Sygn. akt: KIO 2742/24

Sygn. akt: KIO 2743/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Członkowie: Mateusz Paczkowski

Katarzyna Paprocka

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2024 r. przez:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. D.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.S. „SZADEK" i 2. G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi – sygn. akt: KIO 2742/24

B.wykonawcę BIT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – sygn. akt: KIO 2743/24

w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Finansów w Warszawie

Uczestnik po stronie Odwołującego - wykonawca BIT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24

Uczestnik po stronie Zamawiającego - „BAROSZ-GWIMET" sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach, zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24 oraz KIO 2743/24

Uczestnik po stronie Zamawiającego - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. D.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: D.S. „SZADEK" i 2. G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2743/24

orzeka:

I. w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2, opisanego w punkcie 2.2. *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu – Ministerstwu Finansów: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3 . Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. D.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.S. „SZADEK" i 2. G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi w części 3/4 oraz Zamawiającego – Ministerstwo Finansów w części 1/4 i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. D.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.S. „SZADEK" i 2. G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzitytułem wpisu od odwołania; kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 69 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt dziewięć złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem kosztów związanych z dojazdem na rozprawę, a także kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Zamawiającego - Ministerstwo Finansów, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3.2. zasądza od Zamawiającego: Ministerstwa Finansów na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. D.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: D.S. „SZADEK" i 2. G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi kwotę 3 217 zł 25 gr (słownie: trzy tysiące dwieście siedemnaście złotych dwadzieścia pięć groszy), stanowiącą należną Odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

II. w sprawie o sygn. akt: KIO 2743/24:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu opisanego w punkcie 1) lit. a) *petitum* odwołania i nakazuje Zamawiającemu – Ministerstwu Finansów: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę BIT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w części 2/3 oraz Zamawiającego – Ministerstwo Finansów w części 1/3 i:
3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę BIT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania; kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) uiszczoną od złożonego pełnomocnictwa, a także kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez Zamawiającego - Ministerstwo Finansów, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3.2. zasądza od Zamawiającego: Ministerstwa Finansów na rzecz wykonawcy BIT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 5 472 zł 33 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta siedemdziesiąt dwa złote trzydzieści trzy grosze), stanowiącą należną Odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

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:……..

Członkowie: ……..

……

Sygn. akt: KIO 2742/24

Sygn. akt: KIO 2743/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Ministerstwo Finansów – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp", na realizację zadania pn.: *„Rozbiórka i utylizacja Lokalizacji Infrastruktury Przydrożnej Krajowego Systemu Poboru Opłat"*, numer referencyjny: R/049/23/DPO/G.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27.12.2023 r., pod numerem 790751-2023 Wartość zamówienia przekracza progi unijne, określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Sygn. akt: KIO 2742/24

W dniu 1 sierpnia 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. D.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Dariusz Szadkowski „SZADEK" i 2. G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi (zwani dalej łącznie: „Odwołującym") wnieśli odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności/zaniechań Zamawiającego, polegających na:
1.1. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Barosz-Gwimet sp. z o.o. (dalej jako: „Barosz-Gwimet"), której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako: „uznk");
1.2. błędnej ocenie oferty i wyjaśnień Barosz-Gwimet oraz zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako oferty zawierającej rażąco niską cenę lub koszt;
1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty Barosz-Gwimet, pomimo że podmiot ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Barosz-Gwimet, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk z uwagi na manipulowanie ceną i kosztami i zaniżenie ceny i kosztów (dalej jako: „zarzut nr 1");
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp poprzez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Barosz-Gwimet złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 224 Pzp i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę oraz koszt (dalej jako: „zarzut nr 2");
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Barosz-Gwimet pomimo, że podmiot ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia (dalej jako „zarzut nr 3") i w związku z zarzutem zawartym powyżej; ewentualnie art. 128 ust. 1 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Barosz-Gwimet do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu lub wyjaśnień;
4. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Barosz-Gwimet - jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania warunku udziału w Postępowaniu (dalej jako „zarzut nr 4").

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru oferty Barosz-Gwimet jako najkorzystniejszej,
2. przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Barosz-Gwimet, ponieważ jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, ponadto zawiera ona rażąco niską cenę lub koszt, zaś wykonawca nie potwierdził spełnienia warunków udziału w Postępowaniu,
3. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wyjaśnił, że w Postępowaniu złożono 6 ofert, z czego 3 oferty zostały odrzucone. Dalej wskazywał, że kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia wynosi 64 184 948,76 zł (zamówienia podstawowe) +3 870 338,49 zł (prawo opcji), czyli razem 68 055 287,25 zł. Wykonawca Barosz-Gwimet złożył najtańszą ofertę, która stanowiła wraz z opcją zaledwie 42% kwoty jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia. Zauważył przy tym, że w przypadku opcji oferowana przez Barosz-Gwimet kwota stanowi zaledwie 5% tej kwoty

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na powyższe Zamawiający wezwał wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny, przy czym wykonawcę Barosz-Gwimet wezwał dwukrotnie: pismem z dnia 6.03.2024 r. i 23.04.2024 r. Wykonawca Barosz-Gwimet przedstawił wyjaśnienia w dniu 20.03.2024 r. (dalej jako: „Wyjaśnienia 1") oraz 8.05.2024 r. (dalej jako: „Wyjaśnienia 2").

W ocenie Odwołującego, złożona przez Barosz-Gwimet oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk i zawiera rażąco niską cenę lub koszt.

Ponadto, podmiot ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, co stanowi dodatkową przesłankę do odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wskazał też, że Barosz-Gwimet zastrzegł te informacje jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Jednak zdaniem Odwołującego zastrzeżenie to było nieskuteczne. Odwołujący wyjaśnił też, że nie wniósł o odtajnienie dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdyż po ich otrzymaniu, mógł on je, bez żadnych dodatkowych programów, otworzyć i zapoznać się z treścią.

W dalszej kolejności zostanie zaprezentowane uzasadnienie jakie Odwołujący przedstawił dla poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

I. Odnośnie zarzutu nr 1 [nieuczciwa konkurencja]:

Odwołujący podnosił, że w skierowanym do Barosz-Gwimet wezwaniu z dnia 6.03.2024 r., Zamawiający wezwał go do wyjaśnień w zakresie ceny opcji, co było uzasadnione z uwagi na dysproporcję pomiędzy kwotami jakie Zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia, a treścią oferty. Wykonawca Barosz-Gwimet złożył Wyjaśnienia 1, w których wskazał: *„W zakresie określonym w§ 2 ust. 2 pkt 2 Umowy tj. działania w przypadku wystąpienia uszkodzenia Lokalizacji IP KSPO na skutek działania osób trzecich lub sił przyrody jako Wykonawca z 10 (dziesięcioletnim) doświadczeniem podczas prowadzonych prac związanych z budową bramownic i ich rozbiórką. Wykonawca zakłada, iż może dojść do około 2 uszkodzeń w którejkolwiek lokalizacji. W takim przypadku Wykonawca pokryje niezbędne koszty z zasobów własnych".*

Odwołujący podkreślił, że Barosz-Gwimet wprost przyznał, zaniżył koszty wynikające z prawa opcji poz. 11 i przyznał, że liczy się z tym, że pokryje je z zasobów własnych, a zmieniając obmiar Zamawiającego z 30 do 2 lokalizacji uznał pozycję za marginalną. Co więcej przyjęta przez niego kalkulacja w formularzu oferty jasno wskazuje, że albo przerzucił on koszty do zamówienia podstawowego albo celowo realizuje je poniżej kosztów. Takie zachowanie – zdaniem Odwołującego - w obu przypadkach niewątpliwie jest niezgodne z prawem; stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, naruszający m.in. zasadę lojalności wobec kontrahenta i ograniczający dostęp do rynku innym podmiotom. Manipulowanie ceną jest sprzeczne z dobrymi obyczajami i zagraża interesom rzetelnych wykonawców, a także zamawiających. Odwołujący dodał, że w przypadku przerzucenia ceny do zamówienia podstawowego mamy do czynienia jedynie z iluzorycznym prawem opcji, ponieważ niezależnie od tego czy Zamawiający skorzysta z prawa opcji, czy nie, będzie musiał za nie zapłacić. Zatem, Zamawiający płaci za usługę, której może w ogóle nie otrzymać. Wszystkie (albo przynajmniej sporą część) koszty i ryzyka związane z prawem opcji zostają pokryte przez Zamawiającego niezależnie od tego czy w ogóle zdecyduje się na skorzystanie z tego prawa i w jakim zakresie. Zwiększa to też płynność finansową samego wykonawcy, który już przy płatności za zamówienie podstawowe uzyska również zapłatę za opcję. Odwołujący wyjaśnił przy tym, że sensem opcji jest możliwość podjęcia przez Zamawiającego decyzji dotyczącej tego czy jest w stanie i czy jest zainteresowany, zapłacić za dodatkową część zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że manipulacje oferowaną ceną, przerzucanie kosztów w ramach poszczególnych elementów oferty w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczejsą jednoznacznie traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Tytułem przykładu Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia24.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1844/14; z dnia 23.05.2016 r., sygn. akt: KIO 547/16; z dnia 22.12.2016 r., sygn. akt: KIO 2230/16; z dnia 18.12.2018 r., sygn. akt: KIO 2366/18, KIO 2378/18 oraz na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczego Odwoławczego z dnia 17.06.2019 r., sygn. akt: XXIII Ga 148/19.

Dalej Odwołujący podnosił, że w przypadku oferowania cen zaniżonych, na co wskazuje treść Wyjaśnień 1, czyn taki narusza art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk. Finansowanie zamówienia przez wykonawcę z własnych jego środków wyczerpuje bowiem znamiona dumpingu cenowego i jest w oczywisty sposób czynem nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w tym zakresie powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 13.07.2023 r., sygn. akt: KIO1855/23; z dnia 19.10.2021 r., sygn. akt: KIO 2735/21; z dnia 28.03.2017 r., sygn. akt: KIO 473/17; z dnia 13.01.2012 r., sygn. akt: KIO 2787/11; z dnia 2.02.2024 r., sygn. akt: KIO 107/24).

Reasumując, Odwołujący stwierdził, że zachowanie wykonawcy Barosz-Gwimet stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

II. Odnośnie zarzutu nr 2 [rażąco niska cena].

Odwołujący w pierwszej kolejności podkreślił, że zastosowanie procedury z art. 224 Pzp tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy. Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że to wykonawca (Barosz-Gwimet) wezwany do złożenia wyjaśnień, jeżeli zamierza je obalić, powinien wykazać, iż zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Wyjaśnienia te muszą odpowiadać na całość wezwania Zamawiającego, być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia, jak również poparte dowodami. Odwołujący powołał się na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 20.08.2021 r., sygn. akt: KIO 2249/21 iz dnia 7.07.2021 r., sygn. akt: KIO 1462/21, KIO 1481/21 oraz na wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7.10.2020 r., sygn. akt: XXIII Ga 1131/20. 23. Zdaniem Odwołującego, temu obowiązkowi Barosz-Gwimet nie sprostał, co w konsekwencji powinno doprowadzić do odrzucenia jego oferty.

Odnosząc się do treści wyjaśnień Odwołujący tytułem uwag wstępnych zauważył, że wykonawca Barosz-Gwimet twierdzi, że posiada 10–letnie doświadczenie w budowie i rozbiórce bramownic wraz z infrastrukturą przydrożną, gdy tymczasem w celu wykazania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia posługuje się wątpliwym doświadczeniem sprzed 7 lat, mimo że warunki postawione w Postępowaniu nie były wygórowane. W ocenie Odwołującego, m.in. z uwagi właśnie na brak doświadczenia w tego typu realizacjach wykonawca ten złożył ofertę nierynkową, nieuwzględniającą w wycenie pełnego zakresu robót oraz obowiązków z niej wynikających, zwłaszcza dotyczących realizacji umowy na drogach zarządzanych przez Generalną Dyrekcje Dróg Krajowych i Autostrad (dalej jako „GDDKiA"). Odwołujący powołał się na Zarządzenie nr 18 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 26 lipca 2022 r. w sprawie typowych schematów oznakowania robót oraz pomiarów diagnostycznych prowadzonych w pasie drogowym, z których

wynikają jasne wytyczne co do sposobu i formy realizacji prac na drogach krajowych, stwierdzając, że z zarządzenia tego wynika szereg obowiązków i wymogów mających bezpośredni wpływ na wysokość kosztów prac prowadzonych na drogach.

Następnie Odwołujący wskazywał, że wykonawca Barosz-Gwimet na 14 stronach wyjaśnień w głównej mierze skupił się na wyjaśnieniu pojęcia rażąco niskiej ceny i uzasadnianiu tajemnicy przedsiębiorstwa, zaś na pozostałych stronach dominuje argumentacja wskazująca na znajomość rynku, doświadczenie, know-how, posiadanie wykwalikowanej kadry. Według Odwołującego, są to informacje bez znaczenia, lakoniczne i ogólne. A nawet jeśli już zostały podane jakieś kalkulacje, to nie zostały poparte dowodami, bądź te dowody dotyczą niepełnych kosztów.

Odwołujący zwrócił uwagę, że same kalkulacje stanowiące załącznik do wyjaśnień są bardzo ogólne i nie wyjaśniają szczegółowo jak została skalkulowana cena. Są one też niespójne z treścią samych Wyjaśnień 1.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący zwrócił uwagę na kwestie szczegółowe:

Ad. Opcja:

Odwołujący zauważył, że Zamawiający przewidział możliwość skorzystania z prawa opcji w Postępowaniu w zakresie:
− rozbiórki i utylizacji konstrukcji stalowej i szafy przydrożnej wraz z fundamentami (wykazana lokalizacja w SWZ z rodzajem dużej bramownicy nad dwiema nitkami A4) oraz
− działania w przypadku wystąpienia uszkodzenia Lokalizacji IP KSPO na skutek działania osób trzecich lub sił przyrody.

Ponadto, w wezwaniu z dnia 6.03.2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Barosz-Gwimet do wyjaśnień w zakresie ceny brutto wynagrodzenia za przedmiot zamówienia w zakresie § 2 ust. 2 PPU, tj. prawa opcji.

W ocenie Odwołującego, w Wyjaśnieniach 1, Barosz-Gwimet w tym zakresie złożył bardzo ogólne oświadczenia, nieoparte żadnymi dowodami. Nie przedstawił żadnych konkretnych kalkulacji, ofert itp.

W odniesieniu do prawa opcji - koszty rozbiórki konstrukcji stalowej i szafy Odwołujący podnosił, że wykonawca w swoich wyjaśnieniach złożył jedynie prostą kalkulację własną, której analiza – zdaniem Odwołującego – prowadzi do wniosku, że zaoferowana cena w tym zakresie jest rażąco niska.

Odwołujący zauważył, że wykonawca oferuje wykonanie tej usługi w kwocie 20 000,00 zł, przy czym ta pozycja jest tożsama z pozycją nr 1 w formularzu cenowym, pomniejszoną o koszty: okablowania 2 570,00 zł, demontaż przyłącza 2 000,00 zł oraz barier 2 500,00 zł. Odwołujący wyjaśnił, że nawet gdyby Barosz-Gwimet przyjął demontaż w jednym kierunku bez okablowania i bez przyłącza, to same koszty czynności w poz. 7 formularza cenowego wynoszą 26 728,20 zł bez zysku i KP, a nie jak wykazał ww. wykonawca – 18 370,00 zł.

Odwołujący podkreślił, iż prawo opcji co do rozbiórki konstrukcji stalowej i szafy dotyczy obiektu, który znajduje się nad autostradą A4. Wyjaśnił przy tym, że jest to bramownica nad dwoma kierunkami ruchu autostrady A4. A zatem, przyjmując nawet stawki wykonawcy Barosz-Gwimet, to kwota za realizację prawa opcji w tym zakresie jest znacznie większa.

W odniesieniu do prawa opcji – działania w przypadku wystąpienia uszkodzenia Lokalizacji IP KSPO, Odwołujący wskazywał, że wykonawca Barosz-Gwimet nie przedstawił żadnych dowodów ani realnych wyjaśnień, a jedynie ograniczył się do niepopartego żadnymi dowodami zapewnienia, że dojdzie do maksymalnie 2 uszkodzeń, w którejkolwiek z lokalizacji (przy zakładanych przez Zamawiającego 30).

Odwołujący zauważył, że wykonawca oparł swoje twierdzenia na rzekomym doświadczeniu, wprost przyznając, że w tym zakresie nie policzył nawet tych rzekomych 2 zdarzeń i w razie ich wystąpienia pokryje je z zasobów własnych. Tym samym – według Odwołującego – wykonawca przyznał, że zaniżył wycenę. A zatem już z powodu samej deklaracji o zaniżeniu ceny oraz braku wykazania przez niego kosztów realizacji opcji, oferta ta winna była podlegać odrzuceniu.

Odnosząc się zaś do zadeklarowanej w formularzu ofertowym wykonawcy Barosz-Gwimet ceny 5 000 zł za każde zdarzenie, Odwołujący wskazywał, że jest to cena nierealna. Wyjaśnił, że w przypadku wystąpienia takich zdarzeń na drodze klasy A lub S nie pokrywa ona nawet kosztów samej czasowej organizacji ruchu w najtańszym wydaniu Barosz-Gwimet (wycena najniższej opcji czasowej organizacji ruchu tego wykonawcy to 6 600zł/kpl), nie mówiąc już o kosztach transportu, pracowników, narzędzi itp.

Odwołujący zauważył, że przy swoich wyliczeniach przyjął stawki wykonawcy Barosz-Gwimet wynikające z jego wyjaśnień dla podobnych pozycji i już samo zestawienie ich pokazuje nierealność stawki zaoferowanej przez Barosz-Gwimet. Dla przykładu przedstawił tabelaryczne zestawienie kosztów na przykładzie drogi klasy A:

POZYCJA	KLASA DROGI	WYCENY BAROSZ	ILOŚĆ SWZ		NETTO 1 KPL
11	A	W przypadku uszkodzenia którejkolwiek Lokalizacji IP KSPO, spowodowanego działaniem osób trzecich lub sił przyrody – dokonanie wizji lokalnej tej Lokalizacji IP KSPO oraz wykonanie działań mających na celu usunięcie Elementów Lokalizacji IP KSPO zagrażających lub mogących zagrażać bezpieczeństwu użytkowników drogi, jeżeli takie okoliczności wystąpią, oraz przygotowanie dokumentacji zdjęciowej i video.	30	KPL	**5 000,00 zł**
		TŁUMACZENIA BAROSZ	cena jednostkowa	jedn. miary	razem netto
		W zakresie określonym w § 2 ust. 2 pkt 2 Umowy tj. działania w przypadku wystąpienia uszkodzenia Lokalizacji IP KSPO na skutek działania osób trzecich lub sił przyrody jako Wykonawca z 10 (dziesięcioletnim) doświadczeniem podczas prowadzonych prac związanych z budową bramownic i ich rozbiórką, Wykonawca zakłada, iż może dojść do około **2 uszkodzeń** w którejkolwiek lokalizacji. W takim przypadku Wykonawca pokryje niezbędne koszty z zasobów własnych.	BRAK JAKICHKOLWIEK WYJAŚNIEŃ , ZMIANA ILOŚCI ZDRARZEŃ Z 30 DO 2 ??? BEZ PODSTAWNIE BRAK TOR BRAK SPRZĘTU TRANSPORTU ITD.		

		WYCENA POZ 11 WG ZAŁOŻEŃ BAROSZ			KOSZT BEZPOŚREDNIE BAROSZ NETTO
		Zamknięcie jezdni i organizacja ruchu TOR, SOR **Projekt TOR 1 - 800,00 zł** **Zabezpieczenie TOR - demontaż konstrukcji i fundamentów - 5 800,00 zł**	**6 600,00 zł**	**1 kpl**	**6 600,00 zł**
		Rozbiórka elementu bramownicy/zabezpieczenie: 3 godziny pracy dźwigu= 290,00 zł /godz x 3 h = 870,00 zł+ robocizna (4 pracowników x 4 h x 40,00 zł)= 640,00 zł	1 670,00 zł	1 szt	1 670,00 zł
		DOJAZD, DIETY PRACOWNIKÓ, HOTEL, SPRZĘT NARZĘDZI, EWENTUALNA KOPARKA Z MŁOTEM, BYĆ MOŻE HDS WZIĘTE Z POZYCJI REALNEJ BAROSZ Z PRAC DLA JEDNEGO KIERUNKU POZ. 7 i POZ. 8 **CYTUJE*pozostała kwota 5054,10 zł będzie przeznaczona: na noclegi i posiłki pracowników, delegacje, środki transportu, dojazdy.***	5 054,10 zł	1kpl	5 054,10 zł
		Transport elementów do punktów utylizacji samochodami Wykonawcy i utylizacja fundamentów 1,00 zł za m3 (zgodnie z ofertą FHU MIRGO Rusek Mirosława}	1 000,00 zł	1szt	1 000,00 zł
		PRACOWNCU NADZORU WRAZ Z INSPEKTORAMI 23500zł/21=1119ZŁ/DZ	1 120,00 zł	1kpl	1 120,00 zł
		WYKONANIE DOKUMENTACJ WRAZ Z DOKUMENTACJĄ, WIDEO	1 500,00 zł	1kpl	1 500,00 zł
					16 944,10 zł
		WARTOŚĆ NIEDOSZACOWANIA DLA POZ 11 BAROSZ PRAWO OPCJI	1	2	3	4
		WARTOŚĆ NIEDOSZACOWANIA DLA POZ 11 BAROSZ PRAWO OPCJI **DLA 1 LOKALIZACJI NIEDOSZACOWANE 16944,10,00 - 5000,00 = 11944,10,00ZŁ.**	1 30	2 11 944,10 zł	1 X 2 358 323,00 zł	3 X 1,23 **440 737,29 zł**

Ad. Koszty pracownicze:

Odwołujący w odniesieniu do kosztów pracowniczych podnosił, że wykonawca Barosz-Gwimet stara się ograniczyć do wykazania, że wynagrodzenia nie są niższe od ustawowo wyznaczonego minimalnego wynagrodzenia, w sytuacji, gdy celem tych wyjaśnień jest wykazanie możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę. Zdaniem Odwołującego, wykonawca nie podołał temu obowiązkowi wskazując jedynie stawkę minimalną na poziomie 40 zł, przy czym swojego wyliczenia nie poparł żadnymi dowodami. Ponadto, dokonując wyceny kosztów pracy nie ujął w nich kosztów związanych z urlopami pracowniczymi, zwolnieniami lekarskim, kosztów badań i szkoleń pracowników itd. Wykonawca Barosz-Gwimet nie uwzględnił także, iż z uwagi na krótki termin realizacji oraz charakter wykonywanej pracy, osoby zatrudnione będą wyłącznie do realizacji tego zadania, a ich praca będzie pracą wyjazdową na terenie całej Polski. Koszt ich zatrudnienia nie sprowadzi się więc wyłącznie do 5h dziennie. Pracownicy ci będą musieli być zatrudnieni na cały etat, często w delegacji. Wykonawca nie wskazał, ile osób zamierza zatrudnić przy realizacji umowy. Z treści wyjaśnień wynika tylko, że Wykonawca zatrudni 5 osób do rozbiórki jednej bramownicy plus osobę do nadzoru oraz, że zamierza rozbierać 2 bramownice dziennie. Z wyjaśnień wynika też, że czas pracy wyniesie 10 roboczogodzin na dniówkę, czyli łącznie 2 835 roboczogodziny (RG) na 571 lokalizacji przez 24 miesiące. Natomiast w Wyjaśnieniach 2, Wykonawca Barosz-Gwimet sprostował, że łączna ilość RG na 571 lokalizacji wynosi 2 855 RG oraz, że wartość ta dotyczy czasu pracy jednego pracownika uczestniczącego przez okres 24 miesięcy w brygadzie do demontażu 571 bramownic. Powyższe wyliczenia co do RG przyjęte były dla 5 pracowników.

Zdaniem Odwołującego, treść wyjaśnień jest niespójna z treścią kalkulacji, która pomija jednego pracownika wskazując, że będzie to robiło 4 pracowników. Nie ma też w tych kosztach osoby z nadzoru, o której wykonawca pisze w Wyjaśnieniach 1.

Dalej Odwołujący wywodził, że Barosz-Gwimet potrzebuje 5 osób do rozbiórki fundamentów, co wynika z jego kalkulacji, w których odrębnie przyjmuje te czynności i je wycenia.

Odwołujący dodał również, że nie wiadomo czy ww. wykonawca zamierza dokonywać rozbiórki bramownic tą samą brygadą czy też różnymi, nie wiadomo czy osoby wskazane do rozbiórki fundamentów to też te same osoby. Gdyby to były różne osoby, to przy uwzględnieniu harmonogramu prac, wykonawca musiałby zatrudnić ok. 10 pracowników fizycznych/operatorów (bez osób z nadzoru). Koszty te nie zostały wyjaśnione. Gdyby natomiast przyjąć, że ten sam zespół 5 ludzi ma rozbierać bramownice, to oznacza, że pięciu pracowników w ciągu 10h zdemontuje tylko jedną bramownicę na dzień, a nie dwie. Ponadto, ta grupa osób potrzebuje 10h na realizację prac, co wiąże się z przekroczeniem czasu pracy i koniecznością wypłaty nadgodzin itp. Zatem, przyjęte przez Barosz-Gwimet założenia co do kosztów prac są niewiarygodne i zniżone.

W ocenie Odwołującego przyjmując realnie demontaż 1 bramownicy dziennie, na co wskazują wyliczenia Barosz-Gwimet, to wykonawcy zabraknie 2 lat na realizację umowy. Co za tym idzie, przekroczy on założone koszty pracownicze które, policzył bez żadnego zapasu na dojazdy, postoje, godziny nieefektywne. Wykonawca ten nie policzył wynagrodzenia urlopowego. Wyjaśnienia nie uwzględniają też czasu pracy koniecznego na rozbiórkę fundamentów (bramownice przeznaczone do rozbiórki posadowione są na fundamentach).

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Barosz-Gwimet przyjął mechaniczne wyliczenie poprzez podanie stawki za 1 RB, a nie przewidział żadnego ryzyka poszukiwania zastępcy w tym okresie na wypadek choroby, wypadków itp.

Resumując, Odwołujący stwierdził, iż Barosz-Gwimet nie wyjaśnił kosztów pracy i tym samym jego oferta winna ulec odrzuceniu.

Ad. Koszty czasowej organizacji ruchu:

Zdaniem Odwołującego, niewiarygodne i nieudokumentowane przez wykonawcę Barosz-Gwimet są wyjaśnienia dotyczące kosztów czasowej organizacji ruchu. Wykonawca ten jako dowód przedłożył ofertę, w której przyjęto dla dróg A i S cenę zabezpieczenia ruchu 9 600,00 zł wraz z projektem. Według tych wyjaśnień czasowa organizacja ruchu każdorazowo rozkładana będzie tylko na 1 dzień roboczy, gdy tymczasem zabezpieczenie musi być wprowadzone jednocześnie w obu kierunkach (wynika to z faktu, że bramownice na tych drogach najczęściej znajdują się nad dwoma jezdniami).

Odwołujący wyjaśnił, iż zabezpieczenia stanowią co najmniej 2 pojazdy, sprzęt i znaki rozciągnięte na kilometrowym odcinku. Odwołujący dodał też, powołując się na własne doświadczenie, że samo oznakowanie odcinka, wdrożenie i zdjęcie zajmują ok. 25 RG dla jednego kierunku ruchu (5 osób x 5h pracy). Z uwagi na to, że tymczasową organizację ruchu wprowadzić trzeba i zdjąć jednocześnie w obu kierunkach, potrzebny jest podwójny zestaw pojazdów, znaków i ludzi dla każdego kierunku osobno. Tymczasem Barosz-Gwimet oferuje dwa warianty ceny 6 600,00 zł/kpl oraz 9 600,00

zł/kpl nie wskazując czy dotyczą jednego, czy dwóch kierunków zabezpieczenia. W ocenie Odwołującego, bez względu na ilość kierunków, jest to cena niewiarygodna i nie uwzględnia ona koniecznych zabezpieczeń wymaganych przez GDDKiA takich jak: dwie poduszki przeciw zderzeniowe na pojazdach ciężarowych, dwa pojazdy zabezpieczające prace ze znakami aktywnymi, dwa komplety oznakowania, dwie ekipy obsługi/kierowcy itp. Nie uwzględnia też kosztów zastosowania czasowej organizacji ruchu na obu kierunkach. Odwołujący dodał przy tym, że dla czynności wskazanych w pozycji 7 i pozycji 8 formularza cenowego, również będzie trzeba wprowadzić zabezpieczenie obu kierunków. Bramownice przeznaczone do rozbiórki nie mają pomostów roboczych umożliwiających prace nad czynnym pasem ruchu bez zabezpieczenia miejsca na zwyżkę dla ekipy demontującej okablowanie, a pozycje 7 i 8 zakładają takie prace. Wykonawca Barosz-Gwimet wszędzie przyjął koszt tańszego zabezpieczenia i – zdaniem Odwołującego – wyłącznie w jednym kierunku. W konsekwencji, istotny element kosztotwórczy, jakim są koszty czasowej organizacji pracy, w ocenie Odwołującego, jest znacząco zaniżony.

Ad. Koszty rozbiórki fundamentów:

Ponadto, Odwołujący zwrócił uwagę, że wykonawca Barosz-Gwimet w swoich wyliczeniach kosztów (załącznik nr 1) w pozycji rozbiórka fundamentów podaje dla każdej kalkulacji (wyliczenie kosztów prac na drogach klasy A i klasy S) inny wynik wskazując, że to co zostaje będzie przeznaczone na noclegi, posiłki, delegacje i środki transportu i dojazdy. Zdaniem Odwołującego, wskazuje to na nierzetelność tych wyliczeń. Dodatkowo, Wykonawca nie uwzględnił kosztów BHP, opłat e-toll za pojazdy, paliwa, kosztów narzędzi, urlopów itd.

III. Odnośnie zarzutu nr 3 [brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu].

Odwołujący podnosił także, że Wykonawca Barosz-Gwimet nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, co powinno skutkować odrzuceniem jego oferty.

Odwołujący wyjaśnił, że na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 9.1.4.1. SWZ) wykonawca Barosz-Gwimet powołał się na zadanie referencyjne dotyczące rozbudowy Elektronicznego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych Viatol w Polsce. Zadanie to było realizowane przez spółkę KAPSCH na rzecz GDDKiA. W celu potwierdzenia, że usługi wykonane zostały należycie posłużył się referencją od spółki System- Barosz Gwimet sp. z o.o., która jest odrębnym od Barosz-Gwimet podmiotem. Odwołujący podał, że zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu wykonawcy winni byli wykazać się wykonywaniem, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem co najmniej jednej umowy lub wielu umów spełniających warunki:
1. każda z umów musi obejmować łącznie:
a) opracowanie i uzyskanie u zarządcy drogi zatwierdzenia: Projektów Czasowej Organizacji Ruchu (COR) na czas prowadzenia robót lub Projektów Stałej Organizacji Ruchu (SOR) dla każdego obiektu budowlanego lub urządzenia, o którym mowa w pkt 9.1.4.1.1.2 oraz
b) wykonanie robót w zakresie budowy lub usunięcia i utylizacji: obiektów budowlanych lub urządzeń wraz z ich konstrukcjami nośnymi i fundamentami, na których są posadowione, znajdujących się w pasie drogowym,
2. wszystkie umowy muszą obejmować wykonie robót w zakresie budowy lub usunięcia i utylizacji łącznie co najmniej 40 odpowiednio obiektów budowlanych lub urządzeń znajdujących się w pasie drogowym, o których mowa w pkt 9.1.4.1.1.2 SWZ.

Odwołujący dodał, że w referencjach wskazano, iż Barosz-Gwimet wykonywał budowę i posadowienie fundamentów, projekty czasowej i stałej organizacji ruchu, zabezpieczenie i oznakowanie robót oraz przygotowanie dokumentacji powykonawczej.

Dalej Odwołujący wyjaśniał, że z informacji pozyskanych przez niego wynika, iż wykonawca Barosz-Gwimet nie realizował tych czynności. Nie był on zgłoszonym dalszym podwykonawcą do realizacji tego zadania. Brak jest informacji o jego udziale w zadaniu, a w szczególności nie wykonywał opracowań projektów czasowej organizacji ruchu. W zadaniu tym uczestniczył System-Barosz Gwimet sp. z o.o. (przy czym podmiot ten nie udostępnił doświadczenia w tym Postępowaniu wykonawcy Barosz-Gwimet).

W ocenie Odwołującego, nie można uznać, że Barosz-Gwimet spełnia warunki udziału w Postępowaniu, albowiem nie posiada wymaganego przez Zamawiającego doświadczenia.

Odwołujący także stwierdził, iż z daleko posuniętej ostrożności, gdyby Izba uznała wyłącznie zarzut nr 3 i nie odrzuciła oferty ww. wykonawcy, to wnosi on o ewentualne wezwanie Barosz-Gwimet do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia w tym Postępowaniu w trybie art. 128 ust. 1 Pzp lub złożenia wyjaśnień w trybie art. 18 ust. 4 Pzp.

IV. Odnośnie zarzutu nr 4 [brak spełnienia warunku – nieuczciwa konkurencja].

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący podnosił, iż podanie nieprawdziwych informacji na temat spełniania warunków udziału w Postępowaniu, może i winno być traktowane jako czyn nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, że nieprawdziwe oświadczenie wykonawcy Barosz-Gwimet doprowadziło do tego, że na dzień składania odwołania, to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uniemożliwiając uzyskanie zamówienia wykonawcom spełniającym warunku udziału w Postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił przy tym, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem (normami stanowionymi) lub dobrymi obyczajami, pod warunkiem płynącego z tego działania zagrożenia lub naruszenia interesów innego przedsiębiorcy lub klienta. Ustawa ta zawiera katalog czynów nieuczciwej konkurencji, lecz jest to katalog otwarty, a wyliczenie zawarte w tej ustawie ma jedynie przykładowy charakter.

Odwołujący wskazał też, że jako „dobre obyczaje" wskazane w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, należy rozumieć normy postępowania niebędące normami prawnymi, które jednak, podobnie jak „zasady współżycia społecznego" czy „ustalone zwyczaje" są normami określonego postępowania, które winny być przestrzegane przez osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą. Podkreślił też, że nie chodzi tutaj o przestrzeganie dobrych obyczajów, jako abstrakcyjnych norm postępowania społecznego czy norm grzeczności, ale zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej. Tym samym – zdaniem Odwołującego - jako czyn nieuczciwej konkurencji można uznać takie zachowanie, które nie zostało stypizowane w powołanej ustawie, ale spełnia warunki określone w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Działanie przedsiębiorcy sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (Zamawiającego) samo w sobie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Nie musi dojść w tym zakresie do naruszenia przepisów prawa.

W ocenie Odwołującego za takie działanie należy uznać działanie Wykonawcy Barosz-Gwimet, który złożył ofertę podając nieprawdziwe informacje na temat spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Wedle Odwołującego, w oczywisty sposób podawanie nieprawdziwych informacji jest sprzeczne z dobrymi obyczajami. Zachowanie takie narusza również interesy Odwołującego i to zarówno na gruncie niniejszego Postępowania, jak i w szerszej perspektywie. W niniejszym Postępowaniu ze względu na to, że Odwołujący złożył prawidłową, zgodną z prawem ofertę i nie może uzyskać zamówienia, w związku z czym również przychodu i zysku z jego realizacji, ze względu na konkurowanie z Wykonawcą, który posługuje się nieprawdziwymi informacjami. Natomiast w szerszej perspektywie - patrząc w przyszłość – nieuzyskanie niniejszego zamówienia będzie wiązało się z brakiem uzyskania referencji, co utrudnia, lub nawet w dalszej perspektywie uniemożliwia, dostęp Odwołującego do rynku. Podkreślił, że nie uzyskałby zamówienia dlatego, że jego konkurent posłużył się nieprawdziwymi informacjami. Ten z kolei dzięki posłużeniu się takimi informacjami uzyskałby zamówienie, co nie powinno być w żaden sposób dopuszczalne. Takie postępowanie – w analogiczny sposób – zagraża także interesom pozostałych Uczestników Postępowania.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Sygn. akt: KIO 2743/24

W dniu 1 sierpnia 2024 roku wykonawca BIT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami Pzp czynności/zaniechań Zamawiającego, polegających na:
1) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty ‚Barosz-Gwimet spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Marklowicach (dalej jako: "Barosz-Gwimet"),
2) zaniechaniu odrzucenia oferty Barosz-Gwimet, mimo że cena zaoferowana przez Barosz-Gwimet w zakresie prawa opcji, w tym w zakresie określonym w poz. 11 Formularza cenowego (istotnych części składowych ceny), jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Barosz-Gwimet nie złożył prawidłowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, tj. nie wyjaśnił sposobu skalkulowania ceny w zakresie objętym prawem opcji i sposobu skalkulowania ceny w zakresie poz. 11 Formularza cenowego dołączonego do oferty Barosz-Gwimet, co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej,
3) zaniechaniu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa:
a) całej treści złożonych wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny z dnia 20 marca 2024 r. (udostępniono jedynie część wyjaśnień),
b) całej treści załączników do wyjaśnień wysokości ceny Barosz-Gwimet z dnia 20 marca 2024 r. (nie udostępniono pełnej treści załączników),
c) całej treści wyjaśnień Barosz-Gwimet w zakresie wysokości zaoferowanej ceny z dnia 8 maja 2024 r. (udostępniono

jedynie część wyjaśnień),
d) całej treści załączników do wyjaśnień wysokości ceny Barosz-Gwimet z dnia 8 maja 2024 r. (nie udostępniono pełnej treści załączników), w terminie umożliwiającym Odwołującemu skuteczne kwestionowanie wyboru oferty Barosz-Gwimet jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (na innych podstawach niż wskazane w treści niniejszego odwołania),
4) zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum w składzie: SZADEK D.S. oraz G&P Team sp. z o.o. (dalej jako: „Konsorcjum SZADEK"), mimo że cena i jej istotne części składowe (tj. ceny wskazane w poz. 1 – 10 Formularza cenowego) zaoferowane przez Konsorcjum SZADEK są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Konsorcjum SZADEK nie złożyło prawidłowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, przy czym wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum SZADEK są niewiarygodne, nierzetelne i niewystarczające, a także nie uwzględniają wszystkich kosztów niezbędnych do należytej realizacji zamówienia, co uzasadnia odrzucenie oferty tego wykonawcy, a co w konsekwencji doprowadziło do nieprawidłowości w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:
1) art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez:
a) wadliwą ocenę wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny Barosz-Gwimet i uznanie ich za potwierdzające prawidłowość skalkulowania ceny przez Barosz-Gwimet, mimo że wykonawca ten nie złożył – pomimo, że był do tego zobowiązany – wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny w zakresie prawa opcji, a także sposobu wyliczenia ceny za zakres przedmiotu zamówienia określony w pozycji 11 Formularza cenowego dołączonego do oferty Barosz-Gwimet, a także wyjaśnienia złożone przez tego Wykonawcę potwierdzają, że zaoferowana cena w zakresie prawa opcji i cena za zakres określony w pozycji 11 Formularza cenowego, dołączonego do oferty Barosz-Gwimet, jest rażąco niska, wyjaśnienia są niewiarygodne, nierzetelne, niewystarczające, a cena zaoferowana przez Barosz-Gwimet nie wystarcza na pokrycie kosztów realizacji zamówienia, a tym samym jednoznacznym jest, że wykonanie zamówienia za wskazane ceny nie jest możliwe, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Barosz-Gwimet jako zawierającej rażąco niską cenę,
b) wadliwą ocenę wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i jej istotnych części składowych złożonych przez Konsorcjum SZADEK i uznanie ich za potwierdzające prawidłowość skalkulowania ceny przez Konsorcjum SZADEK mimo że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdzają, że zaoferowana cena i jej istotne części składowe są rażąco niskie, wyjaśnienia są niewiarygodne, nierzetelne, niewystarczające, a cena zaoferowana przez Konsorcjum SZADEK nie uwzględnia wszystkich kosztów należytej realizacji zamówienia, a tym samym jednoznacznym jest, że wykonanie zamówienia za wskazaną cenę nie jest możliwe, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum SZADEK jako zawierającej rażąco niską cenę;
2) art. 74 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu, zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa, całej treści złożonych wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny złożonych przez Barosz-Gwimet i całej treści załączników do tych wyjaśnień w terminie umożliwiającym Odwołującemu skuteczne kwestionowanie wyboru oferty Barosz-Gwimet jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu (na innych podstawach niż wskazane w treści niniejszego odwołania), podczas gdy Barosz-Gwimet nie zastrzegł skutecznie treści wyjaśnień i załączników do wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponadto zastrzeżone przez Barosz-Gwimet informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o:
1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Barosz-Gwimet,
2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert,
3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Barosz-Gwimet,
ewentualnie – w przypadku uznania, że nie zachodzą podstawy do odrzucenia oferty Barosz-Gwimet wniosek z pkt 4, tj.:
4) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu całej treści złożonych wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny złożonych przez Barosz-Gwimet z dnia 20 marca 2024 r. i z dnia 8 maja 2024 r. oraz całej treści załączników do tych wyjaśnień,
5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum SZADEK,
6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, co następuje.

1. <u>Uwagi ogólne dotyczące zaniechania odrzucenia ofert Barosz-Gwimet i Konsorcjum SZADEK.</u>

Odwołujący podkreślił tytułem wstępu, iż w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Barosz-Gwimet Odwołujący powołuje się jedynie na te okoliczności, które wynikają z

udostępnionej mu (jawnej) części wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niezasadnie zaniechał odrzucenia oferty Barosz-Gwimet i oferty Konsorcjum SZADEK, pomimo, że ceny zaoferowane za realizację przedmiotowego zamówienia i istotne części składowe, są cenami rażąco niskimi w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wyjaśnienia złożone przez wskazanych wykonawców nie potwierdzają wysokości zaoferowanych cen. Wyjaśnienia złożone przez tych wykonawców są nierzetelne, niespójne, niewystraczające i nie uwzględniają konieczności poniesienia wszystkich kosztów związanych z realizację przedmiotu zamówienia.

Następnie Odwołujący przywołał treść przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, a także odwołał się do orzecznictwa i doktryny w przedmiocie rozumienia pojęcia: „rażąco niska cena".

Odwołujący wskazał, iż w oparciu o część jawną wyjaśnień złożonych przez Barosz-Gwimet może stwierdzić, że cena zaoferowana za realizację prawa opcji i cena za wykonanie zakresu określonego w pozycji 11 Formularza cenowego, dołączonego do oferty Barosz-Gwimet, są rażąco niskie. Również cena i istotne części składowe ceny zaoferowanej przez Konsorcjum SZADEK noszą znamiona cen rażąco niskich.

2. Ceny zaoferowane przez Barosz-Gwimet:

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia w zakresie wysokości zaoferowanej ceny złożone przez Barosz-Gwimet nie potwierdzają wysokości ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę za wykonanie prawa, lecz wręcz potwierdzają, że zaoferowana cena i jej istotne części składowe są rażąco niskie. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie powinien był uznać wskazanych wyjaśnień za wystarczające, w szczególności z uwagi na brak udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę w zakresie wysokości ceny za wykonanie zamówienia objętego prawem opcji, a także w zakresie wysokości ceny za wykonanie prac z pozycji 11 Formularza cenowego.

Odwołujący zauważył, że z treści wezwania w zakresie wysokości zaoferowanej ceny wynika wprost, że Zamawiający zażądał wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny brutto wynagrodzenia za przedmiot zamówienia w zakresie § 2 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy, tj. prawa opcji.

Odwołujący przytoczył treść wyjaśnień wykonawcy Barosz-Gwimet w tym zakresie i stwierdził, że lakonicznego sformułowania nie można uznać za wyjaśnienie ceny zaoferowanej przez Barosz-Gwimet w zakresie wyliczenia ceny brutto wynagrodzenia za przedmiot zamówienia w zakresie § 2 ust. 2 Projektowanych Postanowień Umowy, tj. prawo opcji oraz wyliczenia ceny ofertowej za zakres wskazanych w pozycji 11 Formularza cenowego. Barosz-Gwimet zobowiązany był do złożenia wyjaśnień, w tym przedłożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny brutto wynagrodzenia za wykonanie prawa opcji (jako całości) i w zakresie określonym w pozycji 11. Tymczasem, wykonawca ten, poza powołaniem się na swoje (wątpliwe) doświadczenie nie przedstawił żadnych wyjaśnień sposobu wyliczenia ceny, w szczególności nie przedstawił części składowych (kosztów) składających się na zaoferowaną cenę, nie złożył również żadnych dowodów potwierdzających realność zaoferowanych cen. Odwołujący przy tym podkreślił, że wykonawca ten przedstawił w kalkulacji szczegółowej dołączonej do wyjaśnień części składowe wszystkich zaoferowanych cen jednostkowych, poza ceną za wskazany zakres objęty prawem opcji, tj. ceną z pozycji 11. Zdaniem Odwołującego, uznać należy, że Barosz-Gwimet nie złożył zupełnych wyjaśnień ceny w zakresie sposobu skalkulowania prawa opcji i sposobu skalkulowania ceny wskazanej w pozycji 11 Formularza cenowego, pomimo, że wprost był do tego zobowiązany. Barosz-Gwimet miał obowiązek wykazania, że złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, w tym, że istotna część składowa ceny – cena za zakres objęty prawem opcji oraz cena za wykonanie prac z poz. 11, nie jest rażąco niska, czemu nie sprostał.

Odwołujący wskazał również, że niezasadnym byłoby ponowne wzywanie Barosz-Gwimet do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny zaoferowanej za zakres zamówienia objęty prawem opcji. Takie ponowne wezwanie zostało już do tego Wykonawcy wystosowane. Kolejne zaś wezwanie tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie ceny za realizację zakresu objętego prawem opcji, nie prowadziłoby do uzyskania dodatkowych wyjaśnień, lecz do uzupełnienia wyjaśnień o zupełnie inne twierdzenia, które nie znalazły się w tych wyjaśnieniach w wyniku skierowania pierwszego wezwania i mogłoby doprowadzić do zmiany samych wyjaśnień.

Następnie Odwołujący zwrócił uwagę, iż Barosz-Gwimet w odniesieniu do zakresu opcji objętego poz. 11 Formularza cenowego złożonego wraz z ofertą tego Wykonawcy wprost wskazał, że *„W takim przypadku Wykonawca pokryje niezbędne koszty z zasobów własnych".* Według Odwołującego, mając na uwadze jednoczesne pomięcie przez Barosz-Gwimet poz. 11 i nieprzedstawienie tylko dla tej pozycji szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej, należałoby uznać, że wykonawca przyznał, iż zaoferowana cena nie pokrywa kosztów wykonania wskazanego w poz. 11 zakresu zamówienia. Zdaniem Odwołującego, Barosz-Gwimet celowo unika przedstawienia szczegółowej kalkulacji kosztów

wykonania zakresu działań w przypadku wystąpienia uszkodzenia Lokalizacji IP KSPO wskutek działania osób trzecich lub sił przyrody. Jedynie lakonicznie stwierdza, że posiada wiedzę, iż niewiele może być uszkodzeń infrastruktury, więc koszty działań związanych z uszkodzeniami pokryje z „zasobów własnych". Tym samym wprost potwierdził, że cena zaoferowana w poz. 11 nie pokrywa kosztów, które musiałby ponieść w celu należytej realizacji tego zakresu robót. Odwołujący podkreślił, że wykonawca nie może tłumaczyć zaoferowania rażąco niskiej ceny istotnej części składowej ceny poprzez pokrycie kosztów jej wykonania z „zasobów własnych". Jednocześnie zauważył, że Barosz-Gwimet nie wyjaśnił co oznaczają wskazane zasoby własne, jednak – zdaniem Odwołującego - należałoby przez nie rozumieć własne środki finansowe. Stwierdził też, że cena wskazana w poz. 11 powinna pokrywać koszty wykonania zakresu prac, którego wskazana pozycja dotyczy.

W dalszej kolejności Odwołujący podnosił, że Barosz-Gwimet w swoich wyjaśnieniach ceny w zakresie prawa opcji wskazał jedynie, że posiada szerokie doświadczenie i w związku z tym posiada wiedzę o liczbie zdarzeń, do których może dojść w lokalizacjach. Wykonawca ten wskazuje więc w istocie, że przewiduje, iż Zamawiający nie skorzysta w szerokim zakresie z możliwości zlecenia prac z poz. 11, a w związku z tym zaoferował cenę, która nie pokrywa kosztów wykonania tych prac. Odwołujący zauważył przy tym, że wykonawca ten nigdy nie był przedsiębiorcą utrzymaniowym. Ponadto, Zamawiający przewidział, że maksymalnie zleci 30-krotne wykonanie prac wskazanych w poz. 11, a zatem każdy wykonawca musiał uwzględnić całą założoną liczbę, jako możliwy zakres prawa opcji, który będzie musiał wykonać.

Odwołujący podnosił również, że wskazywanie w wyjaśnieniach na fakt pokrycia pewnych kosztów z zasobów własnych, bez jednoczesnego wskazania jakie są to zasoby, a także jakiej wysokości koszty musiałyby pokrywać, z pewnością nie stanowi wyczerpującego wyjaśnienia wysokości skalkulowanej ceny.

Odwołujący przedstawił tabelaryczne zestawienie obrazujące wysokość cen zaoferowanych przez wykonawców biorących udział w postępowaniu za realizację zamówienia w zakresie prawa opcji, a także cen jednostkowych dla poz. 10 i poz. 11 Formularza cenowego i stwierdził, że porównanie cen zaoferowanych przez wykonawców prowadzi do wniosku, że cena Barosz-Gwimet za wykonanie prawa opcji jest ceną rażąco niską. Następnie przeprowadził analizę porównawczą wskazanych cen.

Dodał też, że w cenie 5 000 zł nie ma możliwości wykonania demontażu bramownicy i przedstawił własną kalkulację kosztów dla zakresu prac wynikających z poz. 11.

Zdaniem Odwołującego, ww. wykonawca nie jest zdolny do należytej realizacji niniejszego zamówienia publicznego za zaoferowaną cenę.

3. Ceny zaoferowane przez Konsorcjum SZADEK.

W ocenie Odwołującego wyjaśnienia ceny złożone przez Konsorcjum SZADEK nie są kompletnie i nie uwzględniają również konieczności pokrycia wszelkich kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia. W uzasadnieniu tego stanowiska Odwołujący wskazywał na następujące kwestie:

1) brak uwzględniania w zaoferowanej cenie kosztów przygotowania nowych projektów Tymczasowej Organizacji Ruchu

Odwołujący podnosił, że koszty sporządzenia projektów Tymczasowej Organizacji Ruchu (inaczej Czasowej Organizacji Ruchu) i uzyskania ich zatwierdzenia od początku, czyli w lokalizacjach, w których nie ma zatwierdzonej Tymczasowej Organizacji Ruchu przekraczają zdecydowanie przyjętą przez Konsorcjum kwotę 500,00 zł. Przygotowanie projektów Tymczasowej Organizacji Ruchu na pozostałe lokalizacje wymagać będzie od Konsorcjum SZADEK poświęcenia czasu (roboczogodzin), które nie zostały wkalkulowane w cenę ofertową. Koszty z tym związane wynoszą 3 500 – 5 000 zł. Zdaniem Odwołującego, cena zaoferowana przez Konsorcjum SZADEK nie uwzględnia kosztów sporządzenia projektów Tymczasowej Organizacji Ruchu i ich zatwierdzenia w pozostałych lokalizacjach. Wyjaśnił również, że nie w każdym przypadku będzie możliwe skorzystanie z zatwierdzonej Tymczasowej Organizacji Ruchu, na którą powołało się Konsorcjum SZADEK i przytoczył argumentację w tym zakresie.

2) brak uwzględniania w zaoferowanej cenie kosztów aktualizacji projektów Stałej Organizacji Ruchu

Odwołujący wskazał, że z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum SZADEK wynika także, że w zaoferowanej cenie nie zostały w ogóle uwzględnione koszty aktualizacji projektów Stałej Organizacji Ruchu po demontażu Lokalizacji Infrastruktury Przydrożnej.

3) zaniżanie kosztów utylizacji betonu

W opinii Odwołującego, Konsorcjum SZADEK zaniżyło koszty utylizacji betonu, które będzie trzeba ponieść w celu należytej realizacji zamówienia. Konsorcjum wskazało w wyjaśnieniach ceny, że utylizacja betonu to koszt 150 zł za

1 m3. Wskazana cena jest nierynkowa i niemożliwa do uzyskania. Odwołujący dodał przykładowo, że: koszt utylizacji betonu w okręgu poznańskim wynosi 250 zł za 1m3, a w okręgu południowy Śląsk minimum 450 zł za 1 m3.

4) brak należytej wyceny kosztów demontażu przyłączy

Odwołujący wskazywał, że Konsorcjum SZADEK nie dokonało należytej wyceny kosztów usunięcia przyłączy w zakresie robót objętych poz. 7 Formularza cenowego. Wycena ta została bowiem oparta o ofertę „WODKOL-BIS" sp. z o.o. pomimo, że oferta ta nie dotyczy wskazanego zakresu. Jednocześnie w żaden inny sposób nie uzasadniono przyjętych kosztów likwidacji przyłącza, nie przedstawiono innej oferty, a także nie przedstawiono także kosztów wykonania tego zakresu we własnym zakresie.

5) brak kalkulacji prac związanych z usunięciem odcinka instalacji elektrycznej

Zdaniem Odwołującego, z wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum SZADEK, w zakresie prac dotyczących rozbiórki i utylizacji Lokalizacji IP KSPO bez Przyłączy Energetycznych (poz. 4, 5 i 6 Formularza cenowego) wynika, że wykonawca ten nie uwzględnił konieczności poniesienia kosztów prac związanych z usunięciem odcinka instalacji elektrycznej stanowiącego fragment przyłącza energetycznego, łączącego szafę przydrożną z najbliższą szafką elektryczną, która może wynosić nawet 600m. Zakres konieczny do wykonania w tym przypadku dotyczy aż 294 lokalizacji. Brak skalkulowania powyższego dla wszystkich lokalizacji istotnie wpływa na ostatecznie oferowaną cenę. Według Odwołującego, koszt wykonania tych prac w przypadku jednej lokalizacji wynosi minimum 1 000 zł do nawet 25 000 zł na jedną lokalizację.

6) nieuwzględnienie kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, w szczególności kosztów składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne

Odwołujący stwierdził, że w kalkulacji wykonawcy wskazano, że pracownicy uzyskują wynagrodzenie w wysokości 50 zł netto. I ta właśnie wysokość została przyjęta do kalkulacji kosztów. Natomiast do wysokości wynagrodzenia netto pracownika należy doliczyć szereg innych kosztów, których Konsorcjum SZADEK nie uwzględniło w kalkulacji jak: koszty podatku dochodowego, koszty składek obciążających pracodawcę i pracownika, koszty PPK, koszty urlopów wypoczynkowych pracowników, koszty zwolnień lekarskich pracowników.

Odwołujący podkreślił, że przy stawce wynagrodzenia pracownika wynoszącej 50 zł netto na godzinę, koszt zatrudnienia pracownika (uwzględniający ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczanie chorobowe, ubezpieczenie zdrowotne, ubezpieczenie wypadkowe, Fundusz Pracy, FGŚP i zaliczkę na podatek dochodowy), wyniesie około 81,85 zł. Dodał, że kwota ta nie uwzględnia takich dodatkowych kosztów wynagrodzeń jak: koszty zapewnienia zastępstwa pracownika w okresie urlopu wypoczynkowego, kosztów zapewnienia zastępstwa pracownika w okresie zwolnienia chorobowego, kosztów PPK, kosztów ewentualnego dodatku za pracę w godzinach nadliczbowych.

7) nieuwzględnienie kosztów pośrednio związanych z zaangażowaniem kosztów kierowników robót i inspektorów

Odwołujący zauważył, że Konsorcjum SZADEK uwzględniło w zaoferowanej cenie konieczność zatrudnienia osób pełniących funkcje kierowników robót i inspektorów. Jednak w cenie uwzględniono jedynie konieczność zapłaty wynagrodzenia wskazanych osób, nie uwzględniono zaś kosztów związanych z obecnością wskazanych osób w miejscu wykonywania robót, tj. kosztów takich jak dojazdy tych osób, czy też noclegi.

8) brak zawarcia w kalkulacji ceny w likwidacji przyłącza energetycznego oraz wywozu i utylizacji urządzeń elektronicznych oraz szaf teletechnicznych przygotowania dokumentacji niezbędnej do rozpoczęcia procesu utylizacji, dokumentacji po dokonaniu utylizacji oraz kart BDO

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach Konsorcjum SZADEK przy pozycjach Likwidacja przyłącza energetycznego oraz Wywóz i utylizacja urządzeń elektronicznych oraz szaf teletechnicznych nie zostało wskazane wkalkulowanie kosztów związanych z roboczogodzinami poświęconymi na przygotowanie dokumentacji niezbędnej do rozpoczęcia procesu utylizacji, dokumentacji po dokonaniu utylizacji oraz kart przekazania odpadów w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami. Konsorcjum SZADEK w kalkulacji ceny przyjęło jedynie koszty przyjęcia odpadów do zagospodarowania.

9) nieprawidłowa kalkulacja ceny rozbiórki i utylizacji Lokalizacji IP KSPO z Przyłączami Energetycznymi

Odwołujący przedstawił w formie tabelarycznego zestawienia sposób w jaki Konsorcjum SZADEK skalkulowało koszty wykonania robót dla poszczególnych pozycji dot. Rozbiórki i utylizacji Lokalizacji IP KSPO.

Odwołujący zauważył przy tym, że już z samych nazw zestawionych pozycji wynika, że różnią się one zakresem zadań do zrealizowania. Pozycja nr 1 obejmuje bowiem jedynie rozbiórkę i utylizację Lokalizacji IP KSPO z Przyłączami Energetycznym. Natomiast pozycja nr 3 obejmuje rozbiórkę i utylizację Lokalizacji IP KSPO w jednym kierunku ruchu

oraz demontaż i utylizacja sprzętu wchodzącego w skład tych lokalizacji w drugim kierunku, z kolei pozycja nr 4 obejmuje rozbiórkę i utylizacja Lokalizacji IP KSPO bez Przyłączy Energetycznych w jednym kierunku ruchu oraz demontaż i utylizacja sprzętu wchodzącego w skład tych lokalizacji w drugim kierunku.

Tymczasem z wyjaśnień Konsorcjum SZADEK wynika, że wykonawca przyjął za podstawę wyliczeń identyczne czynniki, zmieniając jedynie liczbę lokalizacji w wyliczeniach. Zdaniem Odwołującego, z uwagi na fakt, że każde z powyższych zadań obejmuje inny zakres czynności należy uznać za absurdalne działanie wykonawcy w zakresie w jakim cena zaoferowana przez wykonawcę w poz. 1, który obejmuje mniejszy zakres robót do realizacji, jest o wiele wyższa, niż cena przewidziana w przypadku realizacji zadań poz. 3 i poz. 4, które obejmują dodatkowo również demontaż sprzętu w drugim kierunku. Takie zachowanie ewidentnie świadczy o dokonaniu przez Konsorcjum SZADEK nienależytej kalkulacji kosztów wykonania zamówienia i zakresu robót do wykonania.

Odwołujący dodał, że Konsorcjum SZADEK w kalkulacji w pkt 3 i pkt 4 w wyjaśnieniach nie uwzględnił kosztów podnośnika koszowego, który jest niezbędny do zdemontowania okablowania bramownicy, ponieważ nie może ona być w inny sposób zdemontowana.

10) nieuwzględnienie kosztów zaangażowania sprzętu w postaci podnośnika koszowego

Odwołujący stwierdził, że z treści wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum SZADEK wynika, że wykonawca ten w ogóle nie uwzględnił kosztów związanych z użyciem bądź wynajmem podnośnika koszowego, który jest niezbędny do przeprowadzenia demontażu urządzeń z kierunku, w którym konstrukcja nie zostaje demontowana, jak również nie uwzględnił kosztów wynajęcia bądź użycia podnośnika koszowego przy pracach rozbiórkowych. Jednocześnie Odwołujący zauważył, że użycie tego sprzętu jest niezbędne do zapewnienia pracownikom bezpiecznego przeprowadzenia prac rozbiórkowych.

4. Zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych przez Barosz-Gwimet i załączników do wyjaśnień

W zakresie powyższego zarzutu Odwołujący podnosił, że Wykonawca Barosz-Gwimet w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny dokonał nieskutecznego zastrzeżenia wyjaśnień oraz załączników złożonych wraz z wyjaśnieniami jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący stwierdził, że aby informacja stanowiła tajemnicę przedsiębiorstwa powinna łącznie spełniać przesłanki wymienione w art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk"). W przypadku braku którejkolwiek przesłanki nie jest możliwe uznanie danych informacji za stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Dla skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa niezbędne jest uzasadnienie takiego zastrzeżenia. Uzasadnienie, aby doprowadziło do skutecznego zastrzeżenia tajemnicy, nie powinno zawierać jedynie ogólnikowych stwierdzeń co do zasadności zastrzeżenia wybranych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący podnosił, że analiza wyjaśnień Barosz-Gwimet prowadzi do wniosku, że wykonawca ten dokonał uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w sposób bardzo ogólny. Brak jest w wyjaśnieniach Barosz-Gwimet jakiegokolwiek szczegółowego uzasadnienia w zakresie powodów objęcia konkretnych informacji, zawartych w treści złożonych wyjaśnień oraz dołączonych do nich załączników, tajemnicą przedsiębiorstwa. Brak jest również konkretnego wskazania, jakie informacje, które rzekomo nie mogą zostać ujawnione, zawierają zastrzeżone wyjaśnienia. Uzasadnienie zastrzeżenia nie wskazuje w sposób należyty przyczyn konieczności objęcia konkretnych informacji zawartych w treści złożonych wyjaśnień oraz dołączonych do nich załączników tajemnicą przedsiębiorstwa.

Odwołujący dodał, że samo przekonanie Barosz-Gwimet o wartości gospodarczej zastrzeżonych wyjaśnień jest niewystarczające. Wartość gospodarcza informacji, które wykonawca chce zastrzec jako tajemnicę przedsiębiorstwa musi posiadać walor obiektywny. Odwołujący zauważył ponadto, że zastrzeżone informacje, w tym kalkulacje, zostały sporządzone jedynie na potrzeby niniejszego zamówienia. Nie są to zatem informacje mające charakter uniwersalny, które konkurencyjni wykonawcy mogliby wykorzystać w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia.

W ocenie Odwołującego, Barosz-Gwimet nie wykazał, aby jakiekolwiek informacje zastrzegane przez niego jako tajemnica przedsiębiorstwa, zarówno w treści samych wyjaśnień, jak i załącznikach do nich dołączonych, posiadały wartość gospodarczą. Wykonawca ten nie wskazuje na żadne konkretnie określone okoliczności uzasadniające zasadność dokonania zastrzeżenia części wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a jedynie przedstawia ogólne uzasadnienie zastrzeżenia, które to nie może być uznane za wykazujące konkretną wartość gospodarczą zastrzeganych informacji.

Ponadto, Odwołujący podnosił, że wykonawca ten nie wydzielił nawet dokładnego zakresu informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, gdyż użyte przez niego sformułowanie *„w znajdującej się poniżej części wyjaśnień podlegających zastrzeżeniu jako tajemnica przedsiębiorstwa*" jest zbyt ogólne.

Odwołujący zauważył także, iż wykonawca Barosz-Gwimet powołuje się również na zawierane umowy o zachowaniu poufności z kontrahentami, uwzględnianie odpowiednich klauzul o ochronie informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w treści umów handlowych oraz stosowane w praktyce przedsiębiorcy zasady udostępniania informacji, jednakże – w ocenie Odwołującego - są to twierdzenia gołosłowne, nie poparte żadnymi dowodami.

Odwołujący wskazał, że wyceny ofert kontrahentów nie mają charakteru uniwersalnego, bowiem zostały stworzone na potrzeby konkretnego zamówienia i nie posiadają one wartości gospodarczej, uzasadniającej zastrzeżenie ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że skuteczność zastrzeżenia informacji składanych przez wykonawców w postępowaniu zależy od złożonego przez nich uzasadnienia zastrzeżenia. Tymczasem wykonawca Barosz-Gwimet przytacza w głównej mierze poglądy orzecznictwa oraz ogólnikowe twierdzenia rzekomo potwierdzające istotność informacji zastrzeżonych.

W oparciu o powyższe Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

Sygn. akt: KIO 2742/24

Sygn. akt: KIO 2743/24

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest rozbiórka i utylizacja lokalizacji Infrastruktury Przydrożnej Krajowego Systemu Poboru Opłat.

Wartość zamówienia opiewa na kwotę: 55 329 501,83 zł, w tym zamówienie podstawowe: 52 182 885,17 zł i prawo opcji: 3 146 616,66 zł, co stanowi łącznie równowartość 12 423 545,41 euro.

Pismami z dnia 6 marca 2024 roku Zamawiający wezwał m.in. wykonawcę „BAROSZ -GWIMET" i Konsorcjum SZADE do udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oferty. Treść wezwania była następująca.

„Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), zwaną dalej „Ustawą", w celu ustalenia, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wobec powstałych wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, żąda od Państwa wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia, dla każdego podpunktu poniżej:
1) Ceny całkowitej oferty;
2) Ceny brutto wynagrodzenia za przedmiot zamówienia w zakresie § 2 ust. 1 PPU, tj. zamówienie podstawowe;
3) Ceny brutto wynagrodzenia za przedmiot zamówienia w zakresie § 2 ust. 2 PPU, tj. prawo opcji;
4) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 1;
5) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 2;
6) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 3;
7) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 4;
8) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 5;
9) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 6.
10) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 7.
11) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 8;
12) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 10
13) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 11.".

W dalszej części wezwania Zamawiający podkreślał, że:

„Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Ze złożonych wyjaśnień powinno wynikać jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, tj. jakie konkretne okoliczności i w jaki sposób wpłynęły na obniżenie ceny. Wobec powyższego należy dołożyć należytej staranności w przygotowaniu powyższych wyjaśnień.

Wyjaśnienia wraz z dowodami muszą zostać podpisane przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania i składania wyjaśnień w imieniu Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy, albo przez osobę umocowaną (na podstawie

pełnomocnictwa) przez osoby uprawnione.".

Jednocześnie w tym samym wezwaniu Zamawiający odniósł się do kwestii zastrzegania jako tajemnicy przedsiębiorstwa złożonych wyjaśnień. Mianowicie wyjaśnił, iż:
4. W przypadku zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa przedmiotowego wyjaśnienia, Wykonawca musi w szczególności zastosować przepisy art. 18 ust. 3 Ustawy: „Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa", a także:
1) wraz z przekazaniem informacji zastrzeżonych, jako tajemnica przedsiębiorstwa Wykonawca musi wykazać spełnienie przesłanek określonych w art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym pożądane jest załączenie dowodów świadczących o sposobie zabezpieczenia informacji objętej tajemnicą przedsiębiorstwa, np. klauzul poufności, wyciągów z regulaminów i umów, dowodów świadczących o wartości zastrzeżonych informacji dla wykonawcy, itp. Zastrzeżenie przez Wykonawcę tajemnicy przedsiębiorstwa bez uzasadnienia będzie traktowane przez Zamawiającego jako bezskuteczne;
2) w przypadku braku zastrzeżenia oraz wykazania, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, Zamawiający uzna, iż nie została spełniona przesłanka podjęcia niezbędnych działań w celu zachowania ich poufności i dane te, od momentu przesłania „Informacji o odtajnieniu" zostaną potraktowane jako jawne.
3) Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w myśl jednolitej linii orzeczniczej KIO, uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie może być chronione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Wynika to m.in. z wyroku Izby z dnia 28.12.2021 r. o sygn. akt KIO 3513/21, w którym stwierdzono: „Podkreślenia wymaga jednak, że samo uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy nie może być objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, jak uczynił to (…). Izba wielokrotnie podkreślała w swoich orzeczeniach, że samo uzasadnienie jest elementem jawnym, ma ono służyć weryfikacji prawidłowości wykazania przez wykonawcę objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa składnych dokumentów. Z tych względów objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa samego uzasadnienia nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a zatem jako takie należy je uznać za bezskuteczne".
4) Zgodnie z pkt 12.7.2 SWZ: „Wszelkie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, które Wykonawca zastrzeże jako tajemnicę. przedsiębiorstwa, przekazuje się w wydzielonym i odpowiednio oznaczonym pliku na Platformie".

Wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia, przy czym wykonawca „BAROSZ-GWIMET"
zastrzegł częściowo informacje w nich zawarte jako zawierające tajemnicę przedsiębiorstwa (co też jest przedmiotem jednego z zarzutów w sprawie KIO 2743/24).

Obaj wykonawcy zostali też wezwani do doprecyzowania wybranych kwestii z wyjaśnień w sprawie zaoferowanej ceny.

Wyjaśnienia w odpowiedzi na powyższe wezwanie również zostały złożone.

Ponadto, Izba ustaliła, że Zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia (pkt 9.1.4.1.SWZ) i wskazał, że:
Wykonawca spełni warunki
9.1.4.1. jeżeli wykaże się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 7 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem co najmniej jednej umowy lub wielu umów spełniających warunki:
1. każda z umów musi obejmować łącznie:
a) opracowanie i uzyskanie u zarządcy drogi zatwierdzenia: Projektów Czasowej Organizacji Ruchu (COR) na czas prowadzenia robót lub Projektów Stałej Organizacji Ruchu (SOR) dla każdego obiektu budowlanego lub urządzenia, o którym mowa w pkt 9.1.4.1.1.2 oraz
b) wykonanie robót w zakresie budowy lub usunięcia i utylizacji: obiektów budowlanych lub urządzeń wraz z ich konstrukcjami nośnymi i fundamentami, na których są posadowione, znajdujących się w pasie drogowym,
2. wszystkie umowy muszą obejmować wykonie robót w zakresie budowy lub usunięcia i utylizacji łącznie co najmniej 40 odpowiednio obiektów budowlanych lub urządzeń znajdujących się w pasie drogowym, o których mowa w pkt 9.1.4.1.1.2 SWZ.".

Wykonawca „BAROSZ-GWIMET" przedstawił Wykaz robót budowlanych w których powołał się na realizację:
1. Wykonanie prac związanych z zaprojektowaniem i wdrożeniem systemów zarządzania i bezpieczeństwa tunelu oraz systemu zarządzania ruchem w ramach umowy nr 344/SUB/011/2011 pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S2 – Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska" do węzła „Lubelska" w zakresie zadania: „A" od węzła Puławska (bez węzła) do węzła Przyczółkowa (bez węzła) o długości ok. 4,6 km." – realizowaną na rzecz Webuild

S.P.A. S.A. z siedzibą w Warszawie oraz na:
2. Rozbudowa Elektronicznego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych Viatoll Zamówienie realizowaną na rzez System – Barosz-Gwimet sp. z o.o.

Pismem z dnia 22 lipca 2024 roku Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Barosz-Gwimet Sp. z o.o.

W dniu 1 sierpnia 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: D.S. „SZADEK" i G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wnieśli odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24.

Także w dniu 1 sierpnia 2024 roku wykonawca BIT sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO 2743/24.

Zamawiający złożył odpowiedzi na ww. odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości.

W dniu 7 sierpnia 2024 roku wykonawca BIT Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24.

W dniu 7 sierpnia 2024 roku wykonawca Barosz-Gwimet Sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach (dalej jako: „BAROSZ_GWIMET") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 2743/24.

Także w dniu 7 sierpnia 2024 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. D.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: D.S. „SZADEK" i 2. G&P Team sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 2743/24.

Izba stwierdziła, że zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego ww. Wykonawców spełniają wymagania określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp .

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 2742/24 oraz KIO 2743/24 i uwzględniając dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody i stanowiska Stron i Uczestników postępowań odwoławczych, złożone na pismach i podane do protokołu rozprawy zważyła, co następuje.

Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie obu Odwołujących interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez nich szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem któregokolwiek z odwołań, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, że odwołania w sprawach o sygn. akt: KIO 2742/24 oraz KIO 2743/24 należało uwzględnić w części dotyczącej zarzutu, który był wspólny dla obu tych odwołań, a mianowicie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" sp. z o.o. z siedzibą w Marklowicach (dalej jako: „BAROSZ-GWIMET") na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

W ocenie Izby potwierdził się również zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa treści złożonych wyjaśnień wraz z załącznikami w zakresie wysokości zaoferowanej ceny złożonych przez „BAROSZ-GWIMET" podnoszony w sprawie o sygn. akt: KIO 2743/24, jednakże podlegał on oddaleniu, gdyż stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.

Pozostałe zarzuty Izba uznała za bezzasadne i oddaliła odwołania w tym zakresie.

Odnosząc się do zarzutu wspólnego dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, tj.:
- zarzutu numer 2 w odwołaniu o sygn. akt: KIO 2742/24 oraz
- zarzutu numer 1 lit. a) w odwołaniu o sygn. akt: KIO 2743/24,'
który w ocenie Izby okazał się uzasadniony, należy stwierdzić co następuje.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego, wskazanego w punkcie 16

odpowiedzi na odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24, o pominięcie twierdzeń i dowodów Odwołującego, które zostały wywiedzione z dokumentów, w których posiadanie w sposób nieuprawniony (w ocenie Zamawiającego) wszedł Odwołujący, tj. wyjaśnień RNC wykonawcy – „BAROSZ-GWIMET"ą w konsekwencji o oddalenie na tej podstawie zarzutu numer 1 i 2 odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24.

Wniosek ten w ocenie Izby wydaje się nielogiczny, skoro Odwołujący wszedł w posiadanie tych dokumentów w związku z ich udostępnieniem przez samego Zamawiającego (okoliczność przeciwna nie została wykazana). Zamawiający wyjaśniał, że zastrzeżone fragmenty zostały „zaczernione", niemniej jednak jak wskazywał Odwołujący, mógł on je odczytać bez żadnych dodatkowych programów. Podkreślić też należy, że kwestia tego czy Odwołujący wszedł w posiadanie tych informacji w sposób uprawniony czy też nie może ewentualnie podlegać badaniu w postępowaniu sądowym. Dokumenty te stanowią część dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, która i tak podlega badaniu przez Izbę.

Tym samym, powyższy wniosek, Izba uznała za całkowicie bezzasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Natomiast stosownie do art. 224 ust. 1 – 6 ustawy Pzp:
1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.
2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:
1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;
2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.
3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:
1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.
4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.
5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.
6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Jak z wynika z powyżej powołanych przepisów prawa, to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu. W przypadku zaś braku żądanych wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub w przypadku oceny, że złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, oferta podlega odrzuceniu, analogicznie jak oferta z rażąco niską ceną lub kosztem.

W niniejszej sprawie, niewątpliwie ziściły się przesłanki, o których mowa w art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp obligujące Zamawiającego do żądania od wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny oferty Jednocześnie podkreślić należy, że wezwanie Zamawiającego dość szczegółowo określało zakres żądanych wyjaśnień oraz nakładało na wykonawcę obowiązek złożenia dowodów (co też zostało podkreślone w treści wezwania). Zamawiający w treści wezwania nie ograniczył się tylko i wyłącznie do ogólnikowego żądania wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lecz wypunktował, iż:
„Zamawiający, działając na podstawie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, z późn. zm.), zwaną dalej „Ustawą", w celu ustalenia, czy oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz wobec powstałych wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, żąda od Państwa wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia, dla każdego podpunktu poniżej:
1) Ceny całkowitej oferty;
2) Ceny brutto wynagrodzenia za przedmiot zamówienia w zakresie § 2 ust. 1 PPU, tj. zamówienie podstawowe;
3) Ceny brutto wynagrodzenia za przedmiot zamówienia w zakresie § 2 ust. 2 PPU, tj. prawo opcji;
4) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 1;
5) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 2;
6) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 3;
7) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 4;
8) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 5;
9) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 6.
10) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 7.
11) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 8;
12) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 10
13) Wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 11.".

W dalszej części wezwania Zamawiający podkreślał, że:
„Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na Wykonawcy. Ze złożonych wyjaśnień powinno wynikać jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, tj. jakie konkretne okoliczności i w jaki sposób wpłynęły na obniżenie ceny. Wobec powyższego należy dołożyć należytej staranności w przygotowaniu powyższych wyjaśnień.
Wyjaśnienia wraz z dowodami muszą zostać podpisane przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania i składania wyjaśnień w imieniu Wykonawcy, zgodnie z formą reprezentacji Wykonawcy określoną w rejestrze sądowym lub innym dokumencie, właściwym dla danej formy organizacyjnej Wykonawcy, albo przez osobę umocowaną (na podstawie pełnomocnictwa) przez osoby uprawnione.".

Jak wynika z powyższego, Zamawiający w precyzyjny sposób opisał w jakim zakresie żąda wyjaśnień (tj. w zakresie wyliczenia, dla każdego ze wskazanych przez niego podpunktów). Ponadto, dwukrotnie – w treści przedmiotowego wezwania – odniósł się do obowiązku złożenia wyjaśnień wraz z dowodami (przy czym podkreślił frazy: *„złożenia dowodów", „Wyjaśnienia wraz z dowodami"*). Zamawiający zwrócił też uwagę na konieczność dołożenia należytej staranności w przygotowaniu wyjaśnień, wynikającą z obowiązku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Nie ulega wątpliwości, że wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty, składane przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia, powinny być nie tylko rzeczowe, wyczerpujące i poparte dowodami, lecz także powinny być adekwatne do treści wezwania.

Podkreślić też należy z całą stanowczością, a co już zostało wskazane powyżej i, co też wynika z powołanych powyżej przepisów prawa, iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Realizacja zaś tego obowiązku wymaga od wykonawcy należytej staranności, co też podkreślał Zamawiający w treści wezwania.

Mając na uwadze powyżej poczynione uwagi, Izba stwierdziła, że złożone przez wykonawcę „BAROSZ-GWIMET" wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny oferty, w tym w szczególności w zakresie – *„ceny brutto wynagrodzenia za przedmiot zamówienia w zakresie § 2 ust. 2 PPU, tj. prawo opcji"* oraz w zakresie *„wartości brutto wskazanej w formularzu cenowym w kolumnie 10 lp. 11"* (wyszczególnionych w treści wezwania Zamawiającego), nie potwierdzają prawidłowości kalkulacji ceny oferty.

Wykonawca „BAROSZ-GWIMET" w istocie nie wyjaśnił sposobu skalkulowania ceny w zakresie objętym prawem opcji, nie przedstawił dowodów w tym zakresie, a złożone wyjaśnienia w tym zakresie trudno uznać za wiarygodne.

Po pierwsze, zauważyć należy, że wyjaśnienia w tym zakresie są lakoniczne, ogólnikowe i nie poparte jakimikolwiek dowodami.

Wyjaśniając wartość wskazaną w formularzu cenowym (stanowiącym załącznik A1 do formularza ofertowego) w kolumnie 10 poz. 11 wykonawca wskazywał:
„W zakresie § 2 ust. 2 pkt 2 Umowy, tj. działania w przypadku wystąpienia uszkodzenia Lokalizacji IP KSPO na skutek działania osób trzecich lub sił przyrody jako Wykonawca z 10 (dziesięcioletnim) doświadczeniem podczas prowadzonych prac związanych z budową bramownic i ich rozbiórką, Wykonawca zakłada, iż może dojść do około 2 uszkodzeń w którejkolwiek lokalizacji. W takim przypadku Wykonawca pokryje niezbędne koszty z zasobów własnych".

Zatem, niewątpliwie wyjaśnienia w tym zakresie są ogólnikowe i tylko wskazują na liczbę zakładanych przez wykonawcę potencjalnych zdarzeń, których dotyczy pozycja 11 formularza cenowego. Jednocześnie w żaden sposób nie zostało wyjaśnione/ wykazane, dlaczego wykonawca przyjął do kalkulacji ceny oferty w tym zakresie cenę jednostkową za 1 kpl – 5 000,00 zł.

Po drugie, w złożonych wyjaśnieniach wykonawca „BAROSZ-GWIMET" podnosił, iż na podstawie własnego doświadczenia przyjął, że może dojść do około 2 uszkodzeń w którejkolwiek lokalizacji. Natomiast w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do oferty, wartość brutto dla pozycji 11 – zgodnie z założeniami Zamawiającego, opisanymi w SWZ – została obliczona przy uwzględnieniu maksymalnej liczby takich zdarzeń (30), która jest możliwa do zlecenia w ramach prawa opcji. Tym samym, należy stwierdzić, iż wyjaśnienia wyliczenia zaoferowanej ceny w tym zakresie nie przystają w żaden sposób do formularza cenowego i nie potwierdzają prawidłowości dokonanej kalkulacji w tym zakresie. A przecież - co należy raz jeszcze podkreślić - wezwanie precyzowało zakres żądanych wyjaśnień, w tym w zakresie prawa opcji (zarówno w odniesieniu do pozycji 10, jak i 11 formularza cenowego), zaś wykonawca „BAROSZ-GWIMET" wezwany do złożenia takich wyjaśnień winień wykazać, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu.

Po trzecie, wykonawca „BAROSZ-GWIMET" w żaden sposób nie wyjaśnia założeń, które pozwoliły mu na przyjęcie oznaczonej ilości przypadków. Co więcej, w samych wyjaśnianiach wykonawca ten powołuje się na to, że w przypadku dojścia do uszkodzeń w którejkolwiek lokalizacji pokryje niezbędne koszty z zasobów własnych, co w ogóle wskazuje na świadome niedoszacowanie tej pozycji. Nie znalazła akceptacji lzby argumentacja, która wybrzmiała w toku rozprawy, iż wykonawca powołując się w wyjaśnieniach na „zasoby własne" nie miał na uwadze pokrycia finansowego ewentualnych dodatkowych kosztów, lecz po prostu zamierzał użyć „zasobów własnych" przy pracach powierzonych na podstawie § 2 ust. 2 pkt 2 Umowy. A to z tego prostego względu, że przeczy temu wyraźne sformułowanie użyte w wyjaśnieniach, iż: *„W takim przypadku Wykonawca pokryje niezbędne koszty z zasobów własnych".* Takie stwierdzenie oznacza nic innego, jak tylko i wyłącznie zamiar pokrycia ewentualnych kosztów (finansowych) z zasobów własnych. Tylko takie tłumaczenie jest logiczne i racjonalne. Pojęcie „zasobów własnych" nie zostało tutaj użyte w rozumieniu dysponowania własną kadrą, sprzętem, urządzeniami etc.

Po czwarte, brak szczegółowej kalkulacji dla tej pozycji, jak również brak jest jakichkolwiek dowodów w tym zakresie.

Wymaga także podkreślenia, że o ile wykonawca „BAROSZ-GWIMET" przedstawił szczegółową kalkulację dla pozostałych pozycji formularza cenowego (w ramach załącznika nr 1 do wyjaśnień), o tyle w zakresie prawa opcji (poz. 11), nie tylko nie przedstawił dowodów, ale też nie przedstawił szczegółowej kalkulacji, mimo że treść wezwania również odnosiła się odrębnie do prawa opcji w ogólności i w rozbiciu na poszczególne pozycje formularza cenowego.

Dodać należy, że wartość prawa opcji szacowana przez Zamawiającego opiewa na kwotę 3 146 616,66 zł, zaś wskazana w formularzu ofertowym wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" wartość to 209 100,00 zł (w tym dla poz. 11 – 184 500,00 zł, tj.: 30 x (5 000,00 + 1 150,00 zł VAT)). Jest to też kwota która znacząco różni się od wycen pozostałych wykonawców w odniesieniu do prawa opcji. Złożone wyjaśnienia nie potwierdzają w żaden sposób realności tej kwoty. Podobnie, znaczące są różnice w przypadku porównania wartości dotyczących poz. 10 formularza cenowego.

Ponadto, dodać należy, że wykonawca „BAROSZ-GWIMET" nie kwestionował w ramach środków ochrony prawnej zasadności wezwania Zamawiającego w tym zakresie. Także w toku postępowania odwoławczego nie padły argumenty, które przemawiałyby za niezasadnością wezwania w tym zakresie.

Zatem, wykonawca dochowując należytej staranności winien był złożyć wyjaśnienia spójne, logiczne i wyczerpujące o zakresie i stopniu szczegółowości adekwatnym do treści wezwania, a tego – co zostało wywiedzione powyżej - nie uczynił.

Ponadto, Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24 w ramach przedmiotowego zarzutu podnosił jeszcze

inne okoliczności, które częściowo potwierdzały dodatkowo jego zasadność. Przykładowo Odwołujący ten zwracał uwagę na różną wycenę tych samych prac w przypadku różnych pozycji formularza cenowego (koszt robocizny w przypadku rozbiórki fundamentów, czy koszt transportu fundamentów), wskazując tym samym na niedoszacowanie oferty w zakresie prawa opcji, wynikające choćby z analizy poszczególnych pozycji szczegółowej kalkulacji, stanowiącej załącznik nr 1 do wyjaśnień. Izba jednocześnie nie neguje, że zakres i charakter robót z zamówienia podstawowego w danych pozycjach mógł się znacząco różnić w stosunku do zamówienia wynikającego z prawa opcji, niemniej jednak brak odniesienia się przez wykonawcę w treści wyjaśnień do tych kwestii. Przy czym w odniesieniu do pozycji 10 formularza cenowego została przedstawiona jedynie kalkulacja, bez jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień.

Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24 słusznie też zwrócił uwagę – w ramach przedmiotowego zarzutu - na niespójność treści wyjaśnień z przedstawioną kalkulacją szczegółową w zakresie zakładanej liczby pracowników.

Natomiast jeśli chodzi o koszty pracy, w tym w szczególności liczbę roboczogodzin, czy stawkę za 1 roboczogodzinę przyjętą do obliczeń, jak i inne okoliczności związane z tymi kosztami (kwestie nadgodzin, wynagrodzenia urlopowego, chorobowego itp.), to stwierdzić należy, że Odwołujący nie wykazał, że przyjęte w tym zakresie przez wykonawcę „BAROSZ-GWIMET" założenia kalkulacyjne, są nierealne.

Dodać należy, że Odwołujący ten nie podważył też w sposób skuteczny założeń przyjętych przez Wykonawcę „BAROSZ-GWIMET" odnośnie kosztów czasowej organizacji ruchu. Twierdzenia w tym zakresie opierał na własnej wiedzy i doświadczeniu i odnosił do własnej kalkulacji, wskazując, że za cenę podaną przez wykonawcę „BAROSZ-GWIMET" Odwołujący wykonuje zabezpieczenia w 1 kierunku ruchu, stąd też wnioskował, że niemożliwe jest wprowadzenie zabezpieczenia w obu kierunkach jednocześnie. W ocenie Izby ta okoliczność nie została wykazana przez Odwołującego.

Niezależnie od poczynionych powyższej zastrzeżeń w kwestii przyjętej argumentacji przez Odwołującego, Izba stwierdziła, że wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę „BAROSZ-GWIMET" nie powinny zostać pozytywnie ocenione przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła oba odwołania w powyższym zakresie i nakazała odrzucenie oferty wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie pozostałych zarzutów podnoszonych przez obu Odwołujących odwołania podlegały oddaleniu z następujących przyczyn.

Sygn. akt: KIO 2742/24

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 15 ust. 1 pkt 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „BAROSZ-GWIMET", której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji z uwagi na manipulowanie ceną i kosztami i zaniżenie ceny i kosztów (zarzut nr 1 odwołania) – jest bezzasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Stosownie do art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211), dalej jako: „uznk", czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk: czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Oddalając powyższy zarzut Izba wzięła pod uwagę fakt, że Odwołujący nie wykazał ziszczenia się wszystkich przesłanek warunkujących uznanie, że działanie Wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" nosiło znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący w tej kwestii przytoczył bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, lecz jego argumentacja odnosząca się do oferty złożonej przez wykonawcę „BAROSZ-GWIMET" jest niewystarczająca i nieprzekonująca. A to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie. W szczególności Odwołujący nie wykazał, że wykonawca „BAROSZ-GWIMET" w istocie dopuścił się manipulowania ceną i dokonał przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami. Odwołujący nie wykazał pomiędzy jakimi pozycjami rzekomo były przerzucane koszty oraz nie wykazał, że wykonawca „BAROSZ-GWIMET" dopuścił się dumpingu cenowego. Brak jakichkolwiek dowodów, czy choćby kalkulacji pochodzącej ze strony Odwołującego w tym zakresie, oprócz powołania się na treść wyjaśnień samego wykonawcy, a dotyczących wyliczenia ceny oferty, złożonych na wezwanie Zamawiającego. Brak wreszcie wykazania przez Odwołującego, że takie działanie wykonawcy było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i

jednocześnie zagrażało lub naruszało interes innego wykonawcy czy Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

II. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „BAROSZ-GWIMET" pomimo że podmiot ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia i w związku z zarzutem zawartym powyżej; ewentualnie zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w Postępowaniu lub wyjaśnień (zarzut nr 3 odwołania) – jest bezzasadny.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast stosownie do art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp

Zgodnie zaś z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp:
1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

(…)

4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Izba za bezzasadny uznała także zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Zamawiający w tym postępowaniu postawił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia (punkt 9.1.4.1. SWZ), zgodnie z którym wykonawcy winni byli wykazać się wykonaniem co najmniej jednej umowy lub wielu umów spełniających warunki:
1. każda z umów musi obejmować łącznie:
a) opracowanie i uzyskanie u zarządcy drogi zatwierdzenia: Projektów Czasowej Organizacji Ruchu (COR) na czas prowadzenia robót lub Projektów Stałej Organizacji Ruchu (SOR) dla każdego obiektu budowlanego lub urządzenia, o którym mowa w pkt 9.1.4.1.1.2 oraz
b) wykonanie robót w zakresie budowy lub usunięcia i utylizacji: obiektów budowlanych lub urządzeń wraz z ich konstrukcjami nośnymi i fundamentami, na których są posadowione, znajdujących się w pasie drogowym,
2. wszystkie umowy muszą obejmować wykonie robót w zakresie budowy lub usunięcia i utylizacji łącznie co najmniej 40 odpowiednio obiektów budowlanych lub urządzeń znajdujących się w pasie drogowym, o których mowa w pkt 9.1.4.1.1.2 SWZ.".

Wykonawca „BAROSZ-GWIMET" przedstawił Wykaz robót budowlanych w których powołał się na realizację dwóch umów, a mianowicie:

1. Wykonanie prac związanych z zaprojektowaniem i wdrożeniem systemów zarządzania i bezpieczeństwa tunelu oraz systemu zarządzania ruchem w ramach umowy nr E344/SUB/011/2011 pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S2 – Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska" do węzła „Lubelska" w zakresie zadania: „A" od węzła Puławska (bez węzła) do węzła Przyczółkowa (bez węzła) o długości ok. 4,6 km." – realizowaną na rzecz Webuild S.P.A. S.A. z siedzibą w Warszawie oraz na:
2. Rozbudowa Elektronicznego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych Viatoll Zamówienie- realizowaną na rzez System – Barosz-Gwimet sp. z o.o.

Odwołujący zakwestionował fakt realizacji przez wykonawcę „BAROSZ-GWIMET" czynności w ramach realizacj inwestycji: Rozbudowa Elektronicznego Systemu Poboru Opłat Elektronicznych Viatoll Zamówienie wskazując, że z informacji przez niego pozyskanych wynika, że wykonawca ten nie realizował tych czynności, nie był zgłoszonym dalszym podwykonawcą, brak jest informacji o udziale tego podmiotu w zadaniu, w szczególności zaś nie wykonał on opracowań projektów czasowej organizacji ruchu. Odwołujący zauważył, że w zadaniu tym uczestniczył wykonawca System–Barosz Gwimet sp. z o.o., który nie udostępnił wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" swojego doświadczenia.

Odnosząc się do powyższych twierdzeń, w tym miejscu należy zauważyć za Zamawiającym, że wykonawca „BAROSZ-GWIMET" w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniuw zakresie zdolności technicznej lub zawodowej przedstawił doświadczenie nabyte przy realizacji dwóch ww. umów, zaś Odwołujący w ramach odwołania kwestionował wyłącznie doświadczenie nabyte w ramach realizacji jednej z tych umów. Odwołujący nie kwestionował doświadczenia nabytego przy realizacji umowy: Wykonanie prac związanych z zaprojektowaniem i wdrożeniem systemów zarządzania i bezpieczeństwa tunelu oraz systemu zarządzania ruchem w ramach umowy nr E344/SUB/011/2011 pn.: „Projekt i budowa drogi ekspresowej S2 – Południowa Obwodnica Warszawy na odcinku od węzła „Puławska" do węzła „Lubelska" w zakresie zadania: „A" od węzła Puławska (bez węzła) do węzła Przyczółkowa (bez węzła) o długości ok. 4,6 km.".

Aby skutecznie wykazać spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu wystarczyło powołać się na drugą z robót wskazanych w Wykazie, która nie została zakwestionowana przez Odwołującego.

Tym samym, Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący braku spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie doświadczenia z tego też powodu okazał się bezzasadny.

Należy również podkreślić, że dodatkowa argumentacja zawarta w piśmie procesowym Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2024 roku - w ocenie Izby - stanowiła niedopuszczalne rozszerzenie podstaw faktycznych zarzutu (w szczególności jeśli chodzi o argumentację dot. drugiej z referencyjnych inwestycji).

III. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Barosz-Gwimet - jako złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji dotyczących spełniania warunku udziału w Postępowaniu (zarzut nr 4 odwołania) – jest bezzasadny.

Izba oddaliła przedmiotowy zarzut jako bezzasadny. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, przesłanek warunkujących uznanie opisanego działania wykonawcy „BAROSZ-GWIMET" za czyn nieuczciwej konkurencji, w szczególności nie wykazał, aby wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w kontekście potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Tym bardziej, że jak powyżej wspomniano, Odwołujący nie kwestionował doświadczenia wykonawcy, które ten nabył w ramach drugiej inwestycji. Nie sposób też twierdzić w takim przypadku, że wykonawca posłużył się nieprawdziwymi informacjami w celu uzyskania zamówienia.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24 podlega oddaleniu w zakresie zarzutów nr 1, 3 i 4 odwołania.

Sygn. akt: KIO 2743/23

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez wadliwą ocenę wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny i jej istotnych części składowych złożonych przez Konsorcjum SZADEK i uznanie ich za potwierdzające prawidłowość skalkulowania ceny przez Konsorcjum SZADEK, mimo że wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę potwierdzają, że zaoferowana cena i jej istotne części składowe są rażąco niska, wyjaśnienia są niewiarygodne, nierzetelne, niewystarczające, a cena zaoferowana przez Konsorcjum SZADEK nie uwzględnia wszystkich kosztów należytej realizacji zamówienia, a tym samym jednoznacznym jest, że wykonanie zamówienia za wskazaną cenę nie jest możliwe, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum SZADEK jako zawierającej rażąco niską cenę (zarzut nr 1 lit. b) odwołania) – jest bezzasadny.

Treść przepisów prawa, stanowiących podstawę prawną ww. zarzutu, została już przywołana powyżej w ramach odwołania w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/23.

Odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego w odniesieniu do oferty Konsorcjum SZADEK po pierwsze, zauważyć należy, że ceny ofert zarówno Odwołującego, jak i Konsorcjum SZADEK są bardzo zbliżone do siebie, czyli opiewają na kwotę nieco ponad 38 mln za zamówienie podstawowe i ponad 39 mln łącznie z prawem opcji.

Odwołujący wskazywał na poszczególne elementy wyjaśnień, które w jego ocenie powodują, że koszty oferty Konsorcjum SZADEK nie zostały właściwie oszacowane. Niemniej jednak wskazywane przez Odwołującego pewne założenia czy też koszty nie dowodzą nieprawidłowości wyjaśnień ceny oferty złożonej przez Konsorcjum SZADEK, ani że jest to cena rażąco niska.

Przykładowo w odniesieniu do kosztów przygotowania nowych projektów Tymczasowej Organizacji Ruchu (TOR) – twierdzenia Odwołującego dotyczące poziomu kosztów w tym zakresie pozostały w ogóle nieudowodnione, w

szczególności, w sytuacji gdy wykonawca dysponuje własnymi pracownikami, którzy mogą dostosować TOR do nowych lokalizacji, a zatem nie musi on tego zlecać firmom zewnętrznym.

Odnośnie zaniżenia kosztów utylizacji betonu – zgromadzone w sprawie dowody przeczą twierdzeniom Odwołującego i potwierdzają, że wskazana w wyjaśnieniach cena utylizacji betonu na poziomie 150 zł za 1 m3 jest możliwa do osiągniecia. I jest ona jak najbardziej rynkowa.

Argumentacja Odwołującego odnośnie braku należytej wyceny kosztów demontażu przyłączy w zakresie odnoszącym się do pozycji 7 formularza cenowego jest bezzasadna. Odwołujący wywodził, że dla tej pozycji wykonawca nie dysponował dedykowaną do tego zakresu ofertą handlową, a wycenę tej pozycji oparł na ofercie „WODKOL-BIS" sp. z o.o., która dotyczy innego zakresu, tj. zakresu z pozycji 1 – 3. Zdaniem Odwołującego przesądza to o tym, że Konsorcjum SZADEK nie skalkulowało prawidłowo kosztów usunięcia przyłącza w lokalizacjach wskazanych w poz. 7 Formularza cenowego. Izba nie zgadza się z taką argumentacją. Należy bowiem zauważyć, że Odwołujący nie wykazał, iż pozycja 7 formularza cenowego została przez Wykonawcę wyceniona w sposób nienależyty (że jest niedoszacowana). Sam fakt, nie załączenia oferty handlowej w tym zakresie, nie dowodzi, że cena miałaby być zaniżona. Z drugiej zaś strony – jak wskazywał Uczestnik postępowania – Konsorcjum SZADEK, pozycja 7 formularza cenowego nie obejmuje prac związanych z demontażem przyłączy.

Chybiony jest także zarzut nieuwzględnienia kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników, w tym w szczególności kosztów składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Odwołujący nie wykazał, że przyjęta przez wykonawcę – Konsorcjum SZADEK stawka wynagrodzenia pracownika wynosząca 50 zł netto na godzinę jest nierealna/nierynkowa. Kolejno Odwołujący wskazywał, że przy stawce wynagrodzenia pracownika wynoszącej 50 zł netto na godzinę, koszt zatrudnienia pracownika (uwzględniający ubezpieczenie emerytalne, ubezpieczenie rentowe, ubezpieczanie chorobowe, ubezpieczenie zdrowotne, ubezpieczenie wypadkowe, Funduszu Pracy, FGŚP i zaliczkę na podatek dochodowy), wyniesie około 81,85 zł, która to stawka wydaje się stawką zawyżoną, nawet przy uwzględnieniu kosztów pracodawcy.

Odnośnie kwestii kosztów w zakresie zaangażowania podnośnika koszowego - to jak wyjaśnił wykonawca – dysponuje on samochodami ciężarowymi z dźwigiem HDS i koszem, i nie ponosi z tego względu dodatkowych kosztów.

Także pozostałe argumenty podnoszone przez Odwołującego nie przekonują, że cena zaoferowana przez wykonawcę – Konsorcjum SZADEK nie została prawidłowo skalkulowana. Izba podziela stanowisko Uczestnika postępowania odwoławczego – Konsorcjum SZADEK, iż Odwołujący w żaden sposób skutecznie nie zakwestionował ceny zaoferowanej przez to Konsorcjum. Twierdzenia Odwołującego w tym zakresie są gołosłowne i opierają się wyłącznie na spekulacjach.

Reasumując, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że wyjaśnienia złożone przez Konsorcjum SZADEK nie są wiarygodne i nie potwierdzają możliwości zrealizowania zamówienia w kwocie zaoferowanej przez tego Wykonawcę.

II. Zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia Odwołującemu zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa całej treści złożonych wyjaśnień w zakresie wysokości zaoferowanej ceny złożonych przez Barosz-Gwimet i całej treści załączników do tych wyjaśnień, w terminie umożliwiającym Odwołującemu skuteczne kwestionowanie wyboru oferty Barosz-Gwimet jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (na innych podstawach niż wskazane w treści niniejszego odwołania), podczas gdy Barosz-Gwimet nie zastrzegł skutecznie treści wyjaśnień i załączników do wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, a ponadto zastrzeżone przez Barosz-Gwimet informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 74 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:
1. Protokół postępowania jest jawny i udostępniany na wniosek.
2. Załączniki do protokołu postępowania udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty albo unieważnieniu postępowania, z tym że:
1) oferty wraz z załącznikami udostępnia się niezwłocznie po otwarciu ofert, nie później jednak niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert, z uwzględnieniem art. 166 ust. 3 lub art. 291 ust. 2 zdanie drugie,
2) wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wraz z załącznikami udostępnia się od dnia poinformowania o wynikach oceny tych wniosków
- przy czym nie udostępnia się informacji, które mają charakter poufny, w tym przekazywanych w toku negocjacji lub dialogu.

Stosownie do art. 18 ust. 1 - 3 ustawy Pzp:

1. Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.
2. Zamawiający może ograniczyć dostęp do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko w przypadkach określonych w ustawie.
3. Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Zgodnie z art. 11 ust. 2 uznk: przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W ocenie Izby potwierdził się również powyższy zarzut naruszenia art. 74 ust. 1 i ust. 2 Pzp w zw. z art. 18 ust. 1 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechanie odtajnienia i udostępnienia zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa treści złożonych przez „BAROSZ-GWIMET" wyjaśnień wraz z załącznikami w zakresie wysokości zaoferowanej ceny.

Izba uznała, że wykonawca „BAROSZ-GWIMET" nie wykazał, że zastrzeżone przez niego informacje w istocie spełniają wszystkie przesłanki konieczne dla ich uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w świetle art. 11 ust. 2 uznk. W tym zakresie Izba w przeważającej mierze podziela argumentację przedstawioną przez Odwołującego. Uzasadnienie zastrzeżenia jest lakoniczne, ogólnikowe, oparte w większości na cytowaniu orzecznictwa. Jak zauważył Odwołujący, z lektury przedłożonego uzasadnienia nie da się tak naprawdę wywieść, jakie zagrożenie niosłoby za sobą odtajnienie tych informacji. Wykonawca nie wykazał, że przedstawiają one wartość gospodarczą uzasadniającą takie zastrzeżenie. Nie ulega wątpliwości, że brak wykazania wszystkich przesłanek, warunkujących ich uznanie za tajemnicę przedsiębiorstwa, powoduje bezskuteczność zastrzeżenia. Z taka sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu.

Jednakże z uwagi na dyspozycję art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba oddaliła ten zarzut, gdyż stwierdzone naruszenie pozostawało bez wpływu na wynik postępowania. Dodatkowo wskazać należy, że zarzut dotyczący zaniechania odtajnienia został sformułowany jako zarzut główny, podobnie jak zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę. Wyłącznie wniosek w tym zakresie został sformułowany jako wniosek ewentualny.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 2743/24 podlega oddaleniu w zakresie zarzutów nr 1 lit. b) i nr 2 odwołania.

O kosztach obu postępowań odwoławczych orzeczono stosownie do ich wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Natomiast stosownie do § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 ww. rozporządzenia:
2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:
1) odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, albo (…)
3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela:
1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła;
2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych, koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i inne uzasadnione wydatki.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt: KIO 2742/24 i 2743/24 kwoty po 20 000,00 zł uiszczone przez każdego z Odwołujących tytułem wpisu od odwołania, a także kwoty po 3 600 zł poniesione przez Odwołujących i Zamawiającego w ww. sprawach tytułem wynagrodzenia pełnomocników, a ponadto kwotę 69 zł poniesioną przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2742/24 tytułem dojazdu na rozprawę oraz kwotę 17 zł poniesioną przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 2743/24 tytułem opłaty skarbowej od złożonego pełnomocnictwa.

Izba, stosunkowo do wyniku każdego z postępowań odwoławczych (tj. stosunku liczby zarzutów uwzględnionych do oddalonych), obciążyła Strony kosztami:
- w sprawie KIO 2742/24 –kosztami postępowania obciążyła Odwołującego w części 3/4 oraz Zamawiającego w części 1/4 (jeden zarzut uwzględniony, a trzy oddalone) i:
- w sprawie KIO 2743/24 – kosztami postępowania obciążyła Odwołującego w części 2/3 oraz Zamawiającego w części 1/3 (jeden zarzut uwzględniony, a dwa oddalone).

Wobec powyższego:

- w sprawie KIO 2742/24 - Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 3 217,25 zł, stanowiącą należną Odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego;

- w sprawie KIO 2743/24 - Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 472,33 zł, stanowiącą należną Odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..

Członkowie: ……..

……...