. PFU). Jednocześnie, Zamawiający nie zgodził się na obniżenie przewidzianych przepisami i zarządzeniami Zamawiającego parametrów ugięć poziomych dla istniejących słupów (odpowiedź na pytanie nr 6).

Opisana w ww. dokumentach, założona przez wykonawcę My Way K.S., technologia podwyższenia ekranów została skutecznie zakwestionowana przez Odwołującego. Odwołujący dowiódł, że sposób podwyższenia ekranów przy wykorzystaniu dotychczasowych konstrukcji, bez wykonania nowych pali i słupów, jest niezgodny z SWZ. Odwołujący złożył Analizę wykonalności opracowaną przez J.K. posiadającego uprawnienia budowlane do projektowania i kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (Załącznik nr 4 do odwołania) wraz z kopią uprawnień nadanych autorowi przedmiotowej analizy. Ww. analiza jednoznacznie potwierdza, że w zdecydowanej większości przypadków nie jest możliwa modyfikacja (podwyższenie) istniejących ekranów bez ingerencji (wzmocnienia) w konstrukcję zarówno słupów stalowych, jak i pali fundamentowych. Pokazany w analizie poziom przekroczeń takich parametrów, jak dopuszczalne ugięcie słupa stalowego, dopuszczalne naprężenie w słupie stalowym czy przekroczenie ze względu na długość pała wykluczają realizację zamówienia

w sposób założony przez My Way K.S.. Dokonana przez Odwołującego analiza

porównawcza (Załącznik nr 3 do odwołania) wskazuje, że udział ekranów objętych zarzutem niezgodności z SWZ to około 95% ekranów podlegających modernizacji, które to ekrany stanowią około 60% wszystkich ekranów stanowiących przedmiot zamówienia. Dodatkowo, Odwołujący złożył Obliczenia statystyczne sprawdzające, które potwierdzają prawidłowość obliczeń zaprezentowanych w Załącznikach nr 3 i 4 do odwołania. Wykonawca My Way K.S. nie podważył skutecznie obliczeń złożonych przez Odwołującego, nie złożył również własnych dowodów potwierdzających prawidłowość przyjętych założeń. Wykonawca My Way K.S. zapewniał Zamawiającego, że dokonał analizy w terenie oraz szczegółowej analizy rozwiązań konstrukcyjnych, a nawet, że posiada „realny i faktyczny wstępny projekt ekranów akustycznych”, jednak nie złożył dokumentów potwierdzających powyższe twierdzenia, nie podjął inicjatywy dowodowej w tym zakresie.

Izba uwzględniła również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a) ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 oraz 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S., który podlega wykluczeniu bowiem w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

W pkt 8.2.4. SWZ Zamawiający wymagał od wykonawców ubiegających się o zamówienie wykazania, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert wykonali (zakończyli) co najmniej 2 zadania polegające na budowie lub przebudowie ekranów akustycznych o długości 2 km każde.

Zamawiający przewidział również fakultatywne przesłanki wykluczenia uregulowane w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp (pkt 10.6 lit. f SWZ).

Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku wykonawca My Way K.S. złożył m.in. oświadczenie w formie Wykazu robót, w którym podał trzy roboty:

- 1) Projekt i budowa S-5 na odcinku Nowe Marzy - Bydgoszcz Część 3 - zadanie polegało na projekcie i budowie ekranów akustycznych przy drodze ekspresowej S5 o długości ponad 2,3 km wykonane na rzecz GW: PBDiM Kobyłarnia S.A., Zamawiający: GDDKiA Bydgoszcz, Zlecający: Euroformat EU Sp. z o.o.
- 2) Autostradowa Obwodnica Poznania - Rozbudowa Trzeciego Pasa w ciągu Autostrady A2 - zadanie polegało na projekcie 1 budowie ekranów akustycznych przy Autostradzie A2 przy dobudowie trzeciego pasa autostrady o długości ponad 6 km, wykonane na rzecz: GW: Strabag Sp. z o.o., Zamawiający: Autostrada Wielkopolska, Zlecający: Euroformat EU Sp. z o.o.
- 3) 2a „Kontynuacja wykonania ekranów na obiekcie WE-3 w km 5+157 drogi ekspresowej S5 Poznań - Wrocław, odcinek Poznań - Wronczyn”. 2b. „Dokończenie robót drogi S5 Poznań - Wronczyn w zakresie ekranów akustycznych” zadanie polegało na projekcie i budowie ekranów akustycznych przy drodze ekspresowej S5 o długości ponad 3 km, wykonane na rzecz: Zamawiający: GDDKiA Poznań, Zlecający i GW: Euroformat EU Sp. z o.o.

