

WYROK

Warszawa, dnia 9 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę SWARCO Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Modniczce w postępowaniu prowadzonym przez Tramwaje Warszawskie

Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Traffic Polska Sp. z o.o.

z siedzibą w Markach

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 postępowania,
- wezwanie Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Markach do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny w części 3 postępowania,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 postępowania,

2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie,

3. Kosztami postępowania obciążyć Odwołującego w części $\frac{2}{3}$ oraz Zamawiającego

w części $\frac{1}{3}$ i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00 groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 2.600 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące sześćset złotych).

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:.....

Sygn. akt KIO 3808/23

Uzasadnienie

Zamawiający Tramwaje Warszawskie, dalej: „Zamawiający” prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Dostawa i wdrożenie systemu sterowania ruchem z priorytetem dla tramwajów na terenie m. st. Warszawy (3 części)”, dalej: „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 166-522502.

W dniu 18 grudnia 2023 r. wykonawca SWARCO Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Modniczce, dalej: „Odwołujący” wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego w ramach części 1, 2 oraz 3 Postępowania oraz zarzucił naruszenie:

Zarzut nr 1: art. 362 pkt 1 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 PZP poprzez bezpodstawne poprawienie oferty wykonawcy Traffic Polska sp. z o.o. (dalej jako: „Traffic”) w zakresie pozycji O2.2, O2.3, O2.4, O2.5 oraz O2.6 Tabeli nr 2 dla części

nr 2 Zamówienia i nadaniu tym pozycjom nowych cen jednostkowych, podczas gdy:

a) Zamawiający nie mógł wiedzieć, w jaki sposób miałby dokonać poprawienia błędu w ofercie Traffic, w związku z czym nie mógł samodzielnie dokonać tej czynności;

b) poprawienie błędu w sposób przyjęty przez Zamawiającego doprowadziło do istotnej zmiany oferty Traffic,

- co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oraz zaniechania odrzucenia oferty niezgodnej

z warunkami zamówienia oraz obciążonej błędami w obliczeniu ceny;

Zarzut nr 2: art. 362 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania Traffic do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny w ramach części 3 Postępowania, pomimo że cena ofertowa wykonawcy jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej

o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania,

a jednocześnie nie zachodzi żadna oczywista okoliczność, która uzasadniałaby powyższą rozbieżność;

Zarzut nr 3: art. 362 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP poprzez:

a) dwukrotne wezwanie Traffic do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Traffic w ramach części 1 Postępowania, podczas gdy wyjaśnienia przedłożone przez Traffic w dniu 10 listopada 2023 r. w odpowiedzi na pierwotne wezwanie

do złożenia wyjaśnień nie były rzetelne i nie potwierdziły podanej w ofercie ceny, co obligowało Zamawiającego do odrzucenia oferty Traffic w części 1 Postępowania;

b) zaniechanie odrzucenia oferty Traffic złożonej w ramach części 1 Postępowania, podczas gdy zawiera ona rażąco niską cenę.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Traffic z części 1 i części 2 Postępowania;
3. wezwania do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny w ramach części 3 Postępowania;
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w części 1, 2 oraz 3 Postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że przedmiotem Postępowania wszczętego przez Zamawiającego jest dostawa i wdrożenie systemu sterowania ruchem na terenie m.st. Warszawy. Postępowanie zostało podzielone na trzy części:

- a. część nr 1 obejmuje skrzyżowania w ul. Grójeckiej;
- b. część nr 2 obejmuje skrzyżowania w ul. Powstańców Śląskich oraz al. Reymonta;
- c. część nr 3 obejmuje skrzyżowania w ul. Puławskiej.

Każda część Zamówienia została podzielona na etapy:

- a. etap 1 obejmuje opracowanie dokumentacji projektowej;
- b. etap 2 obejmuje wykonanie robót w terenie oraz wdrożenie systemu sterowania ruchem;
- c. etap 3 obejmuje nadanie Zamawiającemu zdalnego dostępu do sterownika on-line;
- d. etap 4 obejmuje kalibrację wraz z nadzorem powdrożeniowym projektów ruchowych sygnalizacji świetlnej.

Etapy 1 i 2 stanowią zamówienie podstawowe, natomiast etapy 3 i 4 – zamówienie opcjonalne.

Zamawiający wyspecyfikował bardzo charakterystyczny sposób obliczania ceny - cenę należało wyliczyć i podać w PLN z dokładnością dwóch miejsc po przecinku, z zastrzeżeniem, że:

a. dla części nr 2 Postępowania:

- i. wartość prac etapu 1 nie może przekraczać 1,5% łącznej wartości netto części nr 2 Zamówienia;
- ii. wartość prac dla etapu 3 musi wynosić minimum 0,3% łącznej wartości netto części nr 2 Zamówienia;
- iii. wartość prac dla etapu 4 musi wynosić minimum 1% łącznej wartości netto części nr 2 Zamówienia.

Dowód: SWZ (wyciąg) – załącznik nr 1.

W Postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący oraz Traffic.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 12 października 2023 r. – załącznik nr 2.

W dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty – w każdej części Postępowania została wybrana oferta Traffic.

Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 grudnia 2023 r. – załącznik nr 3.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania Odwołujący wskazał, że jak wynika z formularza ofertowego Traffic, za realizację części nr 2, Traffic zaoferował łączną cenę 3.380.548,00 zł netto. W ramach tej ceny Traffic przewidział możliwość realizacji etapu 4 (objętego zamówieniem opcjonalnym) za łączną kwotę 17.500,00 zł brutto. Kwoty jednostkowe składające się na cenę etapu 4 w ramach części nr 2 zostały zawarte w pozycjach O2.2, O2.3, O2.4, O2.5 oraz O2.6 formularza ofertowego.

Dowód: Formularz oferty Traffic – załącznik nr 4.

Tym samym wartość prac w zakresie realizacji etapu 4 nie wynosiła wymaganego przez Zamawiającego minimum 1% łącznej wartości netto części 2 Zamówienia, a zatem w tym zakresie oferta Traffic była niezgodna z postanowieniami rozdz. I, pkt 15 ppkt 15.2.2 SWZ.

Zamawiający dostrzegł powyższą niezgodność oferty z warunkami zamówienia i uznał, że jest on uprawniony do jej poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Pismem z dnia 16 listopada 2023 r. poinformował Traffic, że w formularzu ofertowym dokonał poprawienia poszczególnych pozycji tabeli nr 2 sporządzonej dla części nr 2 Zamówienia w następujący sposób:

- a. w pozycji O2.2 „ul. Powstańców Śląskich – wjazd na pętle Nowe Bemowo ster. A: Kalibracja powdrożeniowa – Etap 4” – została poprawiona cena jednostkowa z 3.500,00 zł na 6.811,00 zł;
- b. w pozycji O2.3 „ul. Powstańców Śląskich – wjazd na pętle Nowe Bemowo ster. B: Kalibracja powdrożeniowa – Etap 4” – została poprawiona cena jednostkowa z 3.500,00 zł na 6.811,00 zł;
- c. w pozycji O2.4 „ul. Powstańców Śląskich - ul. Piastów Śląskich: Kalibracja powdrożeniowa – Etap 4” – została poprawiona cena jednostkowa z 3.500,00 zł na 6.811,00 zł;
- d. w pozycji O2.5 „al. Reymonta –ul. Conrada: Kalibracja powdrożeniowa – Etap 4” – została poprawiona cena jednostkowa z 3.500,00 zł na 6.811,00 zł;
- e. O2.6 „al. Reymonta –ul. Broniewskiego: Kalibracja powdrożeniowa – Etap 4” – została poprawiona cena jednostkowa z 3.500,00 zł na 6.811,00 zł.

Zamawiający wyjaśnił, że poprawił on ofertę poprzez przyjęcie „najniższych możliwych cen jednostkowych, które umożliwiają spełnienie zastrzeżenia dot. warunku procentowego określonego w rozdziale I SWZ ust. 15 ppkt 15.2.2.3, zgodnie z którym wartość prac dla Etapu 4 musi wynosić minimum 1% łącznej wartości netto części nr 2 zamówienia oraz uwzględnił konsekwencje rachunkowe dokonanych poprawek”.

Oprócz powyższych poprawek, Zamawiający dokonał poprawienia omyłki rachunkowej

w pozycji 2.5 formularza ofertowego, w wyniku czego cena netto pozycji wzrosła z kwoty 489.000,00 zł do kwoty 497.000,00 zł. Poprawienie tej omyłki nie jest sporne i pozostaje poza zakresem niniejszego odwołania.

W konsekwencji poprawek wprowadzonych przez Zamawiającego, cena całkowita za realizację części 2 wyniosła 3.405.103,00 zł netto, 4.188.276,69 zł brutto.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 16 listopada 2023 r. – załącznik nr 5.

Dowód: Oferta Traffic po wprowadzeniu poprawek Zamawiającego – załącznik nr 6.

Zdaniem Odwołującego, poprawienie omyłek w pozycjach O2.2 – O2.6 było niezgodne

z ustawą PZP. Jak podnosi się zarówno w orzecznictwie, jak i piśmiennictwie, poprawienie omyłki innej niż pisarska lub rachunkowa jest możliwe przy spełnieniu następujących warunków:

- a. niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi stanowić omyłkę, a więc nieintencjonalne, niecelowe działanie wykonawcy powodujące powstanie niezgodności w treści oferty, pomimo zamiaru dokonania poprawnego zapisu treści oferty. Niedokładność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania;
- b. poprawienie omyłki nie doprowadzi do istotnych zmian w treści oferty;
- c. omyłka musi mieć taki charakter, by czynność poprawy mogła zostać przeprowadzona przez zamawiającego samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. W szczególności możliwość poprawienia omyłki powinno wynikać z treści oferty lub dołączonych do niej dokumentów.

Jeśli chodzi o ustalenie, że niezgodność ma charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy, to w tym zakresie należy przeanalizować całokształt okoliczności towarzyszących sporządzeniu oferty. Ścisłe udowodnienie tej okoliczności wymagałoby poznania zamiaru

i intencji osoby (lub osób) sporządzających ofertę, co w zasadzie jest niewykonalne.

W przypadku oferty Traffic można mówić o szeregu okoliczności, które przemawiają

za uznaniem, że zaoferowanie takich (niezgodnych z SWZ), a nie innych cen w pozycjach O2.2 – O2.6 formularza ofertowego było wynikiem zamierzonego działania, a nie przypadku. Odwołujący wskazał, po pierwsze, w celu zapewnienia, że wykonawcy złożą oferty zgodne

z SWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny, Zamawiający udostępnił wraz z SWZ tzw. formularz sprawdzenia oferty. Formularz ten był powieleniem formularza ofertowego (zawierał te same pozycje co formularz ofertowy), a dodatkowo był wyposażony w formuły matematyczne, które automatycznie informowały (po wprowadzeniu do niego cen) wykonawcę, czy podane przez niego ceny są zgodne z postanowieniami 15.2 SWZ. W razie wprowadzenia zmian do SWZ, Zamawiający na bieżąco aktualizował również formularz sprawdzenia oferty. Odwołujący wywodzi z powyższego, że jeżeli Traffic był wyposażony przez Zamawiającego (tak jak każdy inny wykonawca) w narzędzie weryfikujące zgodność zaoferowanych przez niego cen jednostkowych z SWZ, to zaoferowanie cen, które ostatecznie okazały się niezgodne ze specyfikacją, może być wyrazem wyłącznie decyzji podjętej świadomie przez Wykonawcę.

Odwołujący wskazał, że powyższa argumentacja jest tym bardziej aktualna w przypadku, gdyby Traffic nie skorzystał z formularza sprawdzenia oferty, albo gdyby formularz ten nie zadziałałby prawidłowo i przy weryfikacji ceny ofertowej nie zwrócił informacji o tym, że cena jest niezgodna z postanowieniami SWZ. Należy bowiem pamiętać, że na Traffic – jako

profesjonalistcie – spoczywa obowiązek działania z należytą starannością.

Jeżeli wykonawca podejmuje ryzyko przygotowania kalkulacji cenowej bez narzędzi wspierających ten proces lub bez dodatkowej weryfikacji ceny poprzez jej samodzielne przeliczenie, to powinien ponosić pełną odpowiedzialność związaną z popełnieniem błędu.

Po drugie, Odwołujący zaznaczył, że w przeszłości Traffic składał Zamawiającemu oferty, które były niezgodne z treścią SWZ z dokładnie tych samych powodów, które są kanwą niniejszego odwołania. Zamawiający prowadził postępowanie, którego przedmiotem były dostawa i wdrożenie systemu sterowania ruchem z priorytetem dla tramwajów na terenie m.st. Warszawy (6 części) (znak Zamawiającego: DWZ/138/2021).

Zamawiający odrzucił oferty Traffic złożone w 5 częściach postępowania. Jak wyjaśnił Zamawiający w informacji o wyborze najkorzystniejszej z przywołanego postępowania: „Zamawiający zastrzegł w SWZ (w rozdziale IV w uwagach pod tabelami dot. wyliczenia ceny oferty), że:

- 1) wartość prac dla Etapu 1 każdej części nie może przekraczać 20% łącznej wartości netto danej części zamówienia, której dotyczy,
- 2) wartość prac dla Etapu 3 każdej części musi wynosić minimum 5% łącznej wartości netto danej części zamówienia, której dotyczy,
- 3) wartość prac dla Etapu 4 każdej części musi wynosić minimum 1% łącznej wartości netto danej części zamówienia, której dotyczy
- 4) wartość prac dla Etapu 5 każdej części musi wynosić minimum 4% łącznej wartości netto danej części zamówienia, której dotyczy.

Wykonawca w formularzu oferty nie zastosował ww. wymogów, jakie Zamawiający postawił odnośnie do sposobu obliczenia ceny:

- odnośnie części 1: wartość prac etapu 3 wynosi 4,32 %, wartość prac etapu 4 wynosi 0,41 %, a wartość etapu 5 wynosi 1 ,51 % łącznej wartości netto części nr 1 zamówienia;
- odnośnie części 2: wartość prac etapu 3 wynosi 4,05 %, wartość prac etapu 4 wynosi 0,23% a wartość etapu 5 wynosi 2,86 % łącznej wartości netto części nr 2 zamówienia;
- odnośnie części 3: wartość prac etapu 3 wynosi 3,66 %, wartość prac etapu 4 wynosi 0,16%, a wartość etapu 5 wynosi 3,06% łącznej wartości netto części nr 3 zamówienia;
- odnośnie części 4: wartość prac etapu 3 wynosi 4,14%, wartość prac etapu 4 wynosi 0,4% a wartość etapu 5 wynosi 2,48% łącznej wartości netto części nr 4 zamówienia;
- odnośnie części 6: wartość prac etapu 4 wynosi 0,33% łącznej wartości netto części nr 6 zamówienia.”

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 18 lipca 2022 r. – załącznik nr 7.

W świetle powyższego trudno jest uznać, że wykonawca, którego oferty zostały odrzucone przez tego samego Zamawiającego w postępowaniu o analogicznym przedmiocie (i to aż w 5 częściach) dopuszcza się ponownie podobnego „uchylenia”. Traffic jest bowiem świadomy potencjalnych konsekwencji związanych z nieprawidłowym przygotowaniem oferty i powinien dolożyć szczególnej staranności, aby do tego nie dopuścić ponownie.

Po trzecie, Zamawiający nie dysponuje żadnym dowodem (lub choćby poszlaką) wskazującą na to, że intencją Traffic było zaoferowanie jakichkolwiek innych cen, niż te, które zostały wskazane w formularzu ofertowym. W szczególności Zamawiający nie zwracał się do Traffic

z wezwaniem do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień.

Jeśli chodzi o istotność zmiany dokonanej przez Zamawiającego, to ma ona dwie płaszczyzny – po pierwsze w zakresie ceny ofertowej (wzrost ceny w zakresie zamówienia opcjonalnego

z 27.700,00 zł netto do kwoty 44.255 zł netto, a zatem o przeszło 59%), a po drugie w zakresie wyniku postępowania (poprawa doprowadziła do „utrzymania” oferty Traffic w Postępowaniu). Ponadto, o istotnej zmianie oferty świadczy także fakt, że w przeszłości Zamawiający nie decydował się na poprawienie omyłek, lecz odrzucał oferty obarczone podobnymi niezgodnościami (por. wspomniane powyżej postępowanie na dostawę systemu sterowania ruchem).

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw, aby sądzić, że sposób poprawienia oferty Traffic powinien być taki, jaki Zamawiający przyjął w piśmie z dnia

16 listopada 2023 r. W ofercie Traffic nie ma żadnego punktu odniesienia, że ceny jednostkowe za realizację etapu 4 powinna przyjąć wartość akurat 6.811,00 zł netto – tym bardziej, że Zamawiający nie wzywał Traffic do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Nie można wykluczyć, że gdyby intencją Traffic było zaoferowanie cen zgodnych z SWZ, to byłyby one wyższe od przytoczonej kwoty. Co więcej, Zamawiający nie działał nawet zgodnie z poczynionym przez siebie założeniem polegającym na „przyjęciu najniższych możliwych cen jednostkowych, które umożliwiają spełnienie zastrzeżenia dot. warunku procentowego określonego w rozdziale

I SWZ ust. 15 ppkt 15.2.2.3", bowiem najniższa cena jednostkowa pozwalająca na spełnienie tego warunku to nie kwota 6.811,00 (jak przyjął Zamawiający) lecz kwota 6.810,20 zł. Dowodzi tego symulacja cen jednostkowych wykonana przez Odwołującego w formularzu sprawdzenia oferty przygotowanym przez Zamawiającego.

Dowód: Symulacja cen jednostkowych – załącznik nr 8.

W efekcie powyższego uchybienia Zamawiający wybrał ofertę, która z jednej strony jest niezgodna z warunkami Zamówienia (rozdz. I SWZ – sposób obliczenia ceny oferty, pkt 15 ppkt 15.2.), a z drugiej strony – obciążona błędem w obliczeniu ceny.

Odwołujący zaznaczył, że uchybienia Zamawiającego nie kończą się na zaniechaniu odrzucenia oferty Traffic na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 PZP, ale także – wskutek dokonania poprawy oferty – na wyborze oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z przywołanymi postanowieniami SWZ, cena dla etapu 3 (w ramach części nr 2 Zamówienia) musi wynosić minimum 0,3% łącznej wartości netto części nr 2 Zamówienia. Cena netto części nr 2 po poprawieniu przez Zamawiającego oferty Traffic wynosi 3.405.103,00, co oznacza, że 0,3% z tej kwoty to w zaokrągleniu 10.215,31 zł. Tymczasem jak wynika z pozycji O2.1, cena jednostkowa zaoferowana przez Traffic za realizację etapu 3 wynosi 10.200,00 zł netto. Tym samym cena jednostkowa za realizację etapu 3 w ramach części nr 2 Zamówienia jest niezgodna z postanowieniami pkt 15.2.2.2. SWZ. Zamawiający wybrał ofertę Traffic pomimo wystąpienia tej sprzeczności.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania, Odwołujący wskazał, że jak wynika z protokołu Postępowania, wartość szacunkowa części nr 3 Zamówienia wynosi 4.237.200,00 zł. Natomiast cena brutto zaoferowana Traffic za wykonanie tej części wynosi 3.631.235,52 zł.

Dowód: Protokół Postępowania. – załącznik nr 9.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert z dnia 12 października 2023 r. – załącznik nr 2.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP, 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 zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu.

Jak wynika z powyższego, cena oferty złożonej przez Traffic w części 3 jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług o 30,3%.

To zaś oznacza, że Zamawiający powinien wezwać Traffic do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny, co jednak nie miało miejsca. Tym samym Zamawiający naruszył dyspozycję art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP.

Zamawiający jest zwolniony z konieczności wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień tylko wówczas, gdy rozbieżność pomiędzy ceną ofertową a wartością szacunkową zamówienia lub średnią arytmetyczną złożonych ofert wynika z „okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia”. Do „okoliczności oczywistych” można np. zaliczyć złożenie przez jednego

z wykonawców oferty zawierającej niewspółmiernie wysoką cenę, zawyżającą średnią arytmetyczną. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w części nr 3 Postępowania.

W odniesieniu do oferty złożonej przez Traffic nie występują jakiegokolwiek okoliczności, które można określić mianem „oczywistych”. Zamawiający nie może mieć wiedzy (bez uzyskania

w tym zakresie wyjaśnień), że cena ofertowa Traffic jest ceną rynkową i pozwala na prawidłową realizację Zamówienia, tym bardziej, że Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w ramach części 1, w której cena oferty Traffic była niższa od wartości szacunkowej Zamówienia o 32%.

Z uwagi na powyższe, poprzez zaniechanie wezwania Traffic do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny, Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania, Odwołujący wskazał, że w dniu 31 października 2023 r. Zamawiający wezwał Traffic do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz przedstawienia dowodów w ramach części 1 Postępowania. Przyczyną wezwania była okoliczność, że cena ofertowa była niższa od wartości szacunkowej Zamówienia o 32%.

Wezwanie wystosowane przez Zamawiającego miało charakter ogólny, powieliło treść art. 224 ust. 3 PZP.

Dowód: Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 31 października 2023 r. – załącznik nr 10.

W dniu 10 listopada 2023 r. Traffic przesłał odpowiedź na wezwanie Zamawiającego. Wyjaśnienia składały się ze stosunkowo lakonicznej części opisowej (3 strony tekstu odnoszącego się do zagadnień związanych z kalkulacją ceny ofertowej) oraz z kalkulacji

i dowodów mających potwierdzać dokonane założenia cenowe.

W dniu 16 listopada 2023 r. Zamawiający przesłał Traffic wezwanie do złożenia dalszych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Jak wynika z pisma Zamawiającego, wezwał on „do doprecyzowania wyjaśnień w poniższym

zakresie:

a. „w odniesieniu do skrzyżowania Grójecka – Bitwy Warszawskiej: w pliku „Kalkulacja” wskazano, że podwykonawcy zostanie zlecone wykonanie usługi programowania sterownika (zakres podstawowy zamówienia) oraz wykonanie kalibracji powdrożeniowej (zakres zamówienia z prawa opcji); mając powyższe na uwadze Zamawiający wzywa do przedstawienia dowodu na potwierdzenie cen ww. pozycji”;

b. „w odniesieniu do skrzyżowania Grójecka – Barska – Słupecka: w pliku „Kalkulacja” nie wskazano, że wykonanie kalibracji powdrożeniowej zostanie zlecone podwykonawcy; zgodnie z wiedzą Zamawiającego ww. skrzyżowanie jest sterowane tym samym sterownikiem co skrzyżowanie na Pl. Narutowicza, którego kalibrację wykona podwykonawca Swarco sp.

z o.o., co oznacza, iż jest mało prawdopodobne, aby Wykonawca miał możliwość samodzielnego wykonania kalibracji powdrożeniowej skrzyżowania Grójecka – Barska – Słupecka; mając na uwadze powyższe Zamawiający wzywa do wyjaśnienia:

i. czy wykonanie kalibracji powdrożeniowej skrzyżowania Grójecka – Barska – Słupecka Wykonawca zrealizuje samodzielnie czy zleci podwykonawcom?

ii. podstaw na jakich oszacowano cenę wykonania kalibracji powdrożeniowej skrzyżowania Grójecka – Barska – Słupecka na kwotę 2 500 zł, zważywszy, iż w dowodzie D5 (oferta Swarco sp. z o.o. z dn. 11.10.2023 r.) widnieje cena 5 000 zł za kalibrację powdrożeniową i taką kwotę Wykonawca podał w pliku „Kalkulacja” jako kwotę za kalibrację Pl. Narutowicza”;

c. „w odniesieniu do usługi zdalnego dostępu do podglądu pracy sterowników sygnalizacji świetlnej (poz. O1.1 formularza oferty): w pliku „Kalkulacja” nie wyodrębniono ceny ww. usługi, mając powyższe na uwadze Zamawiający wzywa do wyjaśnienia:

i. czy cena ww. usługi została ujęta w innych pozycjach wyszczególnionych w pliku „Kalkulacja” – jeśli tak to w jakich?

ii. na jaką kwotę Wykonawca oszacował usługę zdalnego dostępu do sterownika na skrzyżowaniu Grójecka – Bitwy Warszawskiej 1920 r., którego programowanie i kalibrację zrealizuje podwykonawca? (wycena ww. usługi w zakresie skrzyżowań Pl. Narutowicza

i Grójecka - Barska –Słupecka, którą zrealizuje podwykonawca Swarco sp. z o.o. została określona w dowodzie D5)”.

Dowód: Wyjaśnienia Traffic dotyczące zaoferowanej ceny w ramach części 1 Postępowania

z dnia 10 listopada 2023 r. – załącznik nr 11.

Dowód: Pismo Zamawiającego z dnia 16 listopada 2023 r. – załącznik nr 12.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie był uprawniony do ponownego wezwania Traffic do „doprecyzowania wyjaśnień”. Po pierwsze, obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest – niezależnie od szczegółowości wezwania – udzielenie rzetelnych, rzeczowych, kompletnych i zrozumiałych wyjaśnień, pozwalających zamawiającemu prześledzić założenia leżące u podstaw kalkulacji cenowej. Jeśli wykonawca nie zdoła przedstawić wyjaśnień spełniających powyższe wymogi, to jego oferta podlega odrzuceniu, ponieważ, jak stanowi art. 224 ust. 6 PZP, 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. Z samego faktu konieczności „doprecyzowania” wyjaśnień wynika, że przedstawione pierwotnie wyjaśnienia i dowody nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu, a zatem oferta podlega odrzuceniu.

Po drugie, Zamawiający może wezwać do dalszych wyjaśnień zaoferowanej ceny wtedy i tylko wtedy, kiedy podczas analizy pierwotnie złożonych wyjaśnień ujawnią się okoliczności budzące nowe wątpliwości zamawiającego, albo pojawiły się nowe kwestie wymagające wyjaśnienia. Analiza wezwania wystosowanego przez Zamawiającego jednoznacznie potwierdza, że Zamawiający pyta o okoliczności, które powinny znaleźć się w Wyjaśnieniach przedłożonych po pierwszym wezwaniu, tj.:

a. żądanie przedstawienia dowodów potwierdzających kosztów podwykonawcy wykonującego usługę programowania sterownika – i to w sytuacji, w której Zamawiający wyraźnie zaznaczył

w wezwaniu, że żąda przedstawienia dowodów;

b. żądanie udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy Traffic zamierza zlecić zakres prac podwykonawcom, i to w sytuacji, w której Zamawiający wie „z urzędu”, że dany zakres prac musi zostać wykonany przez podwykonawcę i dostrzega sprzeczność pomiędzy kalkulacją

a dowodami przedłożonymi do wyjaśnień;

c. żądanie przedstawienia kosztów realizacji zdalnego dostępu sterowników na skrzyżowaniu Grójecka – Bitwy Warszawskiej 1920 r. Zamawiający niemal sugeruje Traffic, że niewyszczególnione w kalkulacji koszty zostały ujęte przez Traffic w jakiejś innej pozycji kosztorysowej.

Zamawiający nie może wzywać Traffic do przedkładania kolejnych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny i doprowadzić w ten sposób do stanu, w którym oferta wykonawcy byłaby „akceptowalna”. Pogląd ten znalazł

potwierdzenie w orzecznictwie KIO:

a. w wyroku z dnia 23 grudnia 2020 r., sygn. KIO 3210/20: „Ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie

w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Niemniej, nie oznacza to, że zamawiający powinien przejmować za wykonawcę inicjatywę w dążeniu do udowodnienia realności elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zamawiający, będąc gospodarzem postępowania, winien przestrzegać podstawowych zasad, takich jak chociażby zasady bezstronności, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ponowne wezwanie do wyjaśnienia

w rzeczywistości tego samego zakresu informacji, przy zaniechaniu rzetelnego i starannego działania wykonawcy podczas złożenia wyjaśnień niepopartych dowodami, należałoby uznać za naruszenie art. 90 ust. 1 p.z.p.”;

b. w wyroku z dnia 30 listopada 2020 r., sygn. KIO 2829/20: „Ponowne wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p. może mieć miejsce wyłącznie w sytuacji, w której poprzednie wyjaśnienia były wystarczająco konkretne i stanowiły kompletną odpowiedź na wezwanie, jednakże istnieje potrzeba po stronie zamawiającego zadania dodatkowych pytań dotyczących pewnych szczegółowych kwestii.”

W związku z powyższym potwierdził się zarzut naruszenia art. 224 ust. 1, 2 i 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP.

Ponadto, poza wymienionymi powyżej uchybieniami związanymi z przedstawieniem nierzetelnych wyjaśnień zaoferowanej ceny oraz bezpodstawnym dodatkowym wezwaniem wystosowanym przez Zamawiającego, Odwołujący podnosi, że oferta Traffic zawiera rażąco niską cenę z uwagi na poniższe okoliczności:

a. Jak wynika z kalkulacji dołączonej do wyjaśnień z 10 listopada 2023 r., Traffic przyjął, że wartość prac instalacyjnych w ramach części 1 Zamówienia wyniesie łącznie 64.758,30 zł, co przy stawce godzinowej przyjętej przez Traffic w kwocie 33 zł brutto oznacza, że Traffic przewiduje 1926,37 roboczogodzin (64.758,30 zł/33 zł). Jak należy wnioskować z dowodów dołączonych do Wyjaśnień, Traffic zamierza skierować do realizacji Zamówienia

4 pracowników. To z kolei oznacza, że na każdego pracownika przypada 490,59 godzin ciągłej pracy (bez przerw, posiłków, zwolnień lekarskich, urlopów itp.), co przy zastosowaniu średniego miesięcznego wymiaru czasu pracy obowiązującego w 2024 roku, daje ponad 2,93 miesiąca (490,59 godzin/167 godzin). Oznacza to, że wszyscy czterej pracownicy musieliby pracować ciągle przez ponad 12,26 tygodnia, podczas gdy termin realizacji części 1 Zamówienia to 6 tygodni + 2 tygodnie na odbiór (podczas którego prace nie powinny być prowadzone, ponieważ powinny zostać ukończone).

Nawet gdyby Zamawiający pozwolił na pracę w trakcie procedury odbiorowej, to Traffic i tak nie zdołałby dotrzymać terminu realizacji przy siłach skierowanych do realizacji Zamówienia.

Z powyższego wynikają dwa odrębne wnioski. Pierwszy jest taki, że Traffic nie dysponuje potencjałem umożliwiającym mu należytą realizację Zamówienia, co może stanowić o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji oraz niezgodnej z warunkami zamówienia. Drugi wniosek jest taki, że w celu terminowej realizacji części 1 Zamówienia Traffic będzie zmuszony do powierzenia pracy w nadgodzinach, zatrudnienia dodatkowych pracowników lub skorzystania z podwykonawców, jednakże koszty te nie zostały przez Traffic ujęte

w Wyjaśnieniach ani dołączonej do niej kalkulacji, co potwierdza, że zaoferowana cena ma charakter rażąco niskiej. Odwołujący szacuje, że koszt ewentualnych nadgodzin to ok. 20.000 złotych. Ponadto, liczba nadgodzin zleconych w związku ze szczególnymi potrzebami pracodawcy nie może przekroczyć w roku kalendarzowym 150 godzin¹⁶, co przy 4-osobowej ekipie i założeniach poczynionych przez Traffic nie jest wykonalne. Ta ostatnia okoliczność dodatkowo potwierdza rażąco niski charakter ceny Traffic, ponieważ zgodnie z art. 224 ust.

3 pkt 6 PZP (i treścią wezwania), wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny powinny potwierdzać zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy. Prawdopodobieństwo zaoferowania rażąco niskiej ceny jest nawet większe, jeżeli weźmie się pod uwagę, że oferta Traffic została wybrana w trzech częściach Postępowania, których realizacja jest równoległa. Traffic nie zdoła zrealizować Zamówienia przy wykorzystaniu zasobów opisanych w Wyjaśnieniach (lub poniesie niepomiarowo wyższe koszty).

b. W kontekście potencjalnego braku możliwości realizacji Zamówienia w części 1 z uwagi na brak potencjału po stronie Traffic, Odwołujący zwraca uwagę, że 3 z 4 umów o pracę przedłożonych przez Traffic wraz z wyjaśnieniami wygaśnie w dniu 31 grudnia 2023 r. Tym samym Traffic nie zdołał wykazać, że rzeczywiście będzie ponosił założone koszty w 2024 roku.

c. Traffic wraz z Wyjaśnieniami przedłożył dokumenty świadczące o tym, że dysponuje rozbudowanym parkiem maszynowym (6 różnych maszyn, w tym pojazdy ciężarowe i osobowe). W kalkulacji dołączonej do Wyjaśnień brak jest wyliczeń dotyczących czasu pracy poświęconych na poruszanie się i obsługę tych pojazdów. Dodatkowo, jeżeli tymi pojazdami miałyby się poruszać 4 osoby przewidziane do realizacji instalacji, to przedstawione powyżej obliczenia dotyczące czasochłonności realizacji zadania wypadają jeszcze

mniej korzystnie. Natomiast jeżeli są to jeszcze inni, nieprzewidziani w Wyjaśnieniach pracownicy, kalkulacje Traffic obarczone są luką na poziomie kilku, kilkunastu tysięcy złotych.

d. Jak wynika z umowy o pracę z dnia 17 września 2018 r. wynagrodzenie zasadnicze jednego z programistów skierowanych do realizacji Zamówienia, wynosi 7.080 zł brutto (daje to miesięczną stawkę 50,58 zł/h, podczas gdy Traffic przewiduje koszty prac programistycznych właśnie na poziomie 50 zł/h). Powyższa umowa nie odzwierciedla aktualnych stawek rynkowych za pracę programisty. Mediana wynagrodzenia programisty wynosi obecnie 9.310 zł brutto (a realne zarobki są nawet większe), co znacznie przekracza koszty przewidziane w Wyjaśnieniach Traffic. Biorąc pod uwagę szereg zdarzeń (pandemia, wojna w Ukrainie, inflacja, wzrost kosztów życia) nie jest wiarygodne twierdzenie Traffic, że zatrudnia on pracowników po stawkach obowiązujących w 2018 roku. W kontekście prac programistycznych odnotować także należy, że oświadczenia programistów dołączone do Wyjaśnień przewidują realizację prac przez programistów za stawkę 50 zł brutto. Traffic planuje zrealizować prace programistyczne po tej samej stawce, co oznacza, że Traffic nie ujął w tym zakresie wszystkich kosztów pracowniczych wynikających np. z umowy zlecenia lub umowy o pracę.

Dowód: Raport płacowy Sedlak&Sedlak dla programistów (specjalisty). – załącznik nr 1319.

e. Kalkulacja dołączona do Wyjaśnień w ogóle nie przewiduje kosztów związanych z zapewnieniem koordynatora prac. Zgodnie z postanowieniami umowy w sprawie zamówienia publicznego, koordynator prac jest głównym pracownikiem wykonawcy przez cały okres realizacji Zamówienia. Wykonawca musi zapewnić całodobowy kontakt telefoniczny

z koordynatorem, co jest istotnym czynnikiem kosztotwórczym (pracownikowi przysługuje prawo do wynagrodzenia za okres pozostawania w gotowości do pracy). Okres realizacji Zamówienia (składający się z projektu, realizacji, wsparcia w etapie II oraz dokumentacji powykonawczej) to ok. 5 miesięcy. Koszty prac z całodobową obsługą to ok. 15.000 zł netto miesięcznie, a zatem w skali całego Zamówienia nawet 75.000 zł netto.

f. Kalkulacja dla etapu II nie przewiduje kosztów wsparcia powdrożeniowego, i to pomimo tego, że koszt ten został wymieniony w samych Wyjaśnieniach. Wsparcie trwa 4 tygodnie, a zatem jest to koszt ok. 8.000 zł.

g. Kalkulacja dla etapu II nie przewiduje kosztów przygotowania dokumentacji powykonawczej, i to pomimo tego, że koszt ten został wymieniony w samych Wyjaśnieniach. Koszt dokumentacji dla 5 skrzyżowań może wynieść nawet 7.500 zł.

h. Podsumowanie kalkulacji nie przewiduje kosztów prac polegających na przygotowaniu i wdrożeniu Czasowej Organizacji Ruchu oraz zapewnieniu Kierownika (koszty te są wykazane w tabeli szczegółowej dla każdego ze skrzyżowań, ale brak ich w podsumowaniu). Jednak podsumowanie kalkulacji wyszczególnia w ramach etapu 2 podział kosztów na pracę, materiał, sprzęt, prace podzlecone i inne. Wymienionych kosztów nie sposób jest zaliczyć

do którejkolwiek kategorii, co oznacza, że Traffic nie ujął w podsumowaniu kalkulacji kosztów na poziomie 32.426 zł.

i. Koszty ubezpieczenia na poziomie 5.000 zł są zaniżone i nierealne.

Zamawiający wymaga ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z sumą gwarancyjną nie mniejszą niż 4.000.000,00 zł na jeden i wszystkie wypadki ubezpieczeniowe w rocznym okresie ubezpieczenia. Wykonawca ma obowiązek zawarcia na własny koszt (w cenie oferty) oddzielnie dla każdej części zamówienia umowę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej

z tytułu wykonywania wszelkich prac, na cały okres wykonywania umowy. Koszt takiego ubezpieczenia to nawet 40.000 – 60.000 złotych.

j. Część opisowa Wyjaśnień nie przewiduje konieczności wykonania „pozostałych prac związanych z budową lub modernizacją sygnalizacji świetlnej oraz wdrożeniem stałej organizacji ruchu”, choć konieczność ich przeprowadzenia wynika wprost z OPZ. To zaś oznacza, że Traffic po prostu nie ujął prac w kalkulacji. Wartość tych prac to nawet 30.000 zł.

W piśmie z dnia 3 stycznia 2024 r. – odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający odnosząc się do zarzutów odwołania wskazał:

W zakresie zarzutu 1, dotyczącego bezpodstawnego poprawienia oferty Traffic w zakresie pozycji O2.2, O2.3, O2.4, O2.5 oraz O2.6 Tabeli nr 2 dla części 2 Postępowania i nadania tym pozycjom nowych cen jednostkowych odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na poniższą argumentację:

1) Zamawiający w toku badania i oceny ofert stwierdził, że w Ofercie Traffic na część

2 Postępowania wartość pozycji „Razem inne nr 2.5 = 2.5.1 + 2.5.2 + 2.5.3” zawiera omyłkę rachunkową polegającą na błędnym zsumowaniu, tj. nieuwzględnieniu w sumie w ww. wierszu poz. 2.5.1; ponadto cena za wykonanie prac dla Etapu 4 nie stanowi minimum 1% łącznej wartości netto części nr 2 zamówienia, który to wymóg Zamawiający określił w SWZ;

2) Zamawiający zwrócił również uwagę, że treść i format tabeli w Ofercie są identyczne jak

w tabeli w Formularzu pomocniczym, co oznacza, iż Traffic przeniósł do formularza oferty tabelę z Formularza

pomocniczego, co jednoznacznie wskazuje, iż przy kalkulacji ceny Oferty korzystał z przekazanego przez Zamawiającego pomocniczego pliku;

3) Zamawiający sprawdził przekazany wraz z SWZ plik Formularza pomocniczego i stwierdził, że w zakresie części nr 2 (i tylko tej części) nie zapewniał on pełnej weryfikacji poprawności wyliczenia ceny Oferty, gdyż poz. 2.5.1 formularza nie została uwzględniona w sumie pozycji 2.5.1, 2.5.2 i 2.5.3, składających się łącznie na pozycję 2.5, a w tabeli dot. sprawdzenia czy wartość prac dla Etapu 4 wynosi minimum 1% łącznej wartości netto części nr 2 w komórce N9 w formule „=JEŻELI(C41*0,001<=SUMA(C35:C39);"Prawidłowo"; "Błąd")” zamiast 0,001 powinno być 0,01 (wymóg odnos się do 1% a nie 0,1%);

4) Zamawiający mając na uwadze, że wprawdzie Wykonawca jako profesjonalista winien dołożyć należytej staranności przy przygotowaniu i kalkulacji oferty, to jednak nie mógł pominąć faktu, iż przekazany przez Zamawiającego Formularz pomocniczy, który miał stanowić dla wykonawców pomoc w przygotowaniu i sprawdzeniu poprawności Oferty, zawierał niepoprawne formuły; powyższe mogło spowodować, iż Traffic nie zauważył niezgodności sporządzonej Oferty z treścią SWZ, gdyż dla wartości prac dla Etapu 4 w części 2 (suma wierszy O2.2, O2.3, O2.4, O2.5 i O2.6) zamiast komunikatu „Błąd” wygenerował się komunikat „Prawidłowo”; uwzględniając powyższe Zamawiający dokonał poprawy Oferty w pozycjach O2.2, O2.3, O2.4, O2.5 i O2.6, poprawiając całkowite ceny jednostkowe w tych pozycjach (takie same ceny 3.500,00 zł) na najniższe możliwe całkowite ceny jednostkowe zapewniające spełnienie warunku określonego w SWZ, tj. 6.811,00 zł (w każdej z pozycji: O2.2, O2.3, O2.4, O2.5 i O2.6); dokonana przez Zamawiającego poprawa ww. omyłek nie wpłynęła na wyniki oceny ofert w ustanowionych przez Zamawiającego kryteriach;

5) Zamawiający podniósł, że nie dokonał ww. poprawy w sposób dowolny, ustalony w ramach negocjacji z Traffic, tylko poprawił stwierdzone inne omyłki zgodnie z dyspozycją wynikającą

z postanowień SWZ, gdzie jak wskazano już wyżej, zastrzegł, że wartość prac dla Etapu 4 winna wynosić minimum 1% łącznej wartości netto części nr 2 zamówienia;

Zamawiający wskazuje przy tym, że w innym prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, w którym Zamawiający również dokonał poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, Izba w wyroku z dnia 10 sierpnia 2023 r. (sygn. KIO 2162/23) stwierdziła: „Odnosząc się zaś do argumentacji odwołującego, że możliwe są inne, hipotetyczne sposoby poprawienia omyłki, a poprawa oferty przez zamawiającego została dokonana bez jakichkolwiek obiektywnych i jasnych zasad określania tych cen, skład orzekający wskazuje, iż nie znalazła ona potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy. Takie stanowisko jest bardzo powszechne

w tego typu sprawach, co nie oznacza, że jeżeli jesteśmy w stanie wymyślić inne sposoby poprawy zaistniałego błędu, odmienne od tego, który zastosował zamawiający,

to automatycznie mamy do czynienia z omyłką, której nie można konwalidować. Istota sprawy dotyczy bowiem zweryfikowania czy doszło do wady oferty, którą można poprawić w oparciu

o jej treść, tak aby doprowadzić ją do stanu zgodności z wymaganiami SWZ, a nie na badaniu kolejnych wymyślnych sugestii na poprawienie zaistniałego błędu, które niewiele mają wspólnego z treścią oferty i ze sposobem dokonywania wyceny przedmiotu zamówienia.”;

Na poprawność działań Zamawiającego wskazuje także wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2022 r. (sygn. KIO 85/22), w którym KIO badając możliwość samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy wskazała, że „Co do możliwości samodzielnego poprawienia przez zamawiającego omyłkowej niezgodności, bez udziału wykonawcy, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że przepis art. 223 ust. 2 pkt

3 p.z.p. wprost takiej przesłanki nie formułuje. Stosowanie jej w praktyce przez zamawiających eliminuje ryzyko naruszenia zakazu prowadzenia jakichkolwiek negocjacji z wykonawcą

na temat złożonej oferty oraz gwarantuje zachowanie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i przestrzegania uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.”;

6) wbrew twierdzeniom Odwołującego nie sposób przyjąć, że w świetle szeregu okoliczności niezgodność Oferty z warunkami zamówienia to nie omyłka, a wynik zamierzonego działania Traffic; po pierwsze, jak sam Odwołujący wskazuje, ścisłe udowodnienie tej okoliczności wymagałoby poznania zamiaru i intencji osoby (lub osób) sporządzających ofertę,

co w zasadzie jest niewykonalne; ponadto, jak podnosi Odwołujący, Zamawiający udostępnił wraz z SWZ Formularz pomocniczy zawierający formuły matematyczne, które automatycznie informowały Wykonawcę (po wprowadzeniu do niego cen), czy podane przez niego ceny są zgodne z postanowieniami rozdziału I pkt 15.2 SWZ, jednakże, jak wskazano w pkt 3 powyżej Formularz pomocniczy akurat w zakresie części nr 2 zawierał błędnie określone formuły (w pozostałych częściach 1 i 3 Formularz pomocniczy prawidłowo przeliczał kwoty i poprawnie sprawdzał zgodność z wymogami SWZ); mając powyższe na uwadze wskazać należy,

że odpowiedzialnością za skutek błędu Formularza pomocniczego nie można obciążyć Traffic

i w konsekwencji nie można uznać, że zaferowanie cen, które ostatecznie okazały się niezgodne z wymogami określonymi w SWZ, było wynikiem zamierzonego działania Traffic;

w świetle powyższych okoliczności brak jest w konsekwencji podstaw i uzasadnienia, aby

w niniejszej sprawie, jak wnioskuje Odwołujący, rozstrzygać analogicznie jak w postępowaniu DWZ/138/2021, tym bardziej, że aktualne orzecznictwo potwierdza prawidłowość działań Zamawiającego podjętych w przedmiotowej sprawie;

7) w ocenie Zamawiającego, wbrew stanowisku Odwołującego, poprawienie omyłki w Ofercie Traffic nie doprowadziło do istotnej zmiany tej oferty; Odwołujący na poparcie swojej tezy

o istotności zmiany wskazał w pierwszej kolejności na wzrost ceny w zakresie zamówienia opcjonalnego z 27.700,00 zł netto do 44.255,00 zł netto, a zatem o przeszło 59%, przemilczając jednocześnie, że wzrost ceny w zakresie całego zamówienia to zaledwie 0,49%; odnosząc się do powyższego warto wskazać na orzecznictwo Izby i sądów odnoszące się tej kwestii:

– wyrok KIO z dnia 31 stycznia 2022 r. (sygn. KIO 85/22), w którym Izba zauważyła, że

„Z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia”;

– wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z 23 kwietnia 2009 r. sygn. Akt XII Ga 102/09,

w uzasadnieniu którego wskazano, że „W ocenie Sądu Okręgowego nie ulega jednak kwestii, iż ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie ofert innego podobnego zamówienia. Nadto należy zaznaczyć, że poprawienie przez zamawiającego innej omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu. Innymi słowy kwantyfikator "istotnych zmian" należy w ocenie sądu odnosić do całości treści oferty

i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty.”;

– wyrok KIO z dnia 30 maja 2011 r. o sygn. KIO 1066/11 w którym Izba wskazała, że „Nie podziela się poglądu, że o istotności zmiany w treści oferty decyduje, to czy zmiana nie wpływa na cenę. Zmiana nieistotna w treści oferty to zmiana o niewielkim w stosunku do całego przedmiotu oferowanego zakresie.”;

– wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2023 r. (sygn. KIO 2162/23) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: „Kolejnym warunkiem poprawienia innej omyłki jest nieistotność zmiany treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy zaistniałego błędu - przyjmuje się, że

o tym decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy

w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Poprawienie zaistniałej omyłki nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty przystępującego D. i jest zgodne z jego intencją wynikającą z całości brzmienia złożonej oferty. Omyłkę poprawiono również jedynie w dwóch pozycjach formularza ofertowego, które nie dotyczą podstawowego zamówienia, a aspektu opcjonalnego - są to naprawy pogwarancyjne, które zostaną lub nie zostaną wykonawcy zlecone, w zależności od potrzeb zamawiającego. Dalej Izba stwierdziła, że skala poprawy oferty nie jest znacząca - doszło do zmiany ceny o 5116,80 zł, przy całkowitej cenie oferty w wysokości 9 798 177,51 zł, tj. nastąpiła zmiana ceny napraw pogwarancyjnych zamówienia opcjonalnego z 63 343,77 zł na 68 460,57 zł. Zatem zakres dokonanych zmian, które są wręcz marginalne, nie narusza istoty zobowiązania wynikającego z oferty,

a dodatkowo dokonana poprawa nie ma żadnego znaczenia dla wyników oceny ofert

w ustanowionych przez zamawiającego kryteriach.”;

8) należy podkreślić, że w wyniku poprawienia przez Zamawiającego omyłki w treści Ofercie nie doszło do jej istotnej zmiany; powoływany przez Odwołującego w powyższym kontekście wzrost ceny w zakresie zamówienia opcjonalnego (które ze swej istoty jest zakresem niepewnym, z realizacji którego Zamawiający skorzysta lub nie) nie może mieć w sprawie istotnego (decydującego) znaczenia z uwagi na okoliczność, że wzrost ceny za cały zakres przedmiotu zamówienia to tylko 0,49%; powyższe uzasadnia zatem stanowisko Zamawiającego, że mamy do czynienia ze zmianą nieistotną, tj. zmianą o niewielkim

w stosunku do całego zamówienia zakresie;

9) odnosząc się do zarzutu Odwołującego, który wskazuje, że jeśli chodzi o istotność zmiany dokonanej przez

Zamawiającego, to ma ona dwie płaszczyzny, tj. poza powyższym także

„w zakresie wyniku postępowania (poprawa doprowadziła do utrzymania oferty Traffic

w Postępowaniu)” Zamawiający wskazuje, że w wyroku z dnia 9 stycznia 2023 r. (sygn. KIO 3400/22) Izba wskazała, że „Istotności zmiany nie rozpatruje się w kontekście ewentualnego wpływu na wynik postępowania, czy też wpływu na essentialia negotii przyszłej umowy.”;

10) za chybione należy uznać także twierdzenia Odwołującego, że „Zamawiający nie działał nawet zgodnie z poczynionymi przez siebie założeniami polegającymi na „przyjęciu najniższych możliwych cen jednostkowych, które umożliwiają spełnienie zastrzeżenia dot. warunku procentowego określonego w rozdziale I SWZ ust. 15 ppkt 15.2.2.3” gdyż wskazać należy, że Zamawiający przyjął najniższe możliwe całkowite ceny jednostkowe, tj. 6 811,00 zł (poprawiając w 5 pozycjach całkowite ceny jednostkowe w wysokości 3 500,00 zł na 6 811,00 zł);

11) podsumowując powyższe Zamawiający wskazał, że dokonana zmiana Oferty jest zmianą niepowodującą istotnych zmian w jej treści (czyli nieistotną) dozwoloną w świetle uregulowań ustawy Pzp, tym samym w ocenie Zamawiającego Zarzut 1 w ww. zakresie nie zasługuje na uwzględnienie;

12) odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego niezgodności ceny jednostkowej za realizację Etapu 3 w ramach części nr 2 Postępowania z postanowieniami SWZ,

tj. niespełnienia wymogu, iż „wartość prac dla Etapu 3 dla części 2 musi wynosić minimum 0,3% łącznej wartości netto danej części zamówienia, której dotyczy” Zamawiający zwrócił uwagę, że określił wymóg procentowy z dokładnością do jednego miejsca po przecinku,

a wartość prac wg Oferty Traffic wynosi 10 200,00 zł co stanowi 0,299600%; zatem stosując matematyczną zasadę zaokrąglenia z dokładnością do jednego miejsca po przecinku wartość Etapu 3 stanowi wymagane przez Zamawiającego 0,3%; nie można zatem uznać, iż Oferta Traffic jest niezgodna z wymogiem SWZ;

13) podsumowując powyższe Zamawiający wskazał, że nie dokonał bezpodstawnego poprawienia Oferty Traffic w zakresie pozycji O2.2, O2.3, O2.4, O2.5 oraz O2.6 Tabeli nr 2 dla części 2 Postępowania, lecz działania jego były zgodne z ustawą Pzp, a tym samym w ocenie Zamawiającego Zarzut 1 w ww. zakresie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie Zarzutu 2, dotyczącego zaniechania wezwania Traffic do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny w ramach części 3 Postępowania, pomimo że cena ofertowa Traffic jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów

i usług ustalonej przed wszczęciem Postępowania, a jednocześnie nie zachodzi żadna oczywista okoliczność, która uzasadniałaby powyższą rozbieżność, Zamawiający wskazał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na poniższą argumentację:

1) zgodnie z art. 224 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień

w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych 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, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) w Postępowaniu na część nr 3 zostały złożone w terminie dwie oferty:

a) Odwołującego za cenę brutto: 3 684 465,00 zł, w tym zakres podstawowy: 3 621 744,84 zł, zakres z prawa opcji: 62 720,16 zł,

b) Traffic za cenę brutto: 3 631 235,52 zł, w tym zakres podstawowy: 3 567 152,52 zł, zakres z prawa opcji: 64 083,00 zł; wartość ww. części zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wyniosła 5 211 756,00 zł;

3) Zamawiający, badając ceny złożonych ofert, zwrócił uwagę na ich zbieżność cenową (różnica wynosi zaledwie 53 229,48 zł brutto tj. ~1%) oraz fakt, że ceny obu ofert są znacznie niższe od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (dalej: „wartość zamówienia”) i stanowią odpowiednio 71% (Odwołujący) i 70% (Traffic) wartości zamówienia; Zamawiający uznał więc, że zaistniała sytuacja „przeszacowania” wartości zamówienia, a rynek (wykonawcy) zweryfikował przyjęte założenia; Zamawiający dokonał szacowania wartości zamówienia na podstawie cen otrzymanych w postępowaniu przetargowym dla podobnego zakresu zamówienia, prowadzonym w 2022 r., którego przedmiotem było wdrożenie priorytetu dla tramwajów oraz dodał (doliczył) inflację na poziomie około 20%; różnica pomiędzy cenami złożonych ofert a wartością zamówienia wynika z niższego tempa wzrostu cen na rynku dla prac będących przedmiotem zamówienia (robót instalacyjnych) niż przyjęte przez Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia;

4) Zamawiający ocenił, że opisana wyżej różnica cen ofert wobec wartości zamówienia jest okolicznością oczywistą, która nie wymaga wyjaśnienia, a mianowicie jest skutkiem zawyżenia wartości zamówienia; powyższą okoliczność (przeszacowania wartości zamówienia) potwierdzają obie złożone w postępowaniu oferty na zbliżone kwoty, obie

znacząco niższe

od tej wartości, co stanowi oczywistą okoliczność niewymagającą wyjaśnienia – mając powyższe na uwadze Zamawiający zaniechał wezwania Traffic do złożenia wyjaśnień;

5) na poprawność działań Zamawiającego wskazuje wyrok KIO z dnia 17 czerwca 2021 r. (sygn. KIO 1612/21) w którym KIO wskazała, że: „należy podzielić stanowisko zamawiającego, że jest on zwolniony z wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie ceny jego oferty, jeśli rozbieżność między tą ceną a wartością zamówienia powiększoną VAT lub średnią arytmetyczną cen wszystkich złożonych ofert, wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia (art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp). Należy także zgodzić się

z zamawiającym, że przyczyna zastosowania ww. przepisu, tj. odstąpienia od badania rażąco niskiej ceny, może wynikać z tego, że znacząco wyższa od innych cena jednej lub kilku ofert złożonych w postępowaniu wyraźnie zawyża średnią arytmetyczną wszystkich złożonych ofert, co powoduje, że pozostałe oferty okazują się mieć ceny niższe o co najmniej 30% od tejże średniej. Inną przyczyną odstąpienia od badania rażąco niskiej ceny może być sytuacja, w której wartość szacunkowa powiększona o VAT jest wyraźnie zawyżona w stosunku do cen złożonych ofert, wskutek czego oferty te okazują się mieć ceny niższe o co najmniej 30%

od tejże wartości. W każdym ze wskazanych przykładów ziszczenie się przesłanki dotyczącej wskaźnika 30%, wynika z niedostosowania wartości szacunkowej zamówienia lub cen niektórych ofert do realiów rynkowych.”;

6) reasumując, Zamawiający wskazał, że zaniechanie wezwania Traffic do złożenia wyjaśnień nie stanowi naruszenia art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, tym samym w ocenie Zamawiającego Zarzut 2 nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie Zarzutu 3, dotyczącego dwukrotnego wezwania Traffic do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny i zaniechania odrzucenia Oferty Traffic w ramach części 1 Postępowania, podczas gdy wyjaśnienia przedłożone przez Traffic w dniu 10 listopada 2023 r. w odpowiedzi na pierwotne wezwanie do złożenia wyjaśnień nie były rzetelne i nie potwierdziły podanej

w Ofercie ceny, co obligowało Zamawiającego do odrzucenia Oferty Traffic w części

1 Postępowania oraz zaniechania odrzucenia Oferty Traffic złożonej w ramach części

1 Postępowania, podczas gdy zawiera ona rażąco niską cenę Zamawiający wskazał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na poniższą argumentację:

1) zgodnie z art. 224 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień

w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych 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 (dalej: „wartość zamówienia”) lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 (dalej: „średnia arytmetyczna”), chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) w Postępowaniu na część nr 1 zostały złożone w terminie dwie Oferty:

a) Odwołującego za cenę brutto: 1 751 089,50 zł, w tym zakres podstawowy: 1 682 780,22 zł, zakres z prawa opcji: 68 309,28 zł,

b) Traffic za cenę brutto: 657 913,47 zł, w tym zakres podstawowy: 610 681,47 zł, zakres

z prawa opcji: 47 232,00 zł; wartość ww. części zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług wyniosła 1 794 373,20 zł;

3) mając na uwadze, że oferta Traffic stanowiła odpowiednio 37% wartości zamówienia oraz 55% średniej arytmetycznej cen złożonych ofert, Zamawiający wezwał Traffic do złożenia wyjaśnień (w tym dowodów) dotyczących wyliczenia ceny; Traffic złożył wyjaśnienia oraz poparł je dowodami potwierdzającymi kalkulację i uzasadniającymi cenę oferty, jednakże w ocenie Zamawiającego zaistniała konieczność doprecyzowania wyjaśnień złożonych przez Traffic w odpowiedzi na pierwsze wezwanie w zakresie elementów, które Zamawiający szczegółowo wyspecyfikował w kolejnym wezwaniu; Traffic złożył wyjaśnienia wraz

z dodatkowymi dowodami ponownie potwierdzając właściwą kalkulację ceny Oferty;

4) Zamawiający zwrócił uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie precyzują, ile razy Zamawiający ma prawo wzywać do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, co oznacza, że w przypadku, gdy dane informacje podane w pierwotnych wyjaśnieniach powodują konieczność ich wyjaśnienia,

to mogą być one przedmiotem dodatkowego wezwania;

5) Zamawiający podkreśla, że ponowne wezwanie Traffic do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie było nieuprawnioną wielokrotnością wzywania wykonawcy w tym samym zakresie, bowiem dotyczyło doprecyzowania wyjaśnień w zakresie kalkulacji wyszczególnionych elementów Oferty;

Poprawność działań Zamawiającego w powyższym zakresie potwierdza wyrok KIO z dnia

30 października 2023 r. (sygn. KIO 3027/23) w którym Izba wskazała, że „Wskazać należy, że – co do zasady – wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny powinno mieć miejsce jeden raz wobec danego

wykonawcy, niemniej jednak z ugruntowanego w tym zakresie orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że wystosowanie ponownego wezwania do tego samego wykonawcy jest możliwe w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu zamawiający nie doprecyzował, jakie informacje i dotyczące jakich kosztów wykonawca powinien w szczególności przedstawić. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku

z dnia 18 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 150/16, powtórzenie wezwania do złożenia wyjaśnień musi wynikać z obiektywnych okoliczności uzasadniających uszczegółowienie wyjaśnień złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie zamawiającego. Przyjąć zatem należy, że uzasadnieniem do skierowania kolejnego wezwania w trybie np. 90 ust. 1 P.z.p., może być np. konieczność rozwinięcia lub uszczegółowienia wyjaśnień już złożonych przez wykonawcę na pierwsze wezwanie, sformułowane przez zamawiającego w sposób ogólny, oparty na literalnym brzmieniu przepisu, co w praktyce zdarza się bardzo często”;

Podobnie orzekła Izba w wyroku z dnia 31 stycznia 2022 r. (sygn. KIO 125/22): „Zgodnie

z dominującym w tym zakresie orzecznictwem, czynnikiem decydującym o tym, czy dopuszczalne jest powtórne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień, jest treść udzielonych przez niego pierwotnie wyjaśnień. Zamawiający mają bowiem prawo ponowić wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ale mają też obowiązek mieć na uwadze treść art. 16 ustawy Pzp, który przewiduje podstawowe zasady udzielania zamówień, w tym zachowanie przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W świetle tych zasad zamawiający może ponownie wezwać wykonawcę do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny, ale jedynie wtedy, kiedy wykonawca już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych, popartych dowodami wyjaśnień, które tylko w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Natomiast nie można ponownie wzywać o wyjaśnienia wykonawcy, który wprawdzie w terminie udzielił zamawiającemu odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość

i lakoniczność w żaden sposób nie tłumaczą, skąd wynika taka a nie inna cena oferty.”;

6) Zamawiający wskazał, że przeprowadził wymagane ustawą Pzp postępowanie wyjaśniające w zakresie zaoferowanej przez Traffic ceny i za nieuprawniony należy uznać zarzut Odwołującego w zakresie bezpodstawności ponownego wezwania wystosowanego przez Zamawiającego w celu doprowadzenia do stanu, w którym oferta Wykonawcy byłaby „akceptowalna”; przeciwnie – działania Zamawiającego ukierunkowane były na wyjaśnienie zaoferowanej ceny i w konsekwencji zakończenie postępowania wyjaśniającego dopiero wtedy, kiedy uzyska jednoznaczne i możliwe do obiektywnej weryfikacji informacje, przekładające się na wymierne wartości ekonomiczne; wymaga przy tym wskazania, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9 lutego 2023 r. (sygn. KIO 266/23) „Nie jest tak, że każda okoliczność podnoszona w wyjaśnieniach musi zostać poparta konkretnymi dowodami. Istotnym jest, aby wyjaśnienia były na tyle szczegółowe i spójne, aby potwierdzały,

że zaoferowanie ceny na danym poziomie było realne.”;

7) biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający podkreślił, że dwukrotne wezwanie Traffic do złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny i zaniechanie odrzucenia oferty Traffic nie stanowi naruszenia ustawy Pzp i odwołanie w tym zakresie nie zasługuje na uwzględnienie;

8) w odniesieniu do zarzutu Odwołującego, iż oferta Traffic zawiera rażąco niską cenę, Zamawiający stanął na stanowisku, że w stosunku do oferty Przystępującego nie ma zastosowania przesłanka art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia z uwagi na poniższe okoliczności:

a) Zamawiający nie wymagał w Postępowaniu wskazania konkretnych osób czy zapewnienia udziału konkretnej liczby osób w wykonywaniu prac instalacyjnych, natomiast Odwołujący

w pkt 40 lit. a Odwołania założył, że Traffic zamierza skierować do realizacji zamówienia

w zakresie instalacji 4 pracowników i wnioskuje to z umów stanowiących dowody nr U1-U5 dołączonych do wyjaśnień dot. rażąco niskiej ceny; Zamawiający zwrócił uwagę, że powyższe wnioskowanie jest nieuzasadnione i w ocenie Zamawiającego nie jest poparte dowodami załączonymi do wyjaśnień Traffic, gdyż Przystępujący nie wskazał, że zatrudni taką liczbę osób; Zamawiający nie określił w SWZ wymogu dot. liczby osób skierowanych do realizacji prac instalacyjnych, a tym samym analizując wyjaśnienia złożone przez Przystępującego, skoncentrował się na weryfikacji realności ceny zaoferowanej za realizację tego zakresu zamówienia; mając na uwadze powyższe, brak jest podstaw do przyjęcia przez Odwołującego, że Traffic zamierza skierować do realizacji zamówienia w zakresie instalacji akurat 4 pracowników, a w konsekwencji także, że nie dysponuje on potencjałem umożliwiającym mu należyłą realizację Zamówienia;

Odwołujący w pkt 40 lit. a odwołania zakłada również, że wszystkie roboczogodziny wykazane w kalkulacji Traffic, z wyjątkiem godzin na programowanie, stanowią zadania, które będą wykonywały osoby wskazane w dowodzie nr U1-U5; powyższe założenie jest nieuzasadnione

i nie znajduje odzwierciedlenia w przedstawionych dowodach.

Ponadto Odwołujący w pkt 40 lit. b odwołania wskazał, że umowy będące dowodem nr U1-U5 wygasają w dniu 31

grudnia 2023 r., więc Traffic nie może wykazać, że będzie ponosił założone koszty w 2024 r.

W odniesieniu do powyższego, w ocenie Zamawiającego, przyjęte założenia Odwołującego nie znalazły uzasadnienia, bowiem umowy U1-U5 zostały przedstawione wyłącznie

na okoliczność wykazania wysokości stawek, za jakie będą wykonywać prace osoby

na wybranych stanowiskach i odzwierciedlenia poziomu przyjętych kosztów, a Przystępujący w wyjaśnieniach jednoznacznie wskazał, iż: „W kalkulacji została przyjęta dla pracowników stawka brutto za roboczogodzinę 33 zł jako wynagrodzenie wynikające z umów o pracę zawartych z osobami, które będą realizować zamówienie. Z uwagi na to, że zasadnicza część przedmiotu zamówienia będzie realizowana w roku 2024 należało przy określaniu stawki robocizny uwzględnić, iż od stycznia 2024 r. obecne umowy o pracę zostaną zwaloryzowane, aby dostosować wynagrodzenie pracowników do płacy minimalnej. Wobec tego, już na dzień składania oferty stawki robocizny zostały przyjęte wedle nowych przepisów o płacy minimalnej”;

b) Odwołujący w pkt 40 lit. c odwołania wskazał, że w kalkulacji Traffic brakuje wyliczeń dotyczących czasu pracy poświęconych na poruszanie się i obsługę wykazanych pojazdów; Zamawiający zwrócił uwagę, że nie wymagał przedstawienia w wyjaśnieniach takiego szczegółowego zakresu;

c) Odwołujący w pkt 40 lit. d odwołania wskazał, że wynagrodzenie programistów wykazane przez Traffic nie jest wiarygodne; Traffic w dowodzie nr D21 przedstawił stawkę godzinową programistów w wysokości 50 zł brutto, co w przeliczeniu na miesięczne wynagrodzenie wynosi 8 400 zł brutto, jednak nawet według załączonego przez Odwołującego raportu Sedlak&Sedlak jest to stawka rynkowa (widełki płacowe wynoszą od 7 480 zł do 11 820 zł brutto), dodatkowo należy wziąć pod uwagę fakt, że raport płacowy firmy Sedlak&Sedlak dotyczy warunków płacowych w branży IT, natomiast z doświadczenia Zamawiającego wynika, że programiści sterowników sygnalizacji to często również inżynierowie ruchu drogowego, którzy do programowania sterowników sygnalizacji wykorzystują oprogramowanie komputerowe służące do projektowania algorytmów sterowania ruchem; zatem powoływanie się przez Odwołującego na poziom zarobków jednej szczególnej grupy zawodowej nie znajduje uzasadnienia;

d) Odwołujący w pkt 40 lit. e odwołania wskazał, że Traffic nie przewidział kosztów związanych z zapewnieniem Koordynatora prac; Zamawiający zwrócił uwagę, że nie wymagał przedstawienia w wyjaśnieniach konkretnych kosztów, jakie Wykonawca poniesie w zakresie Koordynatora prac, tym bardziej iż nie postawił wymogu zatrudnienia Koordynatora „na wyłączność” do realizacji przedmiotowego zamówienia;

e) Odwołujący w pkt 40 lit. f odwołania wskazał, że Traffic nie przewidział kosztów wsparcia powdrożeniowego. Zamawiający zwrócił uwagę, że nie wymagał przedstawienia w wyjaśnieniach szczegółowego wyodrębnienia kwoty za realizację tego zakresu.

W ocenie Zamawiającego koszty te stanowią realizację zakresu zamówienia z pozycji „Programowanie sterownika”, ponieważ zgodnie z pkt 4.3 ppkt 12 rozdziału II SWZ: „wsparcie powdrożeniowe trwające 4 tygodnie od implementacji programu, obejmujące dostosowywanie przez Wykonawcę urządzeń sygnalizacji świetlnej oraz programu sygnalizacji świetlnej

w sterowniku, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 6.3 ppkt 1 lit. n;” oraz pkt 6.3 ppkt 1 lit. n: „W okresie 4 tygodni od pierwszego wdrożenia programu/algorytmu sygnalizacji świetlnej

w terenie (w ramach wsparcia powdrożeniowego w Etapie 2) Zamawiający może wymagać wprowadzenia korekt warunków czasowych i logicznych programu lub niewielkich poprawek implementacji algorytmu – o ile zajdzie taka potrzeba [...]” oraz w pozycji „inne w tym zysk”

w zakresie dotyczącym dostosowywania urządzeń sygnalizacji, czyli prace takie jak np. kalibracja detektorów czy sygnalizatorów;

f) Odwołujący w pkt 40 lit. g odwołania wskazał, że Traffic nie przewidział kosztów przygotowania dokumentacji powykonawczej. Zamawiający zwrócił uwagę, że nie wymagał przedstawienia w wyjaśnieniach konkretnej kwoty dla tego zakresu, a przygotowanie takiej dokumentacji opiera się przede wszystkim na pracy wykonanej przez geodetę, zatem koszt ten mógł zostać ujęty w pozycji „Geodezja”;

g) Odwołujący w pkt 40 lit. h odwołania wskazał, że podsumowanie kalkulacji nie przewiduje kosztów prac dotyczących przygotowania i wdrożenia czasowej organizacji ruchu oraz zapewnienia kierownika robót jednakże powyższe nie znajduje potwierdzenia. Sumaryczna wartość pozycji: „Materiały”, „Robocizna”, „Sprzęt”, „Prace zlecone Podwykonawcom” (tabela pierwsza na stronie 5 pliku Kalkulacja) jest zgodna z wartością w wierszu „Razem” w tabeli na stronie 4 pliku Kalkulacja, w której te elementy są wycenione;

h) Odwołujący w pkt 40 lit. i odwołania wskazał, że założone koszty ubezpieczenia są za niskie i wskazuje, że powinny wynosić 40 000 – 60 000 zł, nie przedstawiając jednocześnie żadnych dowodów na potwierdzenie swojej tezy. Zamawiający podkreślił, że przyjęta przez Traffic kwota nie budzi wątpliwości Zamawiającego i jest realna;

i) Odwołujący w pkt 40 lit. j odwołania wskazał, że Traffic w części opisowej wyjaśnień nie wskazał jako zakresu prac realizowanych przez swoich pracowników wyszczególnionych

w pkt 4.3 ppkt 7 rozdziału II SWZ „pozostałe prace związane z budową lub modernizacją sygnalizacji świetlnej oraz wdrożeniem stałej organizacji ruchu”. Zamawiający zwrócił uwagę, że w przeciwieństwie do części 2 oraz 3 zamówienia, część 1 nie obejmuje wdrożenia projektu stałej organizacji ruchu, a wyłącznie algorytmy sterowania akomodacyjnego, co Zamawiający jednoznacznie wskazał w uwadze w pkt 4.3 rozdziału II SWZ – „Uwagi dla części 1: Zamawiający informuje, że projekt stałej organizacji ruchu oraz stałoczasowej sygnalizacji świetlnej z wyłączeniem algorytmów sterowania sygnalizacją świetlną, nie jest zakresem przedmiotowego Zamówienia. Wykonawca w ramach Zamówienia ma wdrożyć wyłącznie algorytmy sterowania sygnalizacją świetlną oraz wykonać roboty w terenie wynikające z dokumentacji stanowiącej załącznik nr 3 do OPZ.”.

Zamawiający wskazał, że kwestionowany przez Odwołującego fragment wyjaśnień odnosi się do zakresu, który Traffic zrealizuje własnymi zasobami, a nie do zakresu, który Wykonawca zamierza w ogóle zrealizować w ramach zamówienia. Zatem zarzut, że ten zakres nie został ujęty w cenie Oferty nie znajduje potwierdzenia, gdyż został ujęty w kalkulacji w tabelach

na stronach 1-4 pliku Kalkulacji w wierszach dotyczących wykonania robót w terenie;

9) Zamawiający wskazał, że Oferta Traffic nie zawiera rażąco niskiej ceny

w stosunku do przedmiotu zamówienia, zatem w stosunku do Oferty Przystępującego nie ma zastosowania przesłanka art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, tym samym w ocenie Zamawiającego zarzut 3 odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania nie wystąpiła.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Traffic Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Markach, dalej: „Przystępujący”.

Przystępujący w piśmie z dnia 3 stycznia 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, dokumenty stanowiące załączniki do odwołania, pisma Przystępującego oraz złożone podczas rozprawy.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę i wdrożenie systemu sterowania ruchem z priorytetem dla tramwajów na terenie m. st. Warszawy.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 9 884 870,00 zł, w tym:

- 1) część nr 1: 1 311 000,00 zł zamówienie podstawowe, 147 840,00 zł opcja,
- 2) część nr 2: 4 063 430,00 zł zamówienie podstawowe, 125 400,00 zł opcja,
- 3) część nr 3: 4 062 960,00 zł zamówienie podstawowe, 174 240,00 zł opcja.

Zamawiający w rozdziale I Specyfikacji Warunków Zamówienia w ust. 15 w pkt 15.2 określił sposób obliczenia ceny w następujący sposób:

1) „dla części nr 1:

a) wartość prac dla Etapu 1 nie może przekraczać 5,5% łącznej wartości netto części nr 1 zamówienia;

b) wartość prac dla Etapu 3 musi wynosić minimum 0,8% łącznej wartości netto części nr 1 zamówienia;

c) wartość prac dla Etapu 4 musi wynosić minimum 3,1% łącznej wartości netto części nr 1 zamówienia;

2) dla części nr 2:

- a) wartość prac dla Etapu 1 nie może przekraczać 1,5% łącznej wartości netto części nr 2 zamówienia;
 - b) wartość prac dla Etapu 3 musi wynosić minimum 0,3% łącznej wartości netto części nr 2 zamówienia;
 - c) wartość prac dla Etapu 4 musi wynosić minimum 1% łącznej wartości netto części nr 2 zamówienia;
- 3) dla części nr 3:
- a) wartość prac dla Etapu 1 nie może przekraczać 2,5% łącznej wartości netto części nr 3 zamówienia;
 - b) wartość prac dla Etapu 3 musi wynosić minimum 0,3% łącznej wartości netto części nr 3 zamówienia;
 - c) wartość prac dla Etapu 4 musi wynosić minimum 1,4% łącznej wartości netto części nr 3 zamówienia.

Zamawiający udostępnił wykonawcom w celu sprawdzenia poprawności wyliczenia ceny ofert, plik „Formularz_sprawdzenia_oferty.xlsx”.

W Postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego i Przystępującego.

Zamawiający w dniu 31 października 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zakresie części nr 1 Postępowania. W dniu 10 listopada 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia.

W dniu 16 listopada 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do doprecyzowania złożonych wyjaśnień. W dniu 20 listopada 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu dodatkowe wyjaśnienia.

W dniu 16 listopada 2023 r. Zamawiający powiadomił Przystępującego o poprawieniu w jego Ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (SWZ), w treści oferty w pozycjach O2.2, O2.3, O2.4, O2.5 oraz O2.6 Tabeli nr 2 oraz omyłki rachunkowej w pozycji „RAZEM INNE NR 2.5 = 2.5.1 + 2.5.2 + 2.5.3”.

Zamawiający w dniu 23 listopada 2023 r. wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w trzech częściach Postępowania.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust.

1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony

i uczestników postępowania odwoławczego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy określony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, zarzut nr 2 okazał się zasadny, natomiast niezasadne okazały się zarzuty nr 1 i nr 3 odwołania.

Odnosząc się do zarzutu uwzględnionego przez Izbę nr 2 odwołania, Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, 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.

Izba wskazuje, że możliwość odstąpienia przez zamawiającego od wezwania wykonawcy do wyjaśnień w przypadku wystąpienia różnicy między ceną oferty a oszacowaną przez Zamawiającego wartością zamówienia jest wyjątkiem od zasady wynikającej z art. 224 ust.

2 pkt 1 ustawy Pzp. Zatem możliwość odstąpienia od procedury wyjaśniającej nie może podlegać wykładni rozszerzającej. Stwierdzenie, że powyższa rozbieżność wynika

z okoliczności oczywistych można odnieść tylko do zdarzeń i faktów, które są dostrzegane od razu.

Obowiązek wykazania wystąpienia okoliczności oczywistych pozwalających odstąpić od wezwania do wyjaśnień, spoczywa na stronie, która na zaistnienie tych okoliczności się powołuje, czyli na zamawiającym.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający twierdził, że dokonał szacowania wartości zamówienia na podstawie cen otrzymanych w postępowaniu dla podobnego zakresu zamówienia, prowadzonym w 2022 r., którego przedmiotem było wdrożenie priorytetu dla tramwajów, doliczył inflację na poziomie ok. 20% oraz wskazał, że różnica pomiędzy cenami złożonych ofert a wartością zamówienia wynika z niższego tempa wzrostu cen na rynku prac będących przedmiotem

zamówienia niż przyjęte przez Zamawiającego przy szacowaniu wartości zamówienia.

Przekazana do akt sprawy dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia oraz złożony przez Odwołującego dokument dotyczący szacowania wartości zamówienia nie zawierają informacji, w jaki sposób wartość zamówienia była szacowana, z wyjątkiem ogólnej informacji w Protokole postępowania oraz dokumencie dotyczącym szacowania wartości zamówienia, że wartość ta została ustalona na podstawie wartości historycznych dotyczących kosztów podobnych zamówień oraz analizy danych z innych postępowań o udzielenie zamówienia. Zamawiający również podczas rozprawy nie przedstawił dokumentów, które wskazywałyby na proces szacowania wartości zamówienia oraz stanowiłyby potwierdzenie wartości zamówień podobnych w latach ubiegłych oraz wartość, o jaką zamówienie powiększono.

W tym wypadku za okoliczność oczywistą nie można uznać faktu, że ceny obu ofert złożonych w postępowaniu były niższe od wartości zamówienia powiększonej o VAT. W ocenie Izby fakt złożenia ofert poniżej oszacowanego przez Zamawiającego poziomu nie może być utożsamiany z nieprawidłowym ustaleniem wartości zamówienia.

Brak dokumentów pozwalających zweryfikować, że do przeszacowania wartości zamówienia doszło, stoi na przeszkodzie stwierdzeniu, że różnica między ceną oferty a wartością szacunkową zamówienia wynika z oczywistych, niewymagających wyjaśnienia okoliczności.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Zamawiający naruszył przepis ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i dokonał wyboru oferty Przystępującego w części

3 Postępowania bez jej należytego zbadania. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie zgodnie z art. ustawy Pzp podlegało w powyższym zakresie uwzględnieniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania, Izba wskazuje:

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa

o warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach wielokrotnie podkreślała, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca sporządzając ofertę ze całą świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, może jednak mylnie nie zdawać sobie sprawy, że oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji. Jeżeli treść oświadczenia woli wyrażonego w ofercie będzie niezgodna z treścią specyfikacji, choćby tylko z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, zamawiający ma obowiązek rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z przepisu tego wprost wynika,

że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty. Dla oceny, czy wprowadzone zmiany mają charakter istotny kluczowe znaczenie ma ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia. Na powyższą okoliczność zwrócił uwagę Sąd Okręgowy

w Krakowie w uzasadnieniu wyroku z 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09 stwierdzając, że ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego oraz że zmiana w treści oferty nie może powodować istotnych zmian w treści całej oferty, a nie jej fragmentu.

W ocenie Izby taka sytuacja wystąpiła w części 2 Postępowania. Przystępujący skorzystał

z formularza sprawdzenia oferty, przygotowanego przez Zamawiającego w celu umożliwienia wykonawcom sprawdzenie, czy ceny przez nich zaproponowane za poszczególne etapy spełniają wymogi z ppkt. 15.2.2 SWZ. Przystępujący po uzyskaniu informacji, że ceny zostały skalkulowane prawidłowo przeniósł te dane do formularza oferty. Formularz sprawdzenia oferty zawierał błąd, ale mimo tego został wygenerowany komunikat, że cena oferty jest prawidłowa.

Zamawiający zauważył i poprawił powyższą omyłkę oraz zawiadomił o tym fakcie Przystępującego. Przy czym, co

istotne, Zamawiający poprawił ofertę w zakresie zamówienia opcjonalnego, a wartość całej oferty wzrosła o niecałe 0,5%. Zatem należy mieć na uwadze, czy poprawienie oferty przez Zamawiającego spowodowało zmianę całej wartości oferty, a nie jak twierdzi Odwołujący zamówienia opcjonalnego.

Izba stwierdza, że o istotności zmiany dokonanej przez Zamawiającego nie może świadczyć bynajmniej fakt, jak wskazuje Odwołujący w odwołaniu, że w przeszłości Zamawiający nie decydował się na poprawienie omyłek, lecz odrzucał oferty obciążone podobnymi niezgodnościami. Powyższa okoliczność nie ma znaczenia dla obecnie prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Kontroli Izby podlegają czynności Zamawiającego dokonane w obecnym postępowaniu.

Tym samym możliwość poprawienia przez zamawiającego omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp występującej w ofercie uzależnione jest od spełnienia następujących przesłanek:

1. niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli,
2. poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby powyższe przesłanki zostały spełnione w powyższym przypadku, więc Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba oceniła zarzut Odwołującego dotyczący braku wiedzy Zamawiającego, w jaki sposób miałby dokonać poprawienia błędu w ofercie Przystępującego i w związku z tym brak możliwości samodzielnego poprawienia błędu jako niezasadny.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach rozstrzyganej sprawy Zamawiający, bez trudu ustalił, na czym polegała niezgodność oferty z postanowieniami SWZ – było to powielenie błędu

z wadliwego formularza sprawdzenia oferty - i w jaki sposób ją poprawić (podwyższenie kwot w taki sposób, aby zapewnić zgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia (ppkt 15.2.2. SWZ)).

Wola Przystępującego złożenia oferty zgodnej z warunkami SWZ wynikała z całokształtu okoliczności sprawy. Przystępujący wypełnił formularz poprawności oferty w celu sprawdzenia, czy jego oferta jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego oraz załączył ten formularz do oferty. W ocenie Izby podnoszony przez Odwołującego fakt, że istniała możliwość poprawienia oferty na wiele sposobów nie oznaczało, że Zamawiający nie mógł poprawić oferty w ogóle. Zamawiający wyjaśnił w rzeczowy sposób, że poprawił ofertę Przystępującego przyjmując najniższe ceny jednostkowe całkowite w tych pozycjach oferty Przystępującego, w których wystąpił błąd powielony z formularza poprawności ofert, które umożliwiały spełnienie wymagań SWZ określonych w punkcie 15 ppkt 15.2.2.3, zgodnie z którym wartość prac dla etapu 4 musi wynosić minimum 1% łącznej wartości netto części 2 zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu nieodrzczenia oferty Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, Izba wskazuje, że odrzucenie oferty w procedurze zamówień publicznych z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia może mieć miejsce wówczas, gdy niezgodność ta jest bezsprzeczna.

Tymczasem, w ocenie Izby, wątpliwości co do bezsprzeczności niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia istniały. Zamawiający sprawdzając w formularzu zgodność ceny oferty Przystępującego po poprawieniu omyłki stwierdził, że oferta jest zgodna z wymaganiami SWZ. Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego oferta Przystępującego

w zakresie ceny za etap 3 po poprawieniu oferty nie była zgodna z SWZ. Jako dowód na powyższą okoliczność Odwołujący przedstawił na rozprawie dokument w postaci formularza poprawności oferty, w którym Odwołujący dokonał sprawdzenia poprawności wartości

w ofercie Przystępującego. Izba dokonując oceny tego dowodu miała na uwadze wątpliwości zasygnalizowane przez Zamawiającego i Przystępującego dotyczące poprawności samego formularza poprawności oferty. Odwołujący korzystał z formularza poprawności oferty zamieszczonego na stronie Zamawiającego, a jak wyjaśnił Zamawiający formularz ten obciążony był błędem. W formularzu nie zostały wypełnione wszystkie pozycje, nie było także możliwości sprawdzenia formuł matematycznych zastosowanych w przedstawionym przez Odwołującego formularzu poprawności ofert. Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności oraz wyjaśnienia Zamawiającego, zgodnie z którymi oferta Przystępującego po poprawieniu omyłki była zgodna z warunkami zamówienia (Zamawiający określił wymóg procentowy

z dokładnością do jednego miejsca po przecinku, a wartość prac wg oferty Przystępującego wynosiła, jeśli chodzi etap 3 – 10.200 zł, co stanowiło 0,299600%, czyli po zastosowaniu matematycznej zasady zaokrąglenia z dokładnością do jednego miejsca po przecinku, wartość etapu stanowiła wymagane przez Zamawiającego 0,3 %), Izba stwierdziła, że podnoszona przez Odwołującego niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia nie była bezsprzeczna. Zatem nie było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia.

Ponadto, w ocenie Izby orzeczenie zgodnie z żądaniem odwołania i odrzucenie oferty Przystępującego z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia oraz ewentualnymi błędami w obliczeniu ceny po poprawieniu oferty przez Zamawiającego, prowadziłyby

w sposób bezpośredni do naruszenia art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek

przeprowadzenia postępowania w sposób proporcjonalny. Jest to jedna

z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań Prawa zamówień publicznych, w tym również art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp, zasad udzielania zamówień publicznych chroniących wykonawców przed skrajnym formalizmem ze strony zamawiających.

Sytuacja, w której zamawiający poprawia w ofercie omyłki, nie stanowiące jej istotnej zmiany

w sposób, który nie odpowiada wymaganiom wynikającym z SWZ lub w taki sposób, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, by następnie taką ofertę odrzucić bezsprzecznie stanowiłaby naruszenie zasady proporcjonalności.

Mając na uwadze okoliczności sprawy odrzucenie oferty Przystępującego byłoby niezgodne z powyższą zasadą, w świetle której należy oceniać każdą czynność zamawiającego.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności, Izba uznała zarzut nr 1 za niezasadny, a wobec powyższego zarzut ten podlegał oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 odwołania, Izba wskazuje:

Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 2 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, 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) 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.

Stosowanie do art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, 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.

Izba wskazuje, że dokonywana przez zamawiającego ocena, czy zaoferowana przez wykonawcę cena jest rażąco niska powinna być w sposób nierozłączny związana z treścią samego wezwania do złożenia wyjaśnień, ponieważ to treść wezwania, co do zasady, determinuje również treść udzielonych przez wykonawcę wyjaśnień. Zamawiający, który analizuje wiarygodność, rzetelność i kompletność wyjaśnień wykonawcy powinien sprawdzić, czy te wyjaśnienia są adekwatne do zagadnień, których wyjaśnienia żądał od wykonawcy

w wezwaniu oraz czy odpowiadają one w swojej szczegółowości wymaganiom w nim wskazanym.

Zamawiający, wzywając wykonawcę w sposób ogólny – w tym przypadku Zamawiający

w treści wezwania w ramach części 1 Postępowania przywołał tylko brzmienie art. 224 ust. 2

i 3 ustawy Pzp wzywając Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, w tym dowodów, nie mógł oczekiwać od wykonawcy, że w sytuacji, gdy wezwanie nie odnosiło się do konkretnych elementów oferty Przystępującego, będzie on szczegółowo odnosił się do każdej pozycji swojej oferty.

Wykonawca nie może domyślać się, które elementy oferty budzą wątpliwość zamawiającego. Wobec powyższego nie można postawić Przystępującemu zarzutu, że jego wyjaśnienia

są ogólnikowe lub że nie sprostął on ciężarowi dowodowemu wynikającemu z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

W kolejnym wezwaniu Zamawiający wezwał Przystępującego do doprecyzowania wyjaśnień określonym zakresie. Miało ono zatem na celu wyjaśnienie wątpliwości, które pojawiły się w związku z pierwszymi wyjaśnieniami.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przeważa stanowisko zgodnie z którym, wystosowanie ponownego wezwania do tego samego wykonawcy jest możliwe w sytuacji, gdy w pierwotnym wezwaniu zamawiający nie doprecyzował, jakie informacje i dotyczące jakich kosztów wykonawca powinien w szczególności przedstawić.

Taka sytuacja miała miejsce w okolicznościach sprawy, tymczasem Odwołujący postawił zarzut, że dalsze wyjaśnienia, których żądał Zamawiający powinny znaleźć się już

w odpowiedzi na pierwsze wezwanie.

Wobec powyższego, zarzut powyższy Izba uznała za niezasadny, podlegał on więc oddaleniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego złożonej w ramach części 1 Postępowania, podczas gdy zawiera ona rażąco niską cenę, Izba wskazuje:

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.

Izba podkreśla, że jak wynika z orzecznictwa sądów powszechnych, o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne.

Rażąco niska jest to cena niewiarygodna, oderwana od całkowicie od realiów rynkowych. Jako przykład wskazywane jest oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę.

Izba wskazuje, że ewentualne odrzucenie oferty z powodu tego, że zawiera rażąco niską cenę musi być poprzedzone wezwaniem wykonawcy do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że w części 1 Postępowania oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona ponieważ zawiera rażąco niską cenę i wskazał szereg okoliczności, które w jego ocenie o powyższym świadczyły.

Odnosząc się do wskazanych przez Odwołującego okoliczności, Izba wskazuje:

1. wartość prac instalacyjnych w ramach części 1 Postępowania wskazuje na fakt, że Przystępujący nie dysponuje potencjałem umożliwiającym mu należyłą realizację zamówienia oraz konieczność powierzenia pracy w nadgodzinach czy też zatrudnienia dodatkowych pracowników bądź skorzystania z podwykonawców.

W odniesieniu do powyższego Izba stwierdziła, że rację ma zarówno Zamawiający oraz Przystępujący, że Odwołujący w rzeczywistości nie zakwestionował wartości prac instalacyjnych, czy też stawki roboczogodziny a jedynie wskazał, że Przystępujący nie będzie w stanie wykonać zamówienia dysponując 4 pracownikami. Odwołujący oparł się w tym zakresie na własnych założeniach wykonania przez Przystępującego zamówienia przy pomocy 4 pracowników. Założenie powyższe nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentach zamówienia – Odwołujący w tym zakresie nie przywołał odpowiednich postanowień SWZ oraz wyjaśnieniach Przystępującego, a dowód w postaci 4 umów, jak wskazał został przedstawiony w celu wykazania stawki, za jaką osoby wykonywać będą prace instalacyjne i kosztów z nimi związanych.

Wobec powyższego Izba dowód w postaci własnej kalkulacji Odwołującego dotyczący kosztów pracy 4 pracowników oparty został na błędnych założeniach.

2. Brak wyliczeń dotyczących czasu pracy poświęconych na poruszanie się i obsługę pojazdów w ramach parku maszynowego, którym dysponuje Przystępujący.

Zamawiający wskazał, że nie wymagał przedstawienia szczegółowego wyliczenia w tym zakresie, a Przystępujący na rozprawie wskazał, że powyższe koszty ujęte zostały w kosztach pracowniczych. Natomiast przedstawione przez Odwołującego koszty związane

z użytkowaniem pojazