Sygn. akt KIO 3109/24

WYROK

Warszawa, dnia 13 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2024 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez Odwołującego -wykonawcę K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą My Way K. S. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w imieniu którego postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

   2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

   2.2 zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca: …….....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa - Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad, w imieniu którego działa Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Bydgoszczy prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „Budowa dodatkowych ekranów akustycznych przy drodze ekspresowej S-10 na odcinku węzeł Bydgoszcz Błonie — węzeł Bydgoszcz Południe od km 0+467 do km 6+500".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych e nr 2024/BZP 00345427 z dnia 29 maja 2024r.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. wykonawca K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą My Way K. S. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec nieprawidłowej czynności odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania pomimo, iż Odwołujący nie polegał wykluczeniu, albowiem w postępowaniu, na które powołał się Zamawiający, tj. „Projekt i budowa urządzeń ochrony środowisk a- ekranów akustycznych na odcinku obwodnicy Radzymina”, nr ref. O/WA.D-3.2411.18.2023 (dalej obwodnica Radzymina), Odwołujący nie został zasadnie wykluczony z postępowania, co wynika wprost z uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2024r., na które powołuje się Zamawiający,

2) naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp oraz art. 223 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia pomimo, iż:

a. Zamawiający w piśmie z dnia 8 lipca 2024r. oczekiwał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, a nie prowadził weryfikacji oferty Odwołującego pod kątem zgodności oferty z Dokumentacją Projektową,

SST i Opisem Technicznym (brak jednoznacznych oświadczeń Wykonawcy w tym zakresie, jak i brak zapytań ze strony Zamawiającego), a nadto Odwołujący w żadnym miejscu oferty, w tym w wyjaśnieniach z dnia 18 lipca 2024r. nie stwierdził, iż do realizacji zamówienia zamierza zastosować bariery

niezgodne z Dokumentacją Projektową, SST lub Opisem Technicznym, lecz wprost wskazał, iż zrealizuje zamówienie zgodnie z w/w dokumentami,

b. Zamawiający bezzasadnie założył, jakoby firma Maxito sp. z o.o. sp. k. nie

posiadała w ofercie produktu zgodnego z dokumentacją zamówienia,

c. Zamawiający za wyjątkiem oferty Odwołującego nie przeprowadził procedury

szczegółowego badania zgodności pozostałych ofert złożonych w postepowaniu z warunkami zamówienia, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności

wyboru oferty PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący") jako najkorzystniejszej oferty,

b. dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący nie zgodził się z przyjęciem przez Zamawiającego, iż złożona oferta wprowadzała go w błąd w zakresie przesłanki wykluczenia, któremu zdaniem Zamawiającego miał podlegać Odwołujący, w związku z uprzednim wykluczeniem Odwołującego z postępowania pn. „Projekt i budowa urządzeń ochrony środowisk a- ekranów akustycznych na odcinku obwodnicy Radzymina", nr ref. O/WA.D-3.2411.18.2023 (dalej obwodnica Radzymina). Odwołujący wyjaśnił, że nie kwestionuje, iż składał w dniu 6 lipca 2023r. ofertę na zadaniu obwodnica Radzymina, która w dniu 12 lutego 2024r. została odrzucona przez GDDKiA Oddział w Warszawie. W uzasadnieniu odrzucenia GDDKiA Oddział w Warszawie wskazała dwie podstawy odrzucenia:

1) przyjęcie, iż złożone przez Odwołującego samooczyszczenie nie było wystarczające (podstawa z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp),

2) wprowadzenie przez Odwołującego w błąd co do informacji, które mogły mieć istotny wpływ na decyzję zamawiającego (podstawa z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp).

Odwołujący przyznał także, iż nie składał odwołania na zadaniu obwodnica Radzymina, albowiem sugerował się przede wszystkim odrzuceniem z uwagi na niewykazanie samooczyszczenia. Ponadto wyjaśnił, że nie miał uzasadnionych podstaw, aby kwestionować ocenę GDDKiA Oddział w Warszawie w zakresie samooczyszczenia, dlatego też nie zdecydował się na składanie odwołania, mimo iż całkowicie nie zgadzał się z

uzasadnieniem dotyczącym drugiej podstawy odrzucenia, tj. rzekomego wprowadzenia zamawiającego w błąd.

W opinii Odwołującego w niniejszym postępowaniu, dla oceny zasadności powołania się przez Zamawiającego na podstawę wykluczenia Odwołującego ma przede wszystkim fakt, iż uprzednie wykluczenie Odwołującego z zadania obwodnica Radzymina było bezzasadne i to w stopniu oczywistym. Zamawiający zarzucając więc w niniejszym postępowaniu zatajenie podstawy wykluczenia sam jednak zataił, iż w postępowaniu obwodnica Radzymina brak było merytorycznych podstaw do wykluczenia Odwołującego, a w konsekwencji Odwołujący nie znajdował się w rocznym okresie wykluczenia przewidzianym w art. 111 pkt 6 Pzp i nie miał obowiązku stosowania procedury samooczyszczenia.

Kolejno Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z dnia 8 lipca 2024r. zwracał się do Odwołującego o wyjaśnienie dotyczące treści złożonej oferty oraz jej elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia tej ceny. Odwołujący w odpowiedzi z dnia 18 lipca 2024r. już na wstępie jednoznacznie zadeklarował: „Potwierdzamy, iż wykonany zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w pełne/ dokumentacji przetargowej. (...) Oferta zdecydowanie i jednoznacznie uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ". Do swoich wyjaśnień Odwołujący załączył szczegółową tabelę RNC wraz z dowodami na potwierdzenie realności przedstawionych wyliczeń i kalkulacji złożonej oferty. Zamawiający uznał, że przedstawiona kalkulacja, jak i dowody są wystarczające, albowiem nie odrzucił oferty Wykonawcy jako zawierającej rażąco niską cenę. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego były jednak zastrzeżenia Zamawiającego co do zgodności oferty z dokumentacją zamówienia w zakresie:

1) paneli przeźroczystych, w zakresie wymaganej grubości paneli - 20mm według dokumentacji, względem 8mm wynikającej z oferty załączonej przez Odwołującego do wyjaśnień,

2) paneli przeźroczystych, w zakresie wymaganej technologii zabezpieczenia przed zderzeniami ptaków, polecającej na zabezpieczeniu w postaci zatopionych włókien poliamidowych, z uwagi na trwałość takiego rozwiązania, podczas gdy złożona przez Odwołującego oferta zakłada zastosowanie tzw. sitodruku,

3) stalowych barier ochronnych N2W1, HIW2, HIW3 oraz bariero-poręczy ochronnej H2W1, względem przedłożonej przez Odwołującego oferty na bariery N2W2, N2W3 oraz N2W4.

Odwołujący wyjaśnił, iż oferty, które przełożył wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny służyły przede wszystkim wykazaniu Zamawiającemu poziomu cen przyjętemu przez Odwołującego w ofercie, a nie wykazanie, iż złożona oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący wyraźnie w treści wyjaśnień wskazał, że zrealizuje zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia. Odwołujący wskazał, że w celu uchylenia wszelkich wątpliwości w tym zakresie oraz wykazania zgodności w/w twierdzeń, iż przedłożone przez Odwołującego oferty na bariery (ad. 3) oraz wypełnienia przeźroczyste (ad. 1) miały na celu ukazanie przede wszystkim realności poziomu cen, oraz zgodności deklaracji zawartej w piśmie z dnia 18 lipca 2024r. o wykonaniu zamówienia w sposób zgodny z jego wymaganiami, Odwołujący wraz z niniejszym odwołaniem przedkłada oświadczenia swoich dostawców na przedmiotowy kontrakt.

Dowód:

1. oświadczenie firmy Maxito sp. z o.o. sp. k. (panele przeźroczyste),

2. oświadczenie firmy Servitrans sp. z o.o. z dnia 23.08.2024r. (bariery).

Odwołujący nadto zauważył, że w przypadku słupów stalowych, Zamawiający nie zakwestionował przedłożonego zlecenia, mimo iż tak jak w przypadku wypełnień przeźroczystych oraz barier Odwołujący przedkładał dokumentację z innego kontraktu i nie w pełni zgodną z dokumentacją zamówienia. Mimo tego Zamawiający uznał dokumentację za wystarczającą, albowiem potwierdzała ona założony przez Odwołującego poziom cen. Oczywiście Odwołujący także w przypadku słupów stalowych przyjmował materiał całkowicie zgodny z dokumentacją postępowania, co potwierdza załączona oferta firmy Flora-Bis na przedmiotowe zadanie z ceną nawet niższą niż zlecenie złożone wraz z pismem z dnia 18 lipca 2024r.

Dowód:

1. zlecenie dla firmy Flora-Bis sp. z o.o. (słupy stalowe),

2. oświadczenie firmy Flora-Bis sp. z o.o. (słupy stalowe).

Odwołujący nie zgodził się ze stwierdzeniem zawartym przez Zamawiającego na str. 15 pisma z dnia 12 sierpnia 2024r. uzasadniającego wybór najkorzystniejszej oferty, jakoby Firma Maxito sp. z o.o. sp. k. nie dysponowała technologią lub materiałem, który byłby zgodny z dokumentacją zamówienia w zakresie sposobu zabezpieczenia przed zderzeniami ptaków w postaci zatopionych włókien poliamidowych. Powyższe stanowisko pozostaje w sprzeczności z informacjami zawartymi na stronie firmy Maxito, która w swojej ofercie posiada rozwiązania wskazywane przez Zamawiającego.

Dowód: wydruk ze strony producenta —firmy Maxito

Zdaniem Odwołującego, informacje pozyskane przez Zamawiającego (zwłaszcza nieudokumentowane) nie mogą być podstawą do twierdzenia, jakoby Odwołujący

przedstawiając zlecenie dla firmy Maxito zamierzał zastosować wypełnienia przeźroczyste niezgodne z dokumentacją zamówienia.

Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający tak szczegółową analizę oferty Odwołującego co do zgodności z dokumentacją zamówienia przeprowadził tylko w odniesieniu do oferty Odwołującego, niejako przy okazji zastosowanej procedury wynikającej z ustawowego nakazu badania rażąco niskiej ceny. Zamawiający takiej analizy nie przeprowadził w stosunku do pozostałych złożonych ofert, w tym w szczególności oferty złożonej przez Przystępującego tylko dlatego, iż nie mieściła się ona w ustawowych widełkach obowiązkowego badania przesłanki rażąco niskiej ceny.

Pomimo, iż Zamawiający w rezultacie nie odrzucił oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę, to niejako przy okazji badania rażąco niskiej ceny Zamawiający, bez możliwości złożenia przez Odwołującego jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie, w szczególności co do zastosowanej grubości paneli przeźroczystych, jak i barier oraz bariero-poręczy. Zamawiający sam zresztą zauważył, iż przedłożone przez Odwołującego oferty dotyczyły innych kontraktów, na których mogły obowiązywać inne szczegółowe rozwiązania od tych przyjętych w przedmiotowym postępowaniu. Mimo tego Zamawiający zaniechał wyjaśnienia tych kwestii z Odwołującym (zwłaszcza wobec deklaracji Odwołującego zawartej w piśmie z dnia 18.07.2024r., iż jego oferta jest w całości zgodna z dokumentacją zamówienia), lecz przyjął a priori wersję niekorzystną dla Odwołującego.

Powyższe świadczy o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców. Zamawiający wykorzystał bowiem informacje podane przez Odwołującego w innym celu, aniżeli ten dla którego były przeznaczone. Zamawiający finalnie uznał bowiem przedłożone wyjaśnienia i dowody za wystarczające do obrony zaoferowanej ceny. Co więcej, w stosunku do pozostałych wykonawców Zamawiający nie zarządził jakiegokolwiek badania zgodności ofert z warunkami zamówienia.

W ocenie Odwołującego taki sposób postępowania jest dla niego krzywdzący i świadczy o nierównym traktowaniu wykonawców przez Zamawiającego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że w prowadzonym postępowaniu Odwołujący nie przedstawił całokształtu okoliczności dotyczących wykluczenia go przez GDDKiA Oddział

w Warszawie. W Formularzu 3.1. („Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w 4 postępowaniu") skreślił fragment dający możliwość wskazania przesłanki wykluczenia i zainicjowania z tego powodu procedury samooczyszczenia. Na Odwołującym ciążył obowiązek opisania i poddania ocenie zdarzenia polegającego na przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd jakie miało miejsce w innym postępowaniu. Przyjęcie odmiennej interpretacji prowadziłoby do sytuacji, gdzie Odwołujący występowałby w roli „sędziego we

własnej sprawie" i decydował które wykluczenia należy ujawnić, a które nie. Za każdym razem byłaby to jego decyzja uznaniowa. Zamawiający podkreślił, że wymagał ujawnienia w pkt 2 Formularza 3.1 informacji o sytuacji podmiotowej Odwołującego (podleganie wykluczeniu w związku z ramami czasowymi wskazanymi w art. 111 Pzp). Informacja musiała znaleźć się w formularzu, ponieważ skuteczne wykluczenie z postępowania prowadzonego przez Oddział GDDKiA w Warszawie jest bezsporne a roczny okres wykluczenia nie upłynął w dniu złożenia oferty przez Odwołującego. Rolą Zamawiającego nie jest ocena zasadności wykluczenia przez GDDKiA Oddział w Warszawie. Proces oceny oferty Odwołującego i utraty statusu uczestnika postępowania w postępowaniu prowadzonym przez ten Oddział został zakończony i jest nieodwracalny. Natomiast w niniejszym postępowaniu Odwołujący pozbawił samego siebie możliwości dowiedzenia swojej rzetelności - nie ujawnił uprzedniego wykluczenia i nie zainicjował procedury samooczyszczenia.

Zamawiający dodał, że Odwołujący w swoim odwołaniu błędnie zarzuca Zamawiającemu, że wyciąga wobec niego niekorzystne skutki prawne z faktu, że nie odwołał się od decyzji GDDKiA Oddział w Warszawie z dnia 12 lutego 2024 r., która wykluczała go z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp – fakt jest taki, że Zamawiający zarzuca Odwołującemu że nie poinformował o zaistnieniu przedmiotowego wykluczenia i nie poddał się procedurze self-cleaningu. Postępowanie, w którym nastąpiło wykluczenie Odwołującego zakończyło się ostatecznie w lutym 2024 r. i Zamawiający nie może analizować sprawy której służy przymiot rzeczy osądzonej – res iudicata. Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że nie widzi żadnych podstaw prawnych aby nie stosować art. 111 pkt 6 Pzp.

Odnosząc się kolejno do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający wskazał, że Odwołujący zgodnie ze swoimi wyjaśnieniami i dowodami z dnia 18 lipca 2024 r. zamierza zastosować materiały i technologie niezgodne z warunkami zamówienia a jego wyliczenia z załącznika „Tabela wyjaśnienie ceny" są sprzeczne z 9 wyliczeniami z oferty. Ponadto, wszystko wskazuje na to, że oferta Odwołującego została stworzona bez głębszego namysłu i w zasadzie bez znajomości rzeczywistego zakresu zamówienia, dowodem tego jest wycena pozycji 45 Branży drogowej na absurdalnie niskim poziomie [Kosztorys inwestorski: 103 176,27 zł, Oferta Odwołującego: 1 120,05 zł (wycena prawie 100-krotnie niższa!)]. Dla Zamawiającego niezrozumiałe jest twierdzenie z odwołania Odwołującego, iż oferty które przedłożył wraz z pismem z dnia 18.07.2024 r. służyły jedynie wykazaniu poziomu cen przyjętemu przez Odwołującego w ofercie (str. 6 odwołania). W swoim piśmie z dnia 18.07.2024 r. na str. 2 Odwołujący stwierdził: „Do pisma załączamy również oferty naszych dostawców jako dowód wyjaśniający rzetelność oferty. Jak widzicie Państwo w tabeli z kalkulacją kosztów (załącznik) przyjęliśmy ceny nie mniejsze niż oferty

naszych dostawców." Zamawiający nie zgadza się także z zarzutem Odwołującego, że udowodnił on spełnienie wymagań w zakresie zabezpieczeń ornitologicznych w panelach akustycznych. Odwołujący w swoich wyjaśnieniach nie wskazał, że jego kontrahent zastosuje takie rozwiązania technologiczne, które są wprost wymagane przez Zamawiającego. Chodzi tutaj o wymagane przez Zamawiającego zabezpieczenia w postaci zatopionych włókiem poliamidowych z uwagi na ich trwałość. Zamawiający nie znalazł w piśmie Odwołującego z dnia 18.07.br. żadnych informacji na ten temat, wyjaśnień czy też ofert.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 10 września 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody zważyła, co następuje:

<u>Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.</u>

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła do udziału w postepowaniu wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający pismem z dnia 8 lipca 20214 r. działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp wezwał Odwołującego do udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia tej ceny. Zamawiający wskazał: „Wartość Państwa oferty ogółem wynosi 5 726 377,72 zł brutto, co w porównaniu z wartością szacunkową

zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług 10 656 624,61 zł brutto wskazuje, że Państwa oferta jest niższa o 4 930 246,89 zł (46,26%). Zamawiający odniósł również cenę Państwa oferty do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, która wynosi

8 348 264,96 zł brutto, co wskazuje, że Państwa oferta jest o 31,41% niższa od tej średniej. W ocenie Zamawiającego Państwa oferta, może nie uwzględniać wszystkich

wymagań zawartych w SWZ i wynikających z odrębnych przepisów lub mogła zostań zaniżona poniżej kosztów wytworzenia tego zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego wzbudza zarówno cena oferty ogółem, jak również poszczególne, poniżej wymienione elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

Zamawiający informuje, iż oczekuje wyjaśnień o stopniu szczegółowości umożliwiającym wypełnienie celu przedmiotowego wezwania. Zgodnie z jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wyjaśnienia zawierające ogólne stwierdzenia, nie poparte szczegółową kalkulacją zaoferowanej ceny nie są wystarczające.

Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie:

a) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę, [patrz wymóg określony w § 16 ust. 1 umowy: Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wszystkie prace fizyczne związane z wykonywaniem wszystkich robót (czynności) objętych zamówieniem i opisanych w Specyfikacjach Technicznych, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. 2023 poz. 1465 ze zm.). Obowiązek, o którym mowa w zdaniu poprzednim nie dotyczy osób wskazanych na stanowisku: Kierownika robót oraz innych osób pełniących samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. 2024 poz. 725 ze zm.)].

b) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

c) oryginalności robót budowlanych oferowanych przez Wykonawcę;

W szczególności wydają się rażąco niskie i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów istotne części składowe zaoferowanej ceny. Zamawiający prosi o przedłożenie przez Wykonawcę szczegółowych wyliczeń lub kalkulacji cenowych dla nw. elementów przedmiotu zamówienia, przedstawiających sposób obliczenia zaproponowanej ceny ofertowej, co umożliwi zbadanie oraz weryfikację dokonanych wyliczeń pod kątem rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym prosimy o wyjaśnienie czy Państwa oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, a zaoferowana cena obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące jej wykonaniu.

Wyjaśnienia i przyjęte do wyceny założenia powinny w szczególności dotyczyć poniższych kwestii: 1. Prosimy o szczegółowe wskazanie, jakie składniki i uwarunkowania

cenotwórcze Wykonawca brał pod uwagę przy obliczaniu ceny w pozycji: a) Kosztorys ofertowy – Wymagania ogólne: poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7. b) Kosztorys ofertowy – Branża konstrukcyjna (Ekrany akustyczne): poz. 3, 7, 8. c) Kosztorys ofertowy – Branża drogowa: poz. 42, 43, 44, 45. Analiza porównawcza cen kosztorysu inwestorskiego z cenami oferty Wykonawcy ww. pozycji została przedstawiona w zał. nr 1 do niniejszego pisma (zestawienie tabelaryczne).

2. Proszę podać koszty przyjętych rozwiązań w zakresie poz. 3, 7, 8 w Kosztorysie ofertowym – Branża konstrukcyjna (Ekrany akustyczne). Zgodnie z zapisami oraz wymogami w Dokumentacji projektowej (SST oraz Opisu Technicznego).

Prosimy o wyczerpującą i szczegółową informację w odniesieniu do przedstawionych powyżej pytań. Zamawiający wnosi o podanie konkretnych założeń i kalkulacji wraz z uzasadnieniem oraz dowodami na poparcie wyliczeń kosztów jakie Wykonawca wycenił w ofercie. Prosimy o przedstawienie sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na wartość Państwa Oferty, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej ale także innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.”.

Odwołujący odpowiadając na powyższe wezwanie w piśmie z dnia 18 lipca 2024 r. udzielił wyjaśnień w których wskazał m.in.: „Pytania szczegółowe Zamawiającego: Potwierdzamy, że Oferent uwzględnił w oferowanej cenie wykonania usługi na kwotę brutto 5 726 377,72 zł, poza budową i rozbudową ekranów akustycznych wykonanie wszystkich prac opisanych w dokumentacji przetargowej i opracowań projektowych.

Ad.1): odp. a) – Wymagania i koszty ogólne. Obrazuje to nasza tabela RNC. Wszystkie koszty zostały dobrane na podstawie dokumentacji przetargowej i wizji lokalnej. Została w tym uwzględniona głównie organizacja zaplecza budowy. Posiadamy własny kontener pracowniczy, ogrodzenia tymczasowe placu i wybraliśmy również teren do zorganizowania placu składowego i placu biurowego w terenie. Przyjęliśmy również koszty wykonania tymczasowej organizacji ruchu – jej montażu i demontażu wraz z odtworzeniem terenu. Mamy własne oznakowanie niezbędne do dostosowania się do projektu tymczasowej organizacji ruchu i wymogów BRD. Nasi ludzie są odpowiednio przeszkoleni do zadań związanych z tymczasową organizacją ruchu. Po wizji lokalnej przyjęliśmy również na podstawie kalkulacji własnej, wszystkie koszty niezbędne do dostosowania się do wymagań Warunków Kontraktu i Wymagań Ogólnych zawartych w dokumentacji

przetargowej.

odp. b) – pozycje 3, 7 i 8 zawierają głównie zakupy materiałów i montaże, wiercenia pali, montaże zbrojenia pali, szalowanie, zabezpieczenie stateczności rurowanie, pompowanie betonu, badania pali wymagane przez dokumentację, paliwo sprzętu,

amortyzację sprzętu, pracę własnych brygad montażowych. Wszystko to szczegółowo obrazuje nasza tabela RNC + przykładowe oferty dołączone do wyjaśnień.

odp. c) – branża drogowa – bariery – posiadamy własny sprzęt do montażu barier. Jako dowód, że dokonaliśmy właściwej wyceny dołączyliśmy do wyliczeń z naszej tabeli RNC pozycja 6 oferty kontrahenta tj. znanej na rynku firmy Stalprodukt. Pozycje te zawierają dostawę i montaż barier czyli wszystko czego wymaga dokumentacja przetargowa.

Ad.2): Koszty przyjętych rozwiązań obrazuje tabela wyjaśniająca RNC wykonawcy.

Kosztorys ofertowy – Branża konstrukcyjna (Ekrany Akustyczne) – zgodnie z wymogami Dokumentacji projektowej SST i Opisu Technicznego:

- pozycja 3 kosztorysu to dostawa i montaż wypełnień przeziernych, czyli odpowiednio pozycja 5a i pozycja 10 naszej tabeli RNC odpowiadająca zakupowi materiału i samemu montażowi paneli akustycznych,

- pozycja 7 kosztorysu to wykonanie pali fundamentowych, czyli głównie pozycja 1, pozycja 2 i pozycja 7 naszej tabeli RNC odpowiadająca zakupowi zbrojenia, betonu i samego wykonania wierconych pali fundamentowych wraz ze sprzętem i osprzętem niezbędnym do wykonania zadania,

- pozycja 8 kosztorysu ofertowego to głównie pozycja 15 naszej tabeli RNC.

Do ww. trzech punktów dołączyliśmy przykładowe oferty na materiały i ewentualne usługi. Zaznaczam, iż posiadamy własnych pracowników i sprzęt niezbędny do wykonywania ekranów akustycznych w tym oczywiście pali fundamentowych wierconych specjalistycznych, więc praktycznie wszystkie prace opieramy na kalkulacjach własnych. Załączniki do pisma stanowią integralną część pisma i są dowodami potwierdzającymi powyższe zapisy i argumenty.

Potwierdzamy również, iż posiadamy własny zespół kierowników i inżynierów z odpowiednimi uprawnieniami i że wykonamy całą dokumentację materiałową do zatwierdzenia na kontrakcie jak i dokumentację powykonawczą, wraz z inwentaryzacją geodezyjna i projektową, ponieważ również posiadamy uprawnionego projektanta do bezpośredniego nadzoru na budowie. Mamy również własnego geologa, który ocenia na bieżąco wiercony grunt i dołączymy te analizy do metryk pali i dokumentacji powykonawczej. Zlecając nam zadanie macie Państwo pewność, że otrzymacie gotowy produkt do użytku wraz z dokumentacją odbiorową i gwarancyjno-utrzymaniową wykonany z najlepszych dostępnych materiałów na rynku.”.

Izba ustaliła również, że Odwołujący w Formularzu nr 3.1. stanowiącym „Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu” w punkcie I.1. podał: „oświadczam/-my, że ww. podmiot nie podlega wykluczeniu z

postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1605 ze zm.)”.

Izba ustaliła również że Zamawiający w dniu 21 sierpnia 2024 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 Pzp ofertę Odwołującego.

W uzasadnieniu ww. czynności Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający przewidział w dokumentach postępowania fakultatywną przesłankę wykluczenia wykonawcy, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zgodnie z pkt 9.2.5) IDW Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Możliwość wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp zachodzi, gdy spełnione są łącznie trzy przesłanki:

a) musi dojść do przedstawienia przez wykonawcę informacji wprowadzających

w błąd,

b) przedstawienie wprowadzających w błąd informacji musi być wynikiem

lekkomyślności lub niedbalstwa,

c) przedstawione informacje muszą charakteryzować się tym, że mogą mieć

istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o dzielenie zamówienia.

W ocenie Zamawiającego wystąpiły wszystkie przesłanki, o których mowa w tym przepisie, na co argumentację przedstawiono poniżej.

a) przedstawienie informacji wprowadzających w błąd

W niniejszym postępowaniu Wykonawca złożył wraz z ofertą Formularz 3.1 („Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu"), w którym, w zakresie braku podstaw wykluczenia, oświadczył:

I. W związku z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp:

1) oświadczam/-my, że ww. podmiot nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 poz. 1605 ze zm.); (jeśli zachodzą przesłanki wykluczenia z pkt 2 poniżej, treść należy odpowiednio dostosować)

(…)

6) oświadczam/-my, że wszystkie informacje podane w powyższych oświadczeniach są aktualne i zgodne z prawdą oraz zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji.

W oświadczeniu zaznaczono wprost, że brak jest podstaw do wykluczenia MY WAY z postępowania oraz skreślono fragment dający możliwość ich wskazania i zainicjowania z tego powodu procedury samooczyszczenia.

W trakcie badania ofert Zamawiający wszedł w posiadanie informacji dotyczących następujących okoliczności:

1. W dniu 12.02.2024 r. oferta MY WAY została odrzucona w postępowaniu pn. „Projekt

i budowa urządzeń ochrony środowiska – ekranów akustycznych na odcinku obwodnicy Radzymina". Prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Warszawie (dalej: Oddział GDDKiA w Warszawie),

2. Oddział GDDKiA w Warszawie jako podstawę odrzucenia oferty MY WAY, wskazał między innymi zaistnienie przesłanki wykluczenia tego Wykonawcy z postępowania opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym między innymi wskazano, że w zakresie kryterium pozacenowego "Doświadczenie Kierownika budowy" podano błędne informacje w zakresie funkcji Kierownika Robót Konstrukcyjno–Budowlanych. Formularz "Kryteria pozacenowe" stanowił integralną część oferty MY WAY.

3. Decyzja Oddziału GDDKiA w Warszawie, o której mowa w pkt 1, nie została wzruszona w toku procedury odwoławczej (nie wniesiono odwołania do KIO i skargi do Sądu Okręgowego).

Zamawiający również ustalił, że składanie i otwarcie ofert w przywołanym powyżej postępowaniu nastąpiło w dniu 06.07.2023 r., i to ten dzień należy uznać jako początek okresu, o którym mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Pzp. W tym dniu doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd prowadzącego postępowanie.

Artykuł 111 pkt 6 ustawy Pzp określa jednoznaczne ramy czasowe rocznego okresu wykluczenia w przypadku zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 tej ustawy. Artykuł ten stanowi, że wykluczenie wykonawcy następuje, w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w tym przepisie, wiąże się więc dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres roku (z zastrzeżeniem uprawnienia wykonawcy do skorzystania z instytucji samooczyszczenia).

Momentem zaistnienia zdarzenia był 06.07.2023 r. tj. dzień w którym MY WAY złożył z

ofertą Formularz „Kryteria Pozacenowe", podając w nim informacje wprowadzające w błąd dotyczące doświadczenia Kierownika budowy.

Z kolei składanie i otwarcie ofert w niniejszym postępowaniu nastąpiło 27.06.2024 r., więc w tym dniu roczny okres wykluczenia nie minął. W momencie składania oferty Wykonawca posiadał wiedzę o istnieniu podstawy wykluczenia i dochowując należytej staranności winien zaistniałe okoliczności ocenić w kontekście granicy czasowej zakreślonej w art. 111 pkt 6 ustawy Pzp. To moment złożenia oferty był właściwym czasem na poinformowanie Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania prowadzonego przez Oddział GDDKiA w Warszawie. Była to też właściwa chwila na skuteczne podjęcie próby samooczyszczenia, zgodnie z art. 110 ust 2 ustawy Pzp. Negując istnienie podstawy wykluczenia, pomijając całokształt okoliczności które wystąpiły w postępowaniu prowadzonym przez Oddział GDDKiA w Warszawie, bez wątpienia doszło do przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego. Przedstawiono informację nieprawdziwą, niezgodną z rzeczywistym stanem rzeczy.

Dopiero analiza dokumentów i samodzielne ustalenia Zamawiającego doprowadziły do

zbadania wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych stanowiących podstawę wykluczenia MY WAY z innego postępowania oraz wyznaczenia początku i końca ram czasowych, o których mowa w art. 111 pkt 6 ustawy Pzp.

(…)

Należy wskazać, że sposób uzupełnienia Formularza 3.1. („Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu") nie zależy od subiektywnej oceny i odczuć Wykonawcy. Rolą Wykonawcy jest przedstawienie Zamawiającemu kompleksowej informacji dotyczącej istnienia przesłanek wykluczenia, a rolą Zamawiającego ocena, czy te przesłanki faktycznie zostały wypełnione, czy Wykonawca złożył przekonywujące wyjaśnienia w tym zakresie oraz ostatecznie czy podlega wykluczeniu. Wykonawca działający z należytą starannością jest zobowiązany do zakomunikowania Zamawiającemu faktu podlegania wykluczeniu oraz w dobrze pojętym własnym interesie podania wszystkich okoliczności pozwalających Zamawiającemu na ocenę jego rzetelności. To Wykonawca w pierwszej kolejności musi wskazać, że zaistniała wobec niego podstawa wykluczenia z postępowania, opisując jednocześnie jakie działania naprawcze podjął w celu wyeliminowania podobnych zdarzeń w przyszłości. Informacje takie winny znaleźć się już w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (w przedmiotowym postępowaniu jest nim Formularz 3.1.).

Należyta staranność profesjonalisty nakłada na Wykonawcę, który składa ofertę, wraz z określonymi dokumentami i oświadczeniami, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Ze strony profesjonalnych podmiotów wymaga się

większej staranności w przygotowaniu oferty, tym bardziej że Wykonawca działa na rynku od wielu lat.

W tym miejscu należy podkreślić, że Wykonawca w niniejszym postępowaniu nie złożył z ofertą wyjaśnień i dowodów celem zainicjowania procedury samooczyszczenia, o której mowa w art. 110 ust 2 ustawy Pzp. W przepisie tym wskazano podstawy wykluczenia z postępowania, od których przysługuje samooczyszczenie – obligatoryjne, tj. mające zastosowanie w każdym postępowaniu (wskazane w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 ustawy Pzp), jak również fakultatywne, tj. mające zastosowanie, o ile przewidział je zamawiający w dokumentacji postępowania (wskazane w art. art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy Pzp).

Skuteczne przeprowadzenie procedury wymaga bezwarunkowego przyznania się do zaistnienia zdarzenia, które może skutkować wykluczeniem Wykonawcy z postępowania (warunek sine qua non procedury samooczyszczenia). Wykonawca nie uczynił tego i nie skorzystał z możliwości udowodnienia, że przedsięwziął stosowne środki naprawcze, które potwierdzają jego rzetelność.

Jak już zaznaczono wcześniej wykluczenie ma charakter czasowy (w przypadku wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp – na okres roku). W dniu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu roczny okres wykluczenia nie upłynął, nie nastąpiło tzw. „zatarcie wykluczenia". Wykonawca mógł udowodnić Zamawiającemu, że pomimo zaistnienia w stosunku do niego przesłanki wykluczenia z postępowania, daje on rękojmię należytego wykonania zamówienia i nie powinien zostać wykluczony z postępowania. Nie skorzystał z tego uprawnienia.

(…)

Podkreślić należy, że dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wskazuje, że aby wykluczyć wykonawcę z postępowania na podstawie powołanego przepisu koniecznym jest wskazanie, że wykonawca informacje wprowadzające w błąd przedstawił w sposób

zawiniony. Z tym, że wystarczające jest wykazanie winy nieumyślnej w postaci

lekkomyślności lub niedbalstwa.

b) złożenie informacji wskutek lekkomyślności lub niedbalstwa

Zestawienie oświadczenia MY WAY zamieszczonego w Formularzu 3.1. („Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu") ze stanem faktycznym i ustaleniami Zamawiającego, jednoznacznie wskazuje na próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd w przedmiocie oceny przesłanek wykluczenia z postępowania. Przedstawienie wprowadzających w błąd informacji było wynikiem co najmniej

lekkomyślności lub niedbalstwa. Wykonawca winien zachować należytą staranność podczas przygotowywania oferty. Brak ujawnienia w sposób rzetelny i jasny wszystkich okoliczności związanych z wykluczeniem go z postępowania przez Oddział GDDKiA w Warszawie, należy

uznać co najmniej jako brak staranności po stronie Wykonawcy, która jest wymagana od profesjonalnych uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

(…)

Jeżeli zatem Wykonawca od początku udziału w postępowaniu był świadomy tego, że podawane przez niego informacje dotyczące okoliczności wynikających z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp są informacjami niezgodnymi ze stanem faktycznym, działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako działalnie lekkomyślne. Jeżeli natomiast Wykonawca, podając w Formularzu 3.1. obiektywnie nieprawdziwe informacje polegające na zatajeniu przed Zamawiającym faktu wykluczenia w innym postępowaniu, nie zdawał sobie z tego sprawy, pozostając w nieuzasadnionym okolicznościami przekonaniu, że nie jest zobowiązany do podania okoliczności faktycznych dot. tego zadania, w konsekwencji czego wprowadził Zamawiającego w błąd, takie działanie Wykonawcy winno zostać ocenione jako niedbalstwo.

(…)

Złożenie przez MY WAY, biorącego udział w postępowaniu w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, niezgodnych z rzeczywistością informacji dotyczących okoliczności przedmiotowo istotnych dla prowadzonego postępowania, w sposób oczywisty odbiega od miernika należytej staranności przynależnej profesjonaliście.

Uwzględniając przytoczone okoliczności faktyczne i prawne, stanąć należy na stanowisku, zgodnie z którym po stronie Wykonawcy wystąpiła również co najmniej wina nieumyślna, jako przesłanka uzasadniająca jego wykluczenie z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

c) wpływ na czynności Zamawiającego

Podanie przez MY WAY w niniejszym przypadku nieprawdziwych informacji było decydujące dla oceny czy w stosunku do Wykonawcy zachodzą okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia. W momencie złożenia Formularza 3.1. („Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu") Wykonawca oświadczył, że nie podlega wykluczeniu, w konsekwencji przekazał informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu.

Nie ulega wątpliwości, że na podstawie informacji zawartych w Formularzu 3.1. Zamawiający podejmuje decyzję czy w stosunku do Wykonawcy istnieją przesłanki do wykluczenia go z postępowania. Wskazać przy tym należy, że nie ma znaczenia, czy przedstawione informacje skutecznie wpłynęły na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Konieczne jest, aby przedstawione informacje mogły istotnie wpłynąć na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

(…)

Negowanie istnienia podstawy wykluczenia wyrażone w oświadczeniu MY WAY, skutkuje powstaniem u Zamawiającego przekonania, że takie przesłanki nie zachodzą. Powstanie u Zamawiającego takiego przeświadczenia w stosunku do wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza, może doprowadzić do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na

podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp, zatem kwestii dotyczącej złożenia oświadczenia niezgodnego z rzeczywistością nie można traktować jako irrelewantnej.

W związku z powyższym, MY WAY podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki wynikające z ww. przepisu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp oferta MY WAY podlega odrzuceniu.

Ad 2) uzasadnienie faktyczne:

(art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp)

Zamawiający w trakcie procedowania postępowania dokonał analizy złożonych ofert w celu stwierdzenia, czy zachodzą podstawy do przeprowadzenia szczegółowego postępowania

wyjaśniającego i wezwania wykonawców do złożenia wyjaśnień w zakresie potencjalnego wystąpienia rażąco niskiej ceny. Badanie ofert doprowadziło do wytypowania oferty, na którą pada podejrzenie rażącego zaniżenia ceny, tj. oferty nr 3 złożonej przez MY WAY.

Wartość oferty MY WAY ogółem wynosi: 5 726 377,72 zł brutto, co w porównaniu z wartością szacunkową zamówienia powiększoną o należny podatek od towarów i usług: 10 656 624,61 zł brutto wskazuje, że oferta jest niższa o 4 930 246,89 zł (46,26%).

Zamawiający odniósł również cenę oferty do średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy Pzp, która wynosi 8 348 264,96 zł brutto, co wskazuje, że badana oferta jest o 31,41% niższa od tej średniej.

Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, w celu ustalenia

czy oferta MY WAY zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwrócił się o udzielenie wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, w tym o złożenie dowodów dotyczących wyliczenia tej ceny (pismo O/BY.D-3.2411.3.6.2024.9.pw z dnia 08.07.2024 r.). Wątpliwości Zamawiającego wzbudziła zarówno cena oferty ogółem, jak również poszczególne, wymienione poniżej elementy oferty mające wpływ na wysokość zaoferowanej ceny.

W szczególności wydały się rażąco niskie i budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów następujące istotne części składowe zaoferowanej ceny:

a) Kosztorys ofertowy – Wymagania ogólne: poz. 1, 3, 4, 5, 6, 7.

b) Kosztorys ofertowy – Branża konstrukcyjna (Ekrany akustyczne): poz. 3, 7, 8.

c) Kosztorys ofertowy – Branża drogowa: poz. 42, 43, 44, 45.

Zamawiający zaznaczył w piśmie, że oczekuje od Wykonawcy szczegółowego wskazania, jakie składniki i uwarunkowania cenotwórcze Wykonawca brał pod uwagę przy obliczaniu ceny wyżej wymienionych pozycji.

Ponadto, Zamawiający prosił o podanie kosztów przyjętych rozwiązań w zakresie poz. 3, 7, 8 Kosztorysu ofertowego – Branża konstrukcyjna (Ekrany akustyczne). Zgodnie z zapisami oraz wymogami w Dokumentacji projektowej (SST oraz Opisu Technicznego).

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca pismem z dnia 18.07.2024 r. przesłał wyjaśnienia wraz z dowodami.

Na skutek analizy wyjaśnień i dowodów złożonych przez Wykonawcę, w ramach procedury badania rażąco niskiej ceny, stwierdzono niezgodność oferty MY WAY z warunkami zamówienia w zakresie następujących pozycji kosztorysów:

a) Kosztorys ofertowy – Branża konstrukcyjna (Ekrany akustyczne):

- poz. 3 dotycząca montażu paneli przeźroczystych ekranów akustycznych Wykonawca podaje w „Tabeli wyjaśnienie ceny" - stanowiącej załącznik do pisma Wykonawcy z dnia 18.07.2024 r. - koszt zakupu (poz. 5a tabeli) oraz koszt montażu (poz. 10 tabeli) jako wyjaśnienie ceny zaoferowanej w poz. 3. Na marginesie warto zaznaczyć, że wartość poz. 3 podana przez Wykonawcę w ofercie i wartość z wyjaśnień (poz. 5a + poz. 10 tabeli) są rozbieżne.

Jako kalkulację Wykonawca załączył do pisma z dnia 18.07.2024 r. dowód w postaci „Zlecenia" montażu paneli dotyczących innego kontraktu (Przebudowa obwodnicy miasta Tarnobrzega – drogi wojewódzkiej Nr 871 i 723 w zakresie wykonania bezpiecznych przejść dla pieszych oraz montażu ekranów akustycznych), o parametrach niezgodnych z wymogami przedmiotowego zadania określonych w Dokumentacji Projektowej, SST i Opisie Technicznym. Zamawiający wymagał paneli o grubości 20 mm, Wykonawca podaje w wyjaśnieniach kalkulację dla paneli grubości 8 mm. Ponadto w przedmiotowym „Zleceniu" firmy Maxito Sp. z o.o. Sp. k. przedstawiono zabezpieczenie przed zderzeniami ptaków poprzez wykonanie trwałych pionowych czarnych pasków bez określenia sposobu ich wykonania. Zamawiający w dniu 24.07.2024 r. dokonał sprawdzenia bezpośrednio u producenta firmy Maxito Sp. z o.o. Sp. k. (adres: ul. J. Kilińskiego 72/74 lok. 5, 42-218 Częstochowa, tel. +48 601 877 288) – sposobu wykonania przedmiotowego zabezpieczenia.

Firma wykonuje zabezpieczenia paskami czarnymi poprzez stosowanie „sitodruku". W dokumentacji projektowej Opisu Technicznego pkt. 3.4.7 Zamawiający nie dopuszcza stosowania zabezpieczenia przeziernych paneli akustycznych w postaci elementów naklejanych i malowanych. Zamawiający jasno określa w pkt. 3.4.7 rodzaj zabezpieczenia w postaci zatopionych włókien poliamidowych z uwagi na ich trwałość.

Zagadnienie było również przedmiotem zapytania przed składaniem ofert – w dniu 18.06.2024 r. Zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi na pytanie nr 5:

Pytanie 5

Projekt Wykonawczy Tom 02 – Branża konstrukcyjna – budowa ekranów

akustycznych – Opis Techniczny pkt 3.4.5 oraz SWiORB D.07.08.01 w pkt. 2.3 wymaga zastosowanie paneli ze szkła akrylowego jako elementy przeźroczyste. Jednocześnie pkt 3.4.7 Opisu technicznego wymaga aby w panelach przeźroczystych w ramach oznakowania zastosować zatopione czarne włókna poliamidowe.

Powyższe wskazuje na konieczność zastosowania tzw: „plexiglasu zbrojonego" -informujemy że tylko jeden producent posiada w ofercie taki materiał, co ogranicza zasadę możliwości zastosowania materiału równoważnego. Na rynku dostępne są podobne rozwiązania inne materiały przeźroczyste które spełniają wszystkie wymagania akustyczne i pozaakustyczne wymagane w STWiORB oraz w normie PNEN 14388:2009 „Drogowe urządzenia przeciwhałasowe. Specyfikacje", a nie mogą być zastosowane ponieważ nie da się „zatopić" w nich włókien poliamidowych.

Wnosimy o zmianę zapisów STWiORB oraz Projektu Wykonawczego w stopniu który umożliwi zastosowanie innych przeźroczystych materiałów spełniających wymagania akustyczne.

Odpowiedź

Zamawiający podtrzymuje zapisy Opisu Technicznego pkt 3.4.5 oraz SWiORB D.07.08.01 w pkt. 2.3 dot. zamontowania paneli ze szkła akrylowego z zatopionymi czarnymi włóknami poliamidowymi.

Zapisy w obu dokumentach wzajemnie się uzupełniają.

b) Kosztorys ofertowy – Branża drogowa:

- Poz. 42, 43, 44 dotyczące stalowych barier ochronnych N2W1, H1W2, H1W3

- Poz. 45 dotycząca stalowej bariero-poręczy ochronnej H2W1

Wykonawca podaje w „Tabeli wyjaśnienie ceny" - stanowiącej załącznik do pisma Wykonawcy z dnia 18.07.2024 r. - koszt montażu barier (poz. 6 tabeli) jako wyjaśnienie cen zaoferowanych w poz. 42, 43, 44 i 45. Na marginesie warto

zaznaczyć, że koszt przedstawiony w poz. 6 „Tabeli wyjaśnienie ceny” nie jest spójny z sumą pozycji w kosztorysie ofertowym Wykonawcy (Branża drogowa poz. 42, 43, 44, 45). Co więcej,

Zamawiający w kosztorysie inwestorskim wycenił koszt montażu bariero-poręczy ochronnej stalowej H2W1 (SST D-07.05.01) – poz. 45 na 103.176,27 zł, natomiast Wykonawca wycenił w kosztorysie ofertowym koszt montażu takiej bariero-poręczy na 1 120,05 zł (wycena prawie 100-krotnie niższa).

Na potwierdzenie wyceny przedstawionej w poz. 6 „Tabeli wyjaśnienie ceny", Wykonawca załączył do pisma z dnia 18.07.2024 r. dowody w postaci trzech ofert firmy Stalprodukt S.A., otrzymanych przez Wykonawcę w odpowiedzi na jego zapytanie ofertowe skierowane do tej spółki.

Po pierwsze, należy stwierdzić, że przedstawione oferty dotyczą barier innego typu niż te wymagane zapisami SWZ. Zamawiający wymagał zastosowania barier ochronnych spełniających jednocześnie dwa warunki mające wpływ na funkcjonalność barier: odpowiedni poziom powstrzymywania (N - normalne, H - podwyższone) oraz klasa szerokości pracującej (W).

Bariery ochronne wymagane zapisami SWZ to: N2W1, H1W2, H1W3, H2W1.

Natomiast, bariery ochronne przedstawione w ofertach firmy Stalprodukt S.A. to: N2W2, N2W3, N2W4.

Po drugie, oferty firmy Stalprodukt S.A., co wprost wynika z ich treści, zostały sporządzone w oderwaniu od warunków zamówienia na potrzeby innych kontraktów, tj. „Przebudowa drogi wojewódzkiej Nr 251 od km 45+145 do km 46+800, odc. Młodocin – Pturek”,

"Budowa ekranów przeciwhałasowych przy drodze ekspresowej S17 odc. w. Lublin Felin -Piaski",

„Przebudowa obwodnicy miasta Tarnobrzega – drogi wojewódzkiej Nr 871 i 723 w zakresie wykonania bezpiecznych przejść dla pieszych oraz montażu ekranów akustycznych”.

Wnioski

W każdym przypadku opisanym powyżej mamy do czynienia z niezgodnością z warunkami zamówienia. Wykonawca próbuje uzasadnić cenę zaoferowaną w przywołanych pozycjach kosztorysów wykorzystując ceny materiałów niezgodnych z wymaganiami SWZ.

Przedstawione przez niego kwoty (wyliczenia) są wynikiem instrumentalnego potraktowania ogólnych ofert producentów dotyczących innych kontraktów, rezultatem błędnych założeń przyjętych od początku sporządzania oferty. W te błędne założenia Wykonawca brnie również w wyjaśnieniach złożonych w dniu 18.07.2024 r., popadając nawet w sprzeczności odnoście wyceny poszczególnych pozycji, co tylko na marginesie zasygnalizowano.

Kierowanie do Wykonawcy pytań uszczegóławiających, mogłoby prowadzić do uznania, iż Zamawiający prowadził z Wykonawcą niedozwolone negocjacje treści oferty. Sama tylko treść wyjaśnień i dowodów złożonych w dniu 18.07.2024 r. daje podstawy, do

stwierdzenia niezgodności zobowiązania, które Wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w

całości zgodnie z wymogami zamawiającego (por. wyrok z dnia 24 października 2008 r., KIO/UZP 1093/08). Z taką niezgodnością oświadczenia woli Wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, mamy do czynienia w przypadku pozycji kosztorysowych opisanych powyżej.

Zamawiający stwierdza, że wyjaśnienia i dowody złożone w takcie procedury badania rażąco niskiej ceny świadczą, iż złożona przez Wykonawcę oferta w zakresie wskazanym powyżej jest niezgodna z warunkami zamówienia, co powoduje konieczność jej odrzucenia, gdyż Wykonawca zamierza realizować zamówienie w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego.”.

Izba zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę stawianych zarzutów należy wskazać, iż:

- zgodnie z art. 16 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o

udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny;

- zgodnie z art. 17 ust. 2 Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie

z przepisami ustawy;

- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest

niezgodna z warunkami zamówienia;

- zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp - zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została

złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

- zgodnie 109 ust. 1 pkt 10 Pzp - z postępowania o udzielenie zamówienia

zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

- zgodnie z art. 111 ust. 6 Pzp - wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o

którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia,

- zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 tego przepisu stanowi, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 dotyczącego niezasadnego odrzucenie oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu Izba uznała zarzut za bezzasadny.

Na wstępie wskazać należy, że art. 111 pkt 6 Pzp określa jednoznaczne ramy czasowe rocznego okresu wykluczenia w przypadku zaistnienia zdarzenia, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp. Artykuł ten stanowi, że wykluczenie wykonawcy następuje, w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w tym przepisie, wiąże się więc dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres roku chyba, że wykonawca skorzysta z przysługującego mu uprawnienia do skorzystania z instytucji samooczyszczenia. Istotą natomiast przesłanki wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp jest wyeliminowanie z możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawców nieuczciwych, którzy poprzez swoje zachowanie (wprowadzenie w błąd zamawiającego, przedstawianie niezgodnych z rzeczywistością okoliczności) w sposób istotny wpływają (choćby potencjalnie) na podejmowane przez niego decyzje. Należy przy tym zauważyć, że przesłanka wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 10 dotyczy lekkomyślności lub niedbalstwa przy przedstawianiu informacji wprowadzających w błąd.

Uwzględniając powyższe rozważania, wskazać należy, że Odwołujący w Formularzu 3.1 składanym wraz z ofertą wskazał, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4, 5, 7, 8 i 10 Pzp. W ocenie Izby Odwołujący miał natomiast obowiązek przyjmować, że przywołana wyżej okoliczność prawomocnego wykluczenia go z postępowania w ramach prowadzonego uprzednio postępowania dotyczącego „Obwodnicy Radzymina" będzie stanowić przesłankę wykluczenia z postępowania. W konsekwencji jego obowiązkiem było udzielenie odpowiedzi twierdzącej na pytanie zawarte w Formularzu 3.1. dotyczące tego czy podlega on wykluczeniu. Natomiast okoliczność, że Odwołujący zataił w Formularzu informację o wcześniejszym wykluczeniu go z postępowania za wprowadzenie w błąd zamawiającego powodowało, że działanie Odwołującego – jak słusznie wskazał Zamawiający - charakteryzowała co najmniej lekkomyślność lub niedbalstwo. Podkreślić należy, że Odwołujący mając wiedzę odnośnie okoliczności uprzedniego wykluczenia go z postępowania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu w Formularzu 3.1.

informacji, że nie podlega on wykluczeniu wywołując u Zamawiającego mylne wyobrażenie o tej okoliczności. Odwołujący, nie informując Zamawiającego o powyższym fakcie uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie i ocenę, czy ten wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, a więc wywołał u Zamawiającego mylne przekonanie, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 111 ust. 6 Pzp. Wywołanie u Zamawiającego mylnego przekonania o niepodleganiu wykluczeniu z Postępowania mogło mieć wpływ na wynik Postępowania, a w konsekwencji uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie podlega wykluczeniu.

Izba stwierdziła więc, że oświadczenie złożone przez Odwołującego w ww. Formularzu 3.1. jest sprzeczne z rzeczywistym stanem rzeczy, ponieważ nie budzi żadnych wątpliwości, że oferta Odwołującego w dniu 12 lutego 2024 r. została odrzucona w postępowaniu pn. „Projekt i budowa urządzeń ochrony środowiska – ekranów akustycznych na odcinku obwodnicy Radzymina" na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 9 Pzp, a mając na uwadze treść art. 111 ust. 6 Pzp Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 111 ust. 6 Pzp.

Izba wskazuje, że dokument w postaci Formularz 3.1. jest bez wątpienia dokumentem kategorycznym z uwagi na wagę składanych w nim oświadczeń. Jeśli wykonawca zaznacza w dokumencie tym zaznaczył że nie podlega wykluczeniu, to uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny, czy wykonawca daje rękojmię prawidłowego wykonania umowy, mimo, że zaistniała sytuacja, której dotyczy odpowiedź w formularzu 3.1 i staje się niejako „sędzią we własnej sprawie".

Wobec powyższego, w ocenie Izby, ziściły się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, stanowiące podstawę do wykluczenia Odwołującego, z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp, a więc Zamawiający dokonał czynności w sposób prawidłowy.

Odnosząc się natomiast do okoliczności i zasadności pierwotnego wykluczenia Odwołującego z postępowania dotyczącego Obwodnicy Radzymina to wskazać należy, że Odwołujący nie może na obecnym etapie postępowania skutecznie kwestionować zasadności wykluczenia dokonanego przez Zamawiającego – GDDKiA Oddział w Warszawie w postępowaniu pn. „Projekt i budowa urządzeń ochrony środowiska – ekranów akustycznych na odcinku obwodnicy Radzymina". Podkreślić należy, że podnoszone okoliczności winny stanowić podstawę do ewentualnego kwestionowania czynności z dnia 12 lutego 2024r. Obecnie przyjęcie poglądu, iż Zamawiający na etapie toczącego się obecnie postępowania jest uprawniony do badania zaistnienia podstaw wykluczenia wykonawcy w innym postępowaniu skutkowałoby brakiem pewności i przejrzystości prawa, bowiem każdy zamawiający przez okres 1 roku miałby prawo badać prawidłowość czynności innych zamawiających podjętych w innych postępowaniach wobec danego wykonawcy. Wskazać

należy, iż w świetlePzp, wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10, na okres roku od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Powyższa przesłanka aktualizuje się dopiero w sytuacji, w której dany zamawiający skutecznie wykluczy wykonawcę z postępowania na podstawie Pzp. Taka sytuacja miała miejsce w niniejszym postepowaniu, bowiem na skutek braku zaskarżenia czynności zamawiającego z dnia 12 lutego 2024 r. czynność ta stała się prawomocna, a więc wykonawca podlega wykluczeniu na okres 1 roku od daty zaistnienia przyczyny wykluczenia.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazać należy, że Odwołujący w „Tabeli wyjaśnienie ceny" -stanowiącej załącznik do pisma z dnia 18 lipca 2024 r. - koszt montażu barier (poz. 6 tabeli) na potwierdzenie wyceny Odwołujący załączył dowody w postaci trzech ofert firmy Stalprodukt S.A. Oferty te potwierdzają jednak, że bariery ochronne przedstawione w ofertach firmy Stalprodukt S.A. to: N2W2, N2W3, N2W4, gdy tymczasem z SWZ w sposób wyraźny wynikała konieczność zastosowania barier ochronnych: N2W1, H1W2, H1W3, H2W1. Powyższe więc potwierdza, że przy kalkulacji ceny oferty Odwołujący przyjął bariery o parametrach niezgodnych z wymaganiami SWZ, co prawidłowo zostało przez Zamawiającego uznane jako złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia i w konsekwencji podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Ponadto jak wynika ze złożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny i dowodów do nich Odwołujący w „Tabeli wyjaśnienie ceny" - stanowiącej załącznik do pisma Wykonawcy z dnia 18 lipca 2024 r. - koszt zakupu (poz. 5a tabeli) oraz koszt montażu (poz. 10 tabeli) jako wyjaśnienie ceny zaoferowanej w poz. 3. Odwołujący załączył dowód w postaci „Zlecenia" montażu paneli, o parametrach niezgodnych z wymogami przedmiotowego zadania określonych w Dokumentacji Projektowej, SST i Opisie Technicznym. Jak wynika z dokumentacji postępowania Zamawiający wymagał paneli o grubości 20 mm, Odwołujący natomiast w wyjaśnieniach wskazał, że do kalkulacji przyjął panele o grubości 8 mm. Powyższe w ocenie Izby wprost wskazuje, że przy wycenie oferty Odwołujący przyjął panele o niezgodnych z SWZ parametrach technicznych, co powoduje, że Zamawiający w sposób prawidłowy uznał, iż jego oferta w tym zakresie jest niezgodna z SWZ.

Izba ustaliła również, że wraz z wyjaśnieniami Odwołujący przedłożył ofertę firmy Maxito, w której spółka wskazała, że do wyceny uwzględniono: „Panele z systemowych paneli przeźroczystych wypełnionych poliwęglanem litym gr. 8 mm, mocowanym w ramach aluminiowych przy wykorzystaniu uszczelek gumowych o parametrach:

- Izolacyjność od dźwięków powietrznych - klasa B3 zgodnie z normą PN-EN 1793-2:2001

- Panele przeźroczyste zabezpieczone przed zderzeniami ptaków poprzez wykonanie trwałych pionowych czarnych pasków o szerokości 2 cm, w rozstawie co 10 cm".

Zamawiający w informacji o odrzuceniu wskazywał, że „Zamawiający w dniu 24.07.2024 r. dokonał sprawdzenia bezpośrednio u producenta firmy Maxito Sp. z o.o. Sp. k. (adres: ul. J. Kilińskiego 72/74 lok. 5, 42-218 Częstochowa, tel. +48 601 877 288) – sposobu wykonania przedmiotowego zabezpieczenia. Firma wykonuje zabezpieczenia paskami czarnymi poprzez stosowanie „sitodruku". W dokumentacji projektowej Opisu Technicznego pkt. 3.4.7 Zamawiający nie dopuszcza stosowania zabezpieczenia przeziernych paneli akustycznych w postaci elementów naklejanych i malowanych. Zamawiający jasno określa w pkt. 3.4.7 rodzaj zabezpieczenia w postaci zatopionych włókien poliamidowych z uwagi na ich trwałość.".

Izba stwierdziła, że w dokumentacji postępowania oprócz ww. wskazania Zamawiającego nie znajduje się jakikolwiek dokument potwierdzający, że firma Maxito nie stosuje zabezpieczeń paskami czarnymi w sposób żądany przez Zamawiającego. Również co istotne na podstawie dokumentu złożonego przez Odwołującego pt. „Zlecenie" i zawartego w nim sformułowania „Panele przeźroczyste zabezpieczone przed zderzeniami ptaków poprzez wykonanie trwałych pionowych czarnych pasków o szerokości 2 cm, w rozstawie co 10 cm" nie sposób wywieść, że w tym zakresie oferta Odwołującego pozostawała niezgodna z SWZ. Dlatego Izba zgodziła się po pierwsze z Odwołującym, iż informacje pozyskane przez Zamawiającego z uwagi na ich nieudokumentowanie nie mogą być podstawą do twierdzenia, jakoby Odwołujący przedstawiając zlecenie dla firmy Maxito zamierzał zastosować wypełnienia przeźroczyste niezgodne z dokumentacją zamówienia, a po drugie, że takie stwierdzenie w zakresie wypełnienia nie wynikało z wyjaśnień Odwołującego.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że oferta Odwołującego nie mogła zostać potraktowana jako niegodna z warunkami zamówienia w zakresie zastosowanego wypełnienia przeźroczystego i w związku z tym Zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w tym zakresie.

Jednakże pomimo przyznania, iż Zamawiający w tym zakresie naruszył przepis Pzp to jednak Izba w tej części

odwołanie oddaliła. Zgodnie z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby naruszenie o takim skutku w rozpoznawanym przypadku nie miało miejsca. Jak wyżej wskazano Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zakresie zaoferowanych barier ochronnych oraz grubości paneli oraz w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp . Skoro więc

oferta Odwołującego została prawidłowo odrzucona w tym zakresie, to naruszenie ww. przepisów nie wpływało na wynik postępowania dotyczący sytuacji procesowej Odwołującego.

Odnosząc się końcowo do stanowiska Odwołującego jakoby załączone oferty firm, które przełożył wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny służyły przede wszystkim wykazaniu Zamawiającemu poziomu cen przyjętemu przez Odwołującego w ofercie, a nie wykazanie, iż złożona oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, to wskazać należy, że Odwołujący składając wyjaśnienia nie dochował należytej staranności, a negatywne konsekwencje tego zaniechania obciążają wyłącznie jego. Odwołujący miał świadomość, ustalonych przez Zamawiającego warunków realizacji zamówienia. Przedkładając natomiast kalkulacje i dowody, w których do wyliczeń przyjęto materiały o parametrach niezgodnych z SWZ pozwalało w opinii Izby przyjąć przez Zamawiającego, że oferta jest niezgodna w ustalonymi warunkami zamówienia. Odwołujący załączając oferty podmiotów trzecich do wyjaśnień składał je właśnie w celu potwierdzenia, że uwzględnił w wycenie materiały żądane w postępowaniu przez Zamawiającego. Bez wątpienia Odwołującemu należy przypisać niedbalstwo, skoro nie upewnił się, czy podaje właściwe parametry zarówno paneli ochronnych jak i barier ochronnych opisanych w SWZ, ale także załączył jako dowód oferty podmiotów trzecich opartych na produktach niezgodnych z wymaganiami SWZ. Podkreślić należy, że oświadczenie Odwołującego co do realizacji zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia nie może sanować przyjęcia do kalkulacji ceny oferty ekranów i barier niezgodnych z wymogami SWZ.

W ocenie Izby dostrzeżona przez Zamawiającego niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia miała charakter jednoznaczny, wobec czego brak było podstaw do kierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Jak wskazano powyżej, błędy popełnione przez Odwołującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia będące skutkiem niedochowania należytej staranności, nie mogą podlegać konwalidacji w postępowaniu odwoławczym. Z tego też względu złożone przez Odwołującego dowody, tj. oświadczenia firmy Maxito z dnia 10 września 2014r. odnośnie zgodności ekranu w zakresie wypełnień ekranów akustycznych (dowód nr 1) oraz porównanie części dokumentacji projektowej z opracowaniem ornitologicznym dotyczącym wypełnień ekranów akustycznych i pasków (dowód nr 2) nie zmieniają dokonanej przez Izbę oceny.

W związku z powyższym Izba oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowań orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: ……