Odwołujący złożył Projekt Technologiczny ekranów akustycznych oraz Projekt Technologiczny ekranów przeciwoślnieńowych dla zadania wskazanego w poz. 1 ww. wykazu. Ponadto, Odwołujący złożył zestawienie wszystkich ekranów w ramach zadania z poz. 1 Wykazu robót dokonane na podstawie dokumentacji projektowej. Dokumenty te wskazują, że nawet gdyby uznać, iż ekrany przeciwoślnieńowe należy zaliczyć do ekranów akustycznych, to ich łączna długość wynosi 1 743,05mb, a zatem nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Analogicznie, dla wykazania zasadności zarzutu odnośnie poz. 3 Wykazu robót złożonego przez wykonawcę My Way K.S., Odwołujący złożył w poczet materiału dowodowego dokumenty w postaci wyciągów z projektu budowlanego, Projektu wykonawczego ekranu akustycznego, Projektu wykonawczego ekranów akustycznych, Projektu wykonawczego ekranów przeciwoślnieńowych, a także zestawienie wszystkich ekranów w ramach zadania z poz. 3 Wykazu. Dokumenty przedstawione przez

Odwołującego potwierdzają, że nawet łączna długość ekranów akustycznych i przeciwośnieniowych wynosi 1 511,46m, a zatem nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Ww. dowody wskazują, że składając oświadczenie w Wykazie robót wykonawca My Way K.S. wprowadził Zamawiającego w błąd, co miało istotny wpływ na decyzję Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu - oferta My Way K.S. została wybrana jako najkorzystniejsza. Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie zaistniała przesłanka wykluczenia z postępowania przewidziana w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W ocenie Izby, brak jest podstaw do twierdzenia, że My Way K.S., jako wykonawca robót w ramach zadań z poz. 1 i 3 Wykazu robót, nie posiadał wiedzy o długości i rodzaju zrealizowanych ekranów. O kwalifikowanej podstawie wykluczenia świadczy dodatkowo fakt, że treść oświadczenia złożonego w Wykazie robót została potwierdzona przez wykonawcę My Way K.S. w piśmie skierowanym do Zamawiającego w dniu 18 stycznia 2022 r. Ponadto, wykonawca My Way K.S. nie wykazał podstaw do innej kwalifikacji zachowania tego wykonawcy.

Potwierdził się również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy My Way K.S., który podlega wykluczeniu, bowiem nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganego doświadczenia zawodowego.

Przedmiotowym zarzutem zostały objęte omówione powyżej zadania wskazane w poz. 1 i 3 Wykazu robót, a także zadanie ujęte w poz. 2 Wykazu, tj. Autostradowa Obwodnica Poznań - Rozbudowa Trzeciego Pasa w ciągu Autostrady A2 - zadanie polegało na projekcie 1 budowie ekranów akustycznych przy Autostradzie A2 przy budowie trzeciego pasa autostrady o długości ponad 6 km. Na potwierdzenie realizacji zadania z poz. 2 Wykazu robót wykonawca My Way K.S. złożył referencje z dnia 16 marca 2020 r. wystawione przez Euroformat EU Sp. z o.o., które potwierdzają m.in., że zadanie zostało wykonane należycie, terminowo, zgodnie z dokumentacją i sztuką budowlaną. Odwołujący przedłożył pismo Strabag Sp. z o.o. z dnia 14 lutego 2022 r., w którym stwierdzono, że „firma Euroformat EU była podwykonawcą w zakresie kompleksowego wykonania ekranów akustycznych dla tego zadania. Firma Euroformat EU wykonała roboty niezgodnie z wymogami umowy,

w związku z tym nie wydaliśmy referencji za to zadanie. Według naszej wiedzy, firma „My Way” nie wykonywała prac na w/w kontrakcie, a w szczególności nie była naszym podwykonawcą, ani nie została nam zgłoszona jako dalszy podwykonawca przez firmę Euroformat EU.”.

Izba stwierdziła, że okoliczność, że zamówienie w zakresie ekranów akustycznych nie zostało należycie zrealizowane - główny wykonawca Strabag Sp. z o.o. nie wystawił referencji swojemu podwykonawcy Euroformat EU Sp. z o.o., podaje w wątpliwość należyłą realizację zamówienia przez My Way K.S.. Wykonawca ten w toku postępowania odwoławczego nie wykazał, że przedmiotowe zamówienie zostało wykonane prawidłowo. Złożone przez My Way K.S. Zlecenie/Umowa współpracy z dnia 2 stycznia 2018 r., wbrew twierdzeniom My Way K.S., wskazuje na kompleksowe wykonanie ekranów przez tego wykonawcę.

Odwołujący podał także w wątpliwość fakt realizacji zadań wykazanych w Wykazie robót przez My Way K.S.. Kwestię udziału tego wykonawcy w wykonaniu robót objętych Wykazem badał również Zamawiający. W piśmie z dnia 14 stycznia 2022 r. Zamawiający stwierdził, że „Z informacji posiadanych przez Zamawiającego nie wynika, że Wykonawca My Way K.S. był zgłoszony jako podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykazanych robót”. Zamawiający zwrócił się do My Way K.S. z prośbą o wyjaśnienie w zakresie faktycznego udziału w wykonaniu wykazanych robót. W odpowiedzi wykonawca My Way K.S. w piśmie z dnia 18 stycznia 2022 r. stwierdził: „Nie mamy wiedzy, czy firma Euroformat EU SP. z o.o. zgłaszała nas jako podwykonawcę, lub dalszego podwykonawcę. Faktem niepodważalnym jest jednak, że wykonaliśmy budowę, lub przebudowę ekranów akustycznych na co najmniej 2 zadaniach o długości 2km każde co wykazaliśmy w tabeli i załączonych referencjach.”.

Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba wzięła pod uwagę, że Euroformat EU Sp. z o.o. mogła nie zgłosić formalnie udziału My Way K.S. w realizacji wykazanych robót. Okoliczność ta nie powinna obciążać My Way K.S.. Izba uznała jednak, że wykonawca ubiegający się o zamówienie powinien dołożyć wszelkich starań, aby wykazać spełnianie

warunku udziału w postępowaniu. Z tego względu, wobec wątpliwości, jakie powstały po stronie Zamawiającego, wykonawca My Way K.S. powinien był odpowiadając na wezwanie do wyjaśnień wykazać spełnianie warunku, dowieść Zamawiającemu swojego udziału w realizacji robót. Wykonawca My Way K.S. nie dochował należytej staranności w tym zakresie. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień złożył jedynie kolejne oświadczenie (pismo z dnia 18 stycznia 2022 r.), które nie może zostać uznane za wystarczające. Na rozprawie My Way K.S. deklarował, że posiada faktury i potwierdzenia przelewów na dowód zrealizowanych płatności z tytułu wykonanych zleceń, jednak dowodów takich nie przedstawił.

W konsekwencji stwierdzonych naruszeń, potwierdzenie znajduje również zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania wykonawcę K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą My Way K.S. zasądzając na rzecz Odwołującego kwotę 23 600 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: