

Sygn. akt: KIO 766/24

## WYROK

Warszawa, dnia 26 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2024 r. przez wykonawcę Inqubator sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. akt KIO 766/24 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 766/24 wykonawcy Tioman Group sp. z o.o. z siedzibą w Ostaszewie;

### orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Inqubator sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Inqubator sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu do odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Inqubator sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

**Przewodniczący.....**

Sygn. akt: KIO 766/24

### Uzasadnienie

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Poprawa bezpieczeństwa ruchu na przejściach dla pieszych województwa podkarpackiego z podziałem na części: Część 2. Poprawa BRD na przejściach dla pieszych na DK84 w województwie podkarpackim (zadanie 2)”, nr sprawy O/RZ.D-3.2411.13.2023.

Przedmiotowe zamówienie zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2003/S 200 627217.

W dniu 27 lutego 2024 r. Odwołujący: Inqubator sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Tioman Group sp. z o.o. z siedzibą w Ostaszewie, zwanego dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 6 marca 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dotyczącym Części 2 postępowania, zarzucając naruszenie:

(a) art. 226 ust. 1 pkt lit. c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.), zwanej ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który pomimo wezwania z dnia 17 stycznia 2024 r. skierowanego do niego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, a następnie wezwania z dnia 1 lutego 2024 r. skierowanego do niego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w obu przypadkach m.in. celem potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie wykazał zdolności zawodowych dotyczących osób w zakresie osoby proponowanej do pełnienia funkcji specjalisty ds. montażu oświetlenia ulicznego, obejmującej minimalne kwalifikacje zawodowe – uprawnienia do eksploatacji urządzeń, instalacji sieci na stanowisku eksploatacji E;

(b) art. 226 ust. 8 w zw. z art. 226 ust. 7 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Tioman Group sp. z o.o., którego wyjaśnienia zaoferowanej ceny nie stanowią odpowiedzi na wezwanie zamawiającego i nie uzasadniają podanych w ofercie kosztów jej istotnych części składowych wymienionych w pozycjach od II.1 do II.51 oraz pozycjach od III.1 do III.51 formularza 2.2.1 pn. Tabela wartości elementów zryczałtowanych dla części 2, a w rezultacie naruszenie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że wykonawca wykazał jakoby jego oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny lub kosztu a w konsekwencji:

(c) naruszenie art. 239 ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która podlega odrzuceniu.

Stawiając powyższe zarzuty, Odwołujący wnosil o merytoryczne rozpatrzenie niniejszego odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie zamawiającemu w zakresie dotyczącym Części 2 postępowania:

(a) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Tioman Group sp. z o.o. z dnia 27 lutego 2024 r. dotyczącej zamówienia pn. Poprawa bezpieczeństwa ruchu na przejściach dla pieszych województwa podkarpackiego z podziałem na części: Część 2. Poprawa brd na przejściach dla pieszych na DK84 w województwie podkarpackim (zadanie 2);

(b) odrzucenie oferty Tioman Group sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 8 w zw. z art. 226 ust. 7 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp;

a ewentualnie:

(c) wezwanie Tioman Group sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do uzupełnienia wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych kosztorysu szczegółowego robót zawierającego wszystkie elementy niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia;

(d) przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert.

Ponadto, Odwołujący wnosil o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów na okolicznosci wskazane w treści odwołania i o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący oświadczył, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, bowiem po zbadaniu i ocenie ofert przez zamawiającego oferta wykonawcy TIOMAN GROUP Sp. z o.o. została sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a oferta odwołującego została sklasyfikowana na czwartym miejscu.

W ocenie Odwołującego - jego oferta jest ważna i zgodna z oczekiwaniami zamawiającego. Będące przedmiotem odwołania czynności zamawiającego pozbawiają odwołującego realnej możliwości uzyskania zamówienia i osiągnięcia zakładanego zysku.

Odwołujący zwrócił uwagę, że status złożonych ofert oraz ich relacja do budżetu Zamawiającego przedstawia się następująco:

Część 2:

	Oferent	Cena zł brutto	Status	Podstawa (PZP)
1.	TIOMAN GROUP Sp. z o.o.	3 869 476,68		
2.	BROSS KUSEK I SOBECKI Sp. J.	4 002 899,70		
3.	SPIE Elbud Gdańsk S.A.	4 181 592,87		
4.	InQubator Sp. z o.o.	5 131 688,19		
	Budżet zamawiającego:	5 610 000,00		
5.	Przedsiębiorstwo Drogowe KONTRAKT Sp. z o.o.	5 707 200,00	odrzucona	art. 226 ust. 1 pkt 5

Tabela 1

Odwołujący zarzucił, że Wykonawca TIOMAN GROUP Sp. z o.o. nie wykazał warunku doświadczenia.

W związku z tym zarzutem Odwołujący zauważył, że odpowiadając na wezwanie z dnia 1 lutego 2024 r. wykonawca w ramach wykazu osób wskazał na p. S.O. jako specjalistę ds. montażu oświetlenia ulicznego, przywołał i załączył 1 oraz 4 stronę świadectwa kwalifikacji dozoru NR D/1243/16/23 oraz świadectwa kwalifikacji eksploatacji NR E/2922/716/23.

Zdaniem Odwołującego - z treści załączonych świadectw nie wynika jednak, aby zostały wystawione na rzecz p. S.O..

Wskazał, że szczegółowe zasady stwierdzenia posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci określa Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 1 lipca 2022 r., gdzie ustawodawca określił również wzór świadectwa kwalifikacyjnego, wskazując nawet z ilu stron składa się świadectwo, jakie ma wymiary, jaką czcionką ma być uzupełnione itd.

Według Odwołującego - nie ma innego sposobu wykazania kwalifikacji niż poprzez świadectwo kwalifikacji, a złożone przez wykonawcę 1 i 4 strona świadectwa kwalifikacji nie pozwalają na wykazanie spełnienia warunku doświadczenia zawodowego.

Argumentował, że gdyby wykonawca przedłożył niekompletne świadectwo kwalifikacji w odpowiedzi na wezwanie skierowane do niego na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wówczas zamawiający mógłby zastosować dyspozycję art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W opinii Odwołującego - w realiach niniejszej sprawy doszłoby jednak do naruszenia zasady jednokrotności wezwania.

Odwołujący zarzucił również, że Wykonawca TIOMAN GROUP Sp. z o.o. nie wyjaśnił zaoferowanej ceny.

Zaznaczył, że cena ofert została wyliczona w oparciu o tabelę wartości elementów zryczałtowanych odpowiednio dla każdej części w rozbiciu na każde przejście dla pieszych, sporządzoną na formularzu, którego wzór stanowił załącznik do IDW.

Wyjaśnił przy tym, że pismem z dnia 3 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał TIOMAN GROUP Sp. z o.o. do wyjaśnienia wysokości zaoferowanej ceny, jako że cena całkowita jest niższa o 31,03% od wartości zamówienia ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Wskazał, że w ramach wezwania zamawiający zwrócił się w szczególności o przekazanie:

- (a)kosztu opłat za wydanie opinii, uzgodnień, pozwoleń, wypisów i wyrysów z ewidencji itd. dla całości zadania;
- (b)kosztu pracy osób wykonujących prace projektowe dla całości zadania;
- (c)kosztu obsługi geodezyjnej dla całości zadania;
- (d)kosztu projektu i zabezpieczenia organizacji ruchu dla całości zadania;
- (e)kosztorysu szczegółowego robót zawierającego wszystkie elementy niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia (takie jak m.in. przewiert, układanie kabli, montaż uziomów, montaż i stawianie słupów oświetleniowych, montaż wysięgników, montaż opraw) wraz z ich cenami jednostkowymi, z którego wynikają wartości wyszczególnione w tabeli wartości elementów zryczałtowanych (TWEZ).

Odwołujący załączył do odwołania kalkulację przedłożoną przez wykonawcę TIOMAN GROUP Sp. z o.o. będącą następstwem wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca TIOMAN GROUP Sp. z o.o. załączył (3) oferty swoich kontrahentów na łączną kwotę 366 050,00 zł, stanowiącą niespełna 15% z sumy podanych kosztów (2 516 732,80 zł).

Zdaniem Odwołującego - żadna z pozycji wyszczególnionych przez wykonawcę TIOMAN GROUP Sp. z o.o., ani złożonych ofert nie obejmuje:

- (a)wykonania pomiarów istniejącego oświetlenia w celu weryfikacji, czy wymagana jest budowa strefy przejściowej;
- (b)wykonania projektów powykonawczych; oferta p. P.W. - jaką posiłkuje się wykonawca TIOMAN GROUP Sp. z

o.o. – stanowi: Wykonanie projektów branży elektrycznej, a dopiero dopiero wyjaśnienia wykonawcy TIOMAN GROUP Sp. z o.o. „poszerzają” zakres prac, jakie miałyby wykonać p. P.W..

W ocenie Odwołującego - wyjaśnienia złożone przez wykonawcę TIOMAN GROUP w istocie nie opowiadają na precyzyjne wezwanie zamawiającego.

Podniósł, że kosztorys szczegółowy, jakiego oczekiwał zamawiający miał zawierać ceny jednostkowe, z których następnie miałyby wynikać wartości wyszczególnione w tabeli wartości elementów zryczałtowanych (TWEZ). Tymczasem wezwany wykonawca podał jedynie średni koszt dla jednego przejścia, co stanowi diametralną różnicę.

W związku z tym wskazał, że wykonawcy musieli oddzielnie wycenić każdy element zryczałtowany wyszczególniony w Tabeli wartości elementów zryczałtowanych i dla każdego elementu podać adekwatną jego wartość (czyli inaczej mówiąc, dopasowaną i dokładnie temu odpowiadającą), przy czym:

Dla części 2:

(a)kwota za opracowanie Dokumentacji (I) nie może być większa niż: 10% wartości „Ogółem netto”,

(b)wartość pojedynczej pozycji robót od II.1 do II.51 związanych z wykonywaniem oświetlenia dedykowanego przejść dla pieszych powinna zawierać się w przedziale od min. 70% do max 130% średniej arytmetycznej wszystkich robót w pozycjach od II.1 do II.51,

(c)wartość pojedynczej pozycji robót: III.1 - III.3, III.5-III.12, III.10-III.14, III.15- III.17, III.19, III.22-III.23, III.25, III.27-III.28, III.30-III.33, III.35-III.36, III.39, III.43-III.46, III.48-III.49, III-51 związanych z wykonaniem oświetlenia strefy przejściowej powinna zawierać się w przedziale od min. 30% do max. 60% przyporządkowanej do niej wartości z poz. III.1 - III.3, III.5-III.12, III.10-III.14, III.15- III.17, III.19, III.22-III.23, III.25, III.27-III.28, III.30-III.33, III.35-III.36, III.39, III.43-III.46, III.48-III.49, III-51 (szczegółowy opis znajduje się w tabeli wartości elementów zryczałtowanych),

(d)dotatkowo Wykonawca poda wartość za wykonanie podłączenia oświetlenia do sieci OSD we wszystkich wskazanych lokalizacjach.

Odwołujący przekonywał, że Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że kwestia wykonania oświetlenia strefy przejściowej dla 34 lokalizacji przejść dla pieszych (czyli roboty wskazane w pozycjach III Tabeli wartości elementów zryczałtowanych zarówno dla części 2) uzależniona jest od wyników pomiarów i badań. Opracowanie tych pomiarów i badań jest obowiązkiem wykonawcy na etapie projektowym (czyli prac wskazanych w pozycji I Tabeli wartości elementów zryczałtowanych części 2). Takie pomiary i badania należy przeprowadzić zgodnie z Wytycznymi projektowania infrastruktury dla pieszych. Część 4: Projektowanie oświetlenia przejść dla pieszych WR-D-41-4 z dnia 1 lipca 2021 r.

Zaznaczył przy tym, że powyższe ma mieć odzwierciedlenie w rozliczeniu końcowym przedmiotowej inwestycji, a Zamawiający zastrzegł, że na każdym etapie realizacji zadania może zmniejszyć zakres przedmiotu umowy ustalając jednocześnie minimalną wielkość świadczenia jako 60% wynagrodzenia z oferty, czyli do kwoty 2 321 686,01 zł dla części 2 ( $60\% \cdot 3\,869\,476,68\text{ zł}$ ).

Wskazał, że zgodnie z pkt 1.4 PFU zakres prac projektowych zamówienia obejmuje opracowanie: projektu oświetlenia dedykowanego przejścia dla pieszych wraz ze strefami przejściowymi/ bądź bez stref przejściowych, a materiałem, w oparciu o który należy wykonać oświetlenie są Wytyczne projektowania infrastruktury dla pieszych. Część 4: Projektowanie oświetlenia przejść dla pieszych (WRD-41-4 z dnia 1 lipca 2021r). Wykonawca dla przejść dla pieszych zlokalizowanych na ciągu głównym drogi krajowej, na podstawie badań wynikających z ww. Wytycznych ustalił zasadność realizacji stref przejściowych dla każdej lokalizacji objętej przedmiotem zamówienia.

Wyjaśnił, że Zamawiający założył (i uwzględnił to założenie w każdej Tabeli wartości elementów zryczałtowanych), że w przypadku przejść dla pieszych usytuowanych na wlotach podporządkowanych nie przewiduje się wykonania stref przejściowych.

Powolał się również na Schemat doboru rozwiązania oświetleniowego został zaprezentowany w dokumencie pn. Wytyczne organizacji bezpiecznego ruchu pieszych wytyczne prawidłowego oświetlenia przejść dla pieszych do którego referuje PFU, podkreślając, że Zamawiający wie, że trzeba zrobić dokumentację projektową (pozycja I. Tabeli) aby ustalić, czy strefa przejściowa (pozycja III. Tabeli) jest, czy nie jest potrzebna przy danym przejściu dla pieszych.

Odwołujący wyjaśnił również, że Strefa przejściowa, to odcinek jezdni przed lub za przejściem dla pieszych, na którym następuje stopniowa zmiana wartości poziomego natężenia oświetlenia na jezdni od mniejszego (lub braku) przed przejściem dla pieszych do większego na przejściu dla pieszych, realizowana za pomocą opraw oświetlenia drogowego. W obszarach oświetlonych rozwiązanie to stosuje się, aby wyróżnić wyższym poziomem natężenia oświetlenia obszar przejścia dla pieszych, a w obszarach nieoświetlonych, aby zminimalizować oślnienie kierujących.

Podniósł, że Zamawiający w ramach postępowania odwołał się do Warunków Wykonania o Odbioru Robót Budowlanych D.07.07.01 OŚWIETLENIE DROGOWE (dalej jako „WWIORB”).

Zwrócił uwagę, że spośród podstawowych pojęć WWIORB Zamawiający zdefiniował m.in. słup oświetleniowy, maszt oświetleniowy, czy latarnię, a w dalszej części określa wymagania dotyczące wszystkich materiałów, w tym słupów i masztów oświetleniowych, czy opraw oświetleniowych, a w rozdziale 5.1.1.1 określił wymaganą długości strefy.

Przedstawił schemat takich stref, opisany w wytycznych WR-D-41-4 w rozdziale 7.5, gdzie Zamawiający wskazał 51 przejść dla pieszych (pozycja II. Tabeli); w 34 lokalizacjach oczekiwał wyceny strefy przejściowej (pozycja III. Tabeli).

Według Odwołującego - jeden słup, to jeden fundament, jeden wysięgnik i jedna oprawa oświetleniowa, a jedno przejście dla pieszych to 2 słupy, chyba że w drodze wyjątku (np. z uwagi na jednokierunkową drogę) możliwe jest rozwiązanie z jednym słupem.

Odwołujący wyjaśnił, że przy 51 przejściach konieczne będzie zamontowanie 102 słupów. Korygując tę wartość o sytuacji wyjątkowe, Odwołujący dla dalszych obliczeń przyjął 95 słupów.

Według Odwołującego - w 34 lokalizacjach strefy przejściowej (po badaniach i pomiarach) konieczne będzie zamontowanie po 6 słupów w ramach strefy, co daje łącznie 192 słupy. Korygując tę wartość o sytuacji wyjątkowe (kiedy z uwagi na bliską odległość między przejściami strefy przejściowe zachodzą na siebie), Odwołujący dla dalszych obliczeń przyjął 181 słupów.

Zdaniem Odwołującego - te same liczby (odpowiednio 95 i 181) należy przyjąć odnośnie fundamentów, wysięgników i oprawy oświetleniowej. Chodzi tutaj o prace ujęte w pkt 16, 17 i 18 tabeli zamieszczonej przez wykonawcę w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W rezultacie należy ustalić ceny jednostkowe dla 276 punktów (obejmujących słup, fundament, wysięgnik, oprawę).

W związku z tym Odwołujący wnoszą o przeprowadzenie dowodu z:

- 1) ofert LUXON Sp. z o.o. 28296/06/2023/EM i 30507/02/2024/MO,
- 2) oferty Elektromontaż Rzeszów S.A. OS-136/10/23/SZ,
- 3) oferty od FIRMA HANDLOWO - USŁUGOWA ELDA Sp. z o.o. Sp. k. 32010/MAG/2023.

Odwołujący w swoim odwołaniu załączył zestawienie cen jednostkowych zgodnie z ofertami pozyskiwanymi przez niego na bieżąco w zakresie słupów aluminiowych i stalowych, a także opraw oświetleniowych.

Odwołujący załączył również wyczoną cenę jednostkową, jakiej podania oczekiwał – w jego ocenie - Zamawiający w ramach wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, a czego nie zrobił wezwany wykonawca TIOMAN GROUP Sp. z o.o.

Według Odwołującego - przyjmując do porównania same tylko ceny materiałów (roboty II. TWEZ) – pomimo że wykonawca TIOMAN GROUP Sp. z o.o. przy podanej cenie deklaruje materiał + montaż – to koszt jednostkowy TIOMAN GROUP Sp. z o.o. jest i tak o niemal 15% niższy od rynkowej sumy najtańszych kosztów jednostkowych:

Dalej, wywodził, że z kolei przyjmując do porównania same tylko ceny materiałów (roboty III. TWEZ) – pomimo że wykonawca TIOMAN GROUP Sp. z o.o. przy podanej cenie deklaruje materiał + montaż – to koszt jednostkowy TIOMAN GROUP Sp. z o.o. jest i tak o niemal 32% niższy od rynkowej sumy najtańszych kosztów jednostkowych:

Przyznał przy tym, że wykonawca TIOMAN GRPOUP Sp. z o.o. może korzystać z innych słupów, czy innych opraw (oczywiście o ile odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego) i dlatego właśnie w ramach wezwania do wyjaśnienia zaoferowanej ceny został zobowiązany do podania kosztorysu szczegółowego (...) wraz z ich cenami jednostkowymi, z którego wynikają wartości wyszczególnione w tabeli wartości elementów zryczałtowanych (TWEZ). A tego nie uczynił.

Zdaniem Odwołującego - podana przez wykonawcę TIOMAN GROUP Sp. z o.o. średnia cena słupów (czyli 8 423,53 zł) ma racjonalne uzasadnienie jedynie w przypadku braku strefy przejściowej, podczas gdy Zamawiający oczekiwał wyceny dla 34 stref przejściowych (6 słupów, z zastrzeżeniem wyjątków) spośród 51 lokalizacji przejść dla pieszych (2 słupy, z zastrzeżeniem wyjątków). O realizacji strefy przejściowej decydować mają jednak dopiero wyniki pomiarów i badań realizacji za wynagrodzeniem z pozycji I Tabeli wartości elementów zryczałtowanych.

Wobec tego, Odwołujący stwierdził, że kalkulacja TIOMAN GROUP Sp. z o.o. obejmuje mniej słupów i opraw oświetleniowych, niż to wynika z potrzeb Zamawiającego. Dla 51 lokalizacji, w tym 34 z (potencjalną) strefą przejściową niezbędnych jest co najmniej 276 słupów.

Przyznał, że może się zdarzyć, że na jednym słupie są dwie oprawy, ale słup bez oprawy nie ma sensu.

Odwołujący przekonywał, że Wykonawcy byli zobligowani do dokładnego przestudiowania wszystkiego, co zostało zawarte w Specyfikacji Warunków Zamówienia, aby przygotować swoją propozycję ceny oferty, będąc w pełni świadomym, że nie będzie ona podlegała zmianom w czasie trwania umowy (z wyjątkiem sytuacji przewidzianych w umowie). Za tę cenę wykonawca ma zrealizować przedmiot zamówienia obejmujący rezultaty rzeczowe określone w Programie Funkcjonalno-Użytkowym wraz z załącznikami. W cenie należało uwzględnić wszelkie ponoszone w związku z wykonaniem przedmiotu zamówienia, to jest dokumentów wykonawcy, robót, dostaw i usług oraz usunięcia wad i zapewnienia gwarancji jakości, w tym koszty bezpośrednie (robocizny, materiałów, sprzętu i transportu), koszty pośrednie, podatki zgodnie z obowiązującym prawem, inne podobnego rodzaju obciążenia, koszty organizacji robót, opłaty za zajecie pasa drogowego oraz wszelkie ryzyka i zysk wykonawcy.

Zauważył, że cena powinna uwzględniać minimalizację utrudnień w ruchu w związku z prowadzonymi pracami np.: wprowadzenie przedziałów godzinowych największego natężenia ruchu, w których nie należy prowadzić prac na drodze. Cena oferty jest ceną ryczałtową i została wyciszona przez wykonawcę na podstawie jego własnej kalkulacji wartości poszczególnych elementów zryczałtowanych, zawartych w Tabeli wartości elementów zryczałtowanych. W związku z tym Tabelę wartości elementów zryczałtowanych należało odczytywać i interpretować łącznie z pozostałymi dokumentami wchodzącymi w skład Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wskazał, że Zamawiający zastrzegł dodatkowo, że niezależnie od ograniczeń, jakie mogą, sugerować sformułowania dotyczące poszczególnych pozycji w Tabeli wartości elementów zryczałtowanych i wyjaśnienia w ich opisie, Wykonawca musi mieć pełną świadomość, że kwoty, które wprowadził do Tabeli wartości elementów zryczałtowanych, dotyczą Dokumentów Wykonawcy, Robót, dostaw i usług zakończonych całkowicie pod każdym względem i bez jakichkolwiek wad. Zamawiający przyjął, że wykonawca jest w pełni świadom wszystkich wymagań i zobowiązań, wyrażonych bezpośrednio, czy też sugerowanych, objętych każdą częścią niniejszej Specyfikacji Warunków Zamówienia i że stosownie do nich wycenił wszystkie pozycje.

Powołał się na przepis art. 224 ust. 1 ustawy Pzp zgodnie z którym, zamawiający ma obowiązek zażądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyciszenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, jeżeli ta cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się zamawiającemu 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.

Według Odwołującego - wyjaśnienia złożone w trybie art. 224 ustawy Pzp powinny prowadzić do uznania przez zamawiającego, iż zachodzi podstawa do odrzucenia oferty wykonawcy TIOMAN GROUP Sp. z o.o.

Celem art. 224 ustawy Pzp jest uniknięcie udzielenia zamówienia wykonawcy, który w złożonej ofercie przedstawi cenę lub koszt, lub ich istotne części składowe, za które nie będzie w stanie wykonać zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Zdaniem Odwołującego - oferta wykonawcy TIOMAN GROUP Sp. z o.o. ma ekonomiczny sens jedynie przy założeniu braku konieczności wykonania stref przejściowych. Ale stwierdzenie, czy trzeba wykonać strefę, czy nie jest możliwe dopiero na skutek realizacji badań i pomiarów za wynagrodzeniem określonym w pozycji I Tabeli wartości elementów zryczałtowanych.

Jeśli zaś przyjąć, że wykonawca TIOMAN GROUP Sp. z o.o. prawidłowo założył wykonanie stref przejściowych, to zaferował warunki nierealne. Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Regulacja ta stanowi definicję uniwersalnej postaci czynu nieuczciwej konkurencji, umożliwiającą na jej podstawie uznawanie zachowań nienazwanych (niestypizowanych) w dalszych przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za nieuczciwie naruszające konkurencję. Za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać zachowania zmierzające do wygranania postępowania za wszelką cenę, poprzez oferowanie nierealnych warunków realizacji zamówienia. Zaoferowanie zatem warunków nierealnych, które nie są w warunkach rzeczywistych możliwe do spełnienia, godzi w dobre obyczaje i narusza zasadę uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego - zamówienie za zaoferowane koszty jednostkowe nie może być wykonane zgodnie z SWZ, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, sztuki zawodowej, przy zastosowaniu odpowiednich nakładów sprzętowych, osobowych, czasowych, z zachowaniem określonych standardów. W ofercie wykonawcy TIOMAN GROUP Sp. z o.o. występują rażąco dysproporcje pomiędzy rzeczywistą relacją wartości świadczenia pieniężnego do wartości świadczenia niepieniężnego.

Wykonawca Tioman Group sp. z o.o. z siedzibą w Ostaszewie, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 21 marca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, odwołania, oferty Przystępującego, podmiotowego środka dowodowego złożonego przez Przystępującego w postaci wykazu osób, wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 3 stycznia 2024 r., odpowiedzi Przystępującego na to wezwanie z dnia 9 stycznia 2024 r. wraz z dowodami, odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 21 marca 2024 r. wraz załączonymi dowodami, stanowiska procesowego Przystępującego z dnia 22 marca 2024 r. wraz załączonymi dowodami, jak również na podstawie złożonych przez strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt lit. c ustawy Pzp, art. 226 ust.1 pkt 8 w zw. z art. 226 ust. 7 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp oraz 239 ust.2 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego z powodu istnienia rażąco niskiej ceny, a także czy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona z powodu niespełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła w zakresie niezbędnym do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, że Zamawiający pismem z dnia 3 stycznia 2024 r. zakomunikował Przystępującemu, co następuje: „Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 w związku z art. 224 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023, poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w celu ustalenia czy Państwa oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Poprawa bezpieczeństwa ruchu na przejściach dla pieszych województwa podkarpackiego z podziałem na części: Część 2. Poprawa brd na przejściach dla pieszych na DK84 w województwie podkarpackim (zadanie nr 2), lub jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz czy oferta uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ, zwracając o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych.

W toku badania ofert Zamawiający stwierdził, że cena całkowita Państwa oferty, która wynosi 3 869 476,68 zł brutto jest niższa o 31,03% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania.

W związku z powyższym, iż cena całkowita Państwa oferty jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta lub jej istotne części składowe zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się o udzielenie wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Oceniając przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami na ich potwierdzenie, Zamawiający będzie brał pod uwagę obiektywne czynniki, a w szczególności:

- 1.zarządzanie procesem świadczonych metody budowy;
- 2.wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo korzystne warunki związane z realizacją robót budowlanych;
- 3.oryginalność 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) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5.zgodność z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

6.zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;

7.zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8.wypełnianie obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający prosi o wyjaśnienie, czy przedmiot zamówienia został wyceniony zgodnie z SWZ oraz potwierdzenie, że zaproponowana w ofercie cena jest realna i uwzględnia wszystkie wymagania zawarte w SWZ.

Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy w związku z tym Wykonawca będzie w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie. Wykonawca powinien wykazać, co spowodowało możliwość obniżenia ceny oraz w jakim stopniu dzięki wskazanym czynnikom cena została obniżona. Zamawiający wzywa do przedstawienia przez Wykonawcę wyczerpujących wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych, w szczególności wyjaśnienia kwestii ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów towarzyszących wykonywaniu przedmiotu zamówienia, wraz z podaniem ich wartości takich jak:

-koszty opłat za wydanie opinii, uzgodnień, pozwoleń, wypisów i wyrysów z ewidencji gruntów itp. dla całości zadania (Części 2) = ..... zł netto

-koszty pracy osób wykonujących prace projektowe dla całości zadania (Części 2)= ..... zł netto;

-koszty obsługi geodezyjnej dla wykonania niwelacji i inwentaryzacji geodezyjnej dla całości zadania (Części 2) = ..... zł netto;

-koszt projektu i zabezpieczenia organizacji ruchu na czas wykonywania niezbędnych robót i pomiarów dla całości zadania (Części 2) = ..... zł netto;

Zamawiający ponadto prosi o przekazanie kosztorysu szczegółowego robót zawierającego wszystkie elementy niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia (takie jak m.in. : przewiert, układanie kabli, montaż uziomów, montaż i stawianie słupów oświetleniowych, montaż wysięgników, montaż opraw) wraz z ich cenami jednostkowymi, z którego wynikają wartości poszczególnych pozycji w TWEZ.

Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie ceny, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie jednoznacznych i precyzyjnych informacji oraz dowodów, co najmniej w kwestiach wskazanych powyżej, ale także innych, które Wykonawca uzna za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Wykonawcę ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.

W przypadku, gdy Wykonawca w niżej określonym terminie nie udzieli wyjaśnień lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadnią podanej w ofercie ceny Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.(...)"

Ponadto, Izba stwierdziła, że w wykonaniu powyższego wezwania Zamawiającego Przystępujący pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. wyjaśnił, co następuje: „W odpowiedzi na wezwanie z dnia 3 stycznia 2024 r. firma TIOMAN Group Sp. z o.o. przesyła wyjaśnienia, w tym dowody dotyczące elementów oferty mające wpływ na wysokość ceny oferty, celem wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w rozumieniu przepisu art. 224 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Składając ofertę w postępowaniu na „Poprawa bezpieczeństwa ruchu na przejściach dla pieszych województwa podkarpackiego z podziałem na części: Część 2- Poprawa brd na przejściach dla pieszych na DK84 w województwie podkarpackim (zadanie nr 2)” daliśmy wszelkich starań, aby nasza oferta była przygotowana rzetelnie. W konsekwencji nasza oferta, uwzględniając zaproponowaną cenę, daje pewność, że zamówienie zostanie wykonane bez żadnego uszczerbku dla jakości. Podkreślenia wymaga, że zaproponowana przez nas cena jest ceną realną, gwarantującą należyte wykonanie zamówienia.

Zaproponowana przez nas całkowita kwota oferty bierze się z szeregu sprzyjających czynników. Przede wszystkim jako producent wszelkiego rodzaju urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego jesteśmy bardzo dużym nabywcą stali (zakupy w 2017 roku przekroczyły 1000 ton stali), a dzięki temu uzyskujemy niezwykle konkurencyjne ceny zakupów. Dodatkowym atutem jest nowoczesny park maszynowy, który pozwala zastosować rozwiązania technologiczne mające wpływ na obniżenie kosztów produkcji.

Co więcej nasze długotrwałe, pozytywne relacje biznesowe z dostawcami wszelkich części składowych stanowią dodatkowy czynnik optymalizacji kosztów, gdyż umożliwiają nam uzyskać niezwykle atrakcyjne ceny zakupu takich elementów jak słupy oświetleniowe, blacha stalowa, rury stalowe, folia wykorzystywana przy produkcji znaków oraz koszty wszelkich usług malowania i cynkowania.

Jednocześnie potwierdzamy, że zaoferowane w przedmiotowym przetargu ceny produktów oraz usług gwarantują realizację zadania spełniając określone warunki, normy i przepisy zawarte przez Zamawiającego w „SWZ”. Ponadto wszystkie urządzenia posiadają wymaganą gwarancję oraz dokumenty dopuszczające do stosowania w budownictwie. Poza tym nasze doświadczenie współpracy choćby z GDDKiA w zakresie podobnym do przedmiotowego postępowania wskazuje na to, że prace została wykonana należyście, a dokumentacja techniczna oraz późniejsze wykonawstwo było zrealizowane na najwyższym poziomie.

Informacje zawarte poniżej, a także dane oferty stanowiące dowód właściwego sporządzenia kalkulacji stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r., poz. 1913) w związku z czym nie mogą zostać one przekazane do wiadomości publicznej. Zgodnie z przepisem art. 11 ust. 2 ww. ustawy 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. Wykonawca chciałby podkreślić, że przedstawione poniżej, a także w załączonych ofertach, informacje, spełniają ustawowe przesłanki uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa. Są to informacje posiadające wartość gospodarczą dla Wykonawcy, które nie są powszechnie znane, ponieważ są efektem ścisłej współpracy Wykonawcy z jego określonymi partnerami biznesowymi. Ich ujawnienie powodowałoby istotną szkodę dla Wykonawcy, ujawniając nie tylko dane dotyczące partnerów biznesowych czy też dostawców Wykonawcy, lecz również ceny, które wynikają ze ścisłej i długotrwałej współpracy z nimi. Pozbawienie tych informacji waloru poufności wpłynęłoby na pozycję konkurencyjną firmy Tioman Group Sp. z o.o. i naraziło jej dobre relacje z partnerami biznesowymi oraz podwykonawcami. Warto w tym miejscu podkreślić, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wartość gospodarcza informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa może stanowić także potencjalna szkoda, którą wykonawca może ponieść w razie ujawnienia takich informacji szerszemu gronu podmiotów (tak m.in. wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2020 r., sygn. KIO 3068/20). Firma Tioman Group Sp. z o.o. uzyskuje oferty od swoich partnerów biznesowych na odpowiednim pułapie cenowym, z uwagi na udaną i długoletnią kooperację handlową. W rezultacie, ceny zawarte w takich ofertach mogą odbiegać od cen, które otrzymują inni przedsiębiorcy, nie związani żadnymi relacjami biznesowymi. Firma Tioman Group Sp. z o.o. podjęła także określone środki w celu utrzymania poufności przedmiotowych informacji, tj. cen, które otrzymuje od swoich partnerów biznesowych oraz dostawców, a także ich danych. W ramach swojej działalności firma Tioman Group Sp. z o.o. nigdzie nie udostępnia przedmiotowych informacji, nie są one także elementem ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Firma Tioman Group Sp. z o.o., jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego oczywiście liczy się z tym, iż jej oferta co do zasady będzie jawna, w szczególności w zakresie, w jakim będzie podlegać ocenie, co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zgodności oferowanego świadczenia z wymaganiami zamawiającego, kalkulacji ceny oferty oraz w ramach kryteriów oceny ofert, jednakże informacje dotyczące partnerów biznesowych oraz dostawców firmy Tioman Group Sp. z o.o., oraz wynikające z tych relacji określone upusty cenowe, nie stanowią elementów wskazywanych wprost, (tzn. z określeniem tego, który partner biznesowy lub dostawca oferuje je wykonawcy), w ofercie. Z tego też względu Wykonawca uważa, że spełnione zostały przesłanki wynikające z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a przedstawione poniżej oraz w załączonych ofertach informacje, należy uznać za objęte tajemnicą przedsiębiorstwa.

Firma TIOMAN Group Sp. z o. o. dokonując wyceny zadania pn.: „Poprawa bezpieczeństwa ruchu na przejściach dla pieszych województwa podkarpackiego z podziałem na części: Część 2- Poprawa brd na przejściach dla pieszych na DK84 w województwie podkarpackim (zadanie nr 2)” wzięła pod uwagę wszelkie koszty związane z zarządzaniem kontaktem, procesu budowy.

Firma TIOMAN Group Sp. z o. o. jako Generalny Wykonawca na innych tematach związanych z poprawą bezpieczeństwa na przejściach dla pieszych kalkulując zadania był świadomy konieczności wykonania wszystkich procesów, etapów niezbędnych do realizacji danego kontaktu. Dodatkowe potwierdzenie wyceny stanowi szczegółowa tabela kalkulacyjna zamieszczona w piśmie.

Firma TIOMAN Group Sp. z o.o. wyceniając zakres opłat za wydanie opinii, uzgodnień, pozwoleń, wypisów, wyrysów z ewidencji gruntów oraz całościowej obsługi geodezyjnej posiłkowała się ofertą od potencjalnego podwykonawcy firmy Geos3d K.S. (załącznik nr 1). Dany zakres został wyceniony na kwotę 149 450,00zł netto. Firma TIOMAN Group Sp. z o.o. pragnie zaznaczyć, że współpracowała z daną firmą na kilkunastu kontaktach o podobnym zakresie.

W zakresie projektów organizacji ruchu oraz późniejszego wdrożenia projektów podczas wykonywania niezbędnych robót i pomiarów firma TIOMAN Group Sp. z o.o. posiłkowała się ofertą firmy ASEKA Sp. z o.o. Sp.k. (załącznik nr 2). Kwota oferty opiewa na wartość 132 600,00zł netto. Firma ASEKA Sp. z o.o. Sp.k. jest Naszym wieloletnim partnerem biznesowym wspomagającym Nas w analogicznych kontaktach na terenie całego kraju.

Wyceniając zakres projektów elektrycznych posiłkowaliśmy się ofertą z firmy „Przemysław WISKI – Koko Project”. Dana oferta opiewała na kwotę 84 000,00zł netto. Potwierdzenie stanowi załącznik nr 3. Zawiera ona pełen zakres wykonania projektów dla branży elektrycznej. Zaczynając od wizji lokalnej, poprzez wykonanie, zatwierdzenie projektów oraz wykonanie projektów powykonawczych. Dana oferta została skalkulowana w oparciu o wszystkie niezbędne przepisy prawa pracy pieczenia społecznego i zabezpieczenia społecznego.

TIOMAN Group Sp. z o.o. posiada duże doświadczenie w realizacji kontaktów poprawy bezpieczeństwa na przejściach dla pieszych. Dany fakt potwierdzają liczne realizacje wykonane na terenie całego kraju. Wszystkie zadania zostały wykonane zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz z aktualnymi przepisami, wytycznymi odnoszącymi się do projektowania infrastruktury dla pieszych.

Lp	Zakres	jm	Cena netto	Sredni koszt 1 przejścia
1	Wykonanie projektów elektrycznych	komplet	84 000,00 zł	1 647,06 zł
2	Wykonanie projektów organizacji ruchu	komplet	52 200,00 zł	1 023,53 zł
3	Wdrożenie organizacji tymczasowej na czas robót i pomiarów	komplet	80 400,00 zł	1 576,47 zł
4	Wykonanie pomiarów parametrów oświetlenia dedykowanego	komplet	75 500,00 zł	1 480,39 zł
5	Odnowa i uzupełnienie oznakowania	komplet	35 500,00 zł	696,08 zł
6	Inwentaryzacja geodeta	komplet	56 100,00 zł	1 100,00 zł
7	Geodeta tyczenie	komplet	56 100,00 zł	1 100,00 zł
8	Uzyskanie wypisów, uzgodnień, map do celów projektowych, założenie narad koordynacyjnych	komplet	37 250,00 zł	730,39 zł
9	Transport materiałów	komplet	25 300,00 zł	496,08 zł
10	Budowa zasilania - układanie kabli wraz z folią	komplet	327 572,80 zł	6 423,00 zł
11	Budowa zasilania - montaż uziomów	komplet	275 000,00 zł	5 392,16 zł
12	Budowa zasilania - szafki oświetleniowe	komplet	141 500,00 zł	2 774,51 zł
13	Wykonanie wykopów pod ułożenie kabla	komplet	320 000,00 zł	6 274,51 zł
14	Odtworzenie nawierzchni (w tym zasypianie wykopów)	komplet	142 800,00 zł	2 800,00 zł
15	Przewierty	komplet	178 500,00 zł	3 500,00 zł
16	Słupy + fundament (materiał + montaż)	komplet	429 600,00 zł	8 423,53 zł
17	Wysięgniki (materiał + montaż)	komplet	55 200,00 zł	1 082,35 zł
18	Oprawy (materiał + montaż)	komplet	144 210,00 zł	2 827,65 zł
<b>Razem koszt netto</b>			<b>2 516 732,80 zł</b>	<b>49 347,70 zł</b>
Planowany zysk netto			<b>629 183,20 zł</b>	
<b>Wartość netto oferty</b>			<b>3 145 916,00 zł</b>	
<b>Wartość brutto oferty</b>			<b>3 869 476,68 zł</b>	

Pragniemy zaznaczyć, że przyjęte ceny są zgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy (wartość nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę), jak i przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (obejmuje składki ZUS pracowników, itp.).

Zaznaczamy również, że oferta została skalkulowana zgodnie z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego.

Firma TIOMAN Group Sp. z o.o. deklaruje, że wszelkie czynności, obowiązki związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy będą zrealizowane zgodnie z przepisami prawa.

Kalkulując zadanie wzięto również pod uwagę obowiązek działania zgodnie z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Wykonawca potwierdza, że cena oferowana za wykonanie zadania uwzględnia wszystkie elementy i wymagania opisane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej oraz uwzględnia wszystkie uwarunkowania związane z realizacją zadania w okresie obowiązywania Umowy(...).

Izba ustaliła również, że do przedmiotowych wyjaśnień Przystępujący załączył 3 oferty.

Zacytowane wyżej wezwanie Zamawiającego i wyjaśnienia Przystępującego – w ocenie Izby – stanowiły istotny materiał dowodowy pozwalający na rozstrzygnięcie przedmiotowej sprawy.

Przechodząc do omówienia stanowiska Izby odnośnie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny wymaga zaznaczenia, że Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w granicach przepisu art.224 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Wymaga wskazania, że stosownie do brzmienia powołanego wyżej ust. 1 przepisu prawa jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Jednocześnie w myśl przepisu ust.2 pkt 1 w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od 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.

Z powyższych względów Zamawiający miał podstawę prawną do przeprowadzenia stosownego postępowania wyjaśniającego możliwość wystąpienia rażąco niskiej ceny, co uczynił w powołanym wyżej piśmie z dnia 3 stycznia 2024 r.

W następstwie tak sformułowanego wezwania Przystępujący w piśmie z dnia 9 stycznia 2024 r. złożył wyjaśnienia wraz z dowodami przedstawiając kalkulację szczegółową wraz z trzema ofertami.

Zebrany w sprawie powyższy materiał dowodowy doprowadził Izbę do przekonania, że nie potwierdził się zarzut złożenia przez Przystępującego oferty z rażąco niską ceną.

Zdaniem Izby – Odwołujący w swojej kalkulacji szczegółowej przedstawił w sposób rzeczowy wszystkie pozycje kosztowe, co do których Zamawiający wyraził zainteresowanie w cytowanym wyżej wezwaniu.

Powyższe fakty znalazły potwierdzenie w porównaniu treści wezwania Zamawiającego, co do obowiązku wskazania przez Przystępującego poszczególnych kosztów i przedstawionej w powyższych wyjaśnieniach przez Przystępującego kalkulacji kosztów, które odpowiadały temu wezwaniu.

Odwołujący w swoim odwołaniu zgłosił zarzuty polegające na tym, że Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego w warunkach art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art.226 ust.6 ustawy Pzp, który to drugi przepis stanowi, że 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.

Natomiast w ocenie Izby – załączone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami (3 oferty), potwierdzały realność i wiarygodność zaofferowanej ceny w zakresie kosztów i nie przesądzały tezy o istnieniu rażąco niskiej ceny.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący nie wykazał przesłanki istnienia obiektywnego stanu rzeczy polegającego na tym, że zaofferowana przez Przystępującego cena była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia, a także nie udowodnił tego, że cena całkowita oferty Przystępującego uniemożliwi wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ.

Wymaga podkreślenia, że cena rażąco niska to cena nierealna i niewiarygodna, a także nierynkowa, poniżej kosztów realizacji zamówienia, podczas gdy już sam poziom zysku wykazany przez Przystępującego w przedmiotowej szczegółowej kalkulacji kosztów w wysokości 629 916, 00 zł netto znacznie przekraczał wartość wskazanej przez Odwołującego kwoty niedoszacowania kosztów oświetlenia strefy przejściowej w kwocie 227 925, 15 zł, której wysokość została przyznana przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący również nie wykazał, że koszty oświetlenia tej strefy stanowią istotną część składową ceny całkowitej, o której mowa w art.224 ust.1 ustawy Pzp, co również osłabia stanowisko Odwołującego.

Ponadto, Izba reprezentuje pogląd, że wymaganie wezwania Zamawiającego w zakresie wykazywania przez Przystępującego cen jednostkowych było samo w sobie nadmierne, bowiem art.224 ust.1 ustawy Pzp przewiduje dopuszczalność prowadzenia wyjaśnień w zakresie ceny całkowitej lub jej istotnej części składowej.

W związku z tym oczekiwanie Odwołującego, aby prowadzić wyjaśnienia cen jednostkowych czy kosztów detalicznych – w ocenie Izby – mogłoby stanowić naruszenie jednej z fundamentalnych zasad prawa zamówień publicznych to jest zasady proporcjonalności.

Jednocześnie - według Izby – Zamawiający mając wiedzę co do cen z rynku zamówień publicznych w 2023 r. przy podobnych zamówieniach, co wykazał w załączniku nr 4) w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 marca 2024 r.(Zestawienie cen z rozstrzygniętych przetargów ogłaszanych w 2023 r.), nie miał podstaw do przyjęcia założenia, że zaofferowana przez Przystępującego cena za świadczenie w 2024 r., przy uwzględnieniu podanych przez Przystępującego wartości kalkulacyjnych, może być ceną rażąco niską.

Z tych wszystkich powyższych względów Izba oddaliła dowody Odwołującego z formularza cenowego, zbiorczego zestawienia kosztów oraz Tabel Elementów Rozliczeniowych z innych przetargów, ponieważ Odwołujący nie wykazał związku pomiędzy wartościami tam podanymi, a ceną całkowitą przedmiotu zamówienia lub istotną częścią składową tej ceny z tego przetargu w aspekcie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny.

W przekonaniu Izby – powołane przez Odwołującego w odwołaniu dowody z ofert innych wykonawców nie świadczą również o istnieniu rażąco niskiej ceny i mogą one co najwyżej ilustrować ceny go wiążące z innymi wykonawcami, które nie są cenami, które dotyczą Przystępującego, z uwagi na to, że potencjalnie ci sami wykonawcy mogą w określonych warunkach zaofferować zupełnie inne ceny.

Izba oddaliła również dowody Zamawiającego w postaci dokumentacji fotograficznej (43 strony) ilustrującej zestawienia przejść dla pieszych i same przejścia dla pieszych, a także projektu wykonawczego jako nieprzystdatnych do

rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, bowiem Zamawiający w wyjaśnieniach nie żądał w wezwaniu podania kosztów związanych ze strefami przejściowymi oraz niemożliwe jest na podstawie jedynie dokumentacji fotograficznej wykazywanie kosztów takich stref.

Reasumując ten zarzut, Zamawiający nie miał zatem dostatecznej podstawy prawnej do zastosowania przepisu art.226 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp i odrzucenia oferty Przystępującego z powodu rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożenia w terminie przewidzianym w SWZ podmiotowych środków dowodowych Izba uznała ten zarzut za oczywiście bezzasadny.

Stosownie do art.226 ust.1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zamawiający nie mógł dokonać takiej czynności, bowiem nie przewidział na gruncie SWZ podmiotowego środka dowodowego w postaci świadectwa kwalifikacyjnego.

Przy rozstrzygnięciu tego zarzutu odwołania kluczowe znaczenie miała okoliczność, że Zamawiający może dokonać czynności odrzucenia oferty wykonawcy jedynie w sytuacji stwierdzenia nie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby – składane przez Przystępującego podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu osób nie dawały Zamawiającemu podstawy do uznania, że dane tam zawarte nie były zgodne ze stanem rzeczywistym, czy zawierały błędy czy też były niekompletne.

Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający nie dostrzegł błędów w złożonym przez Przystępującego oświadczeniu zawartym wykazie osób, jak chce Odwołujący.

Z tych wszystkich powodów, Izba doszła do wniosku, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art.226 ust.1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp nie jest trafny.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania .

**Przewodniczący:.....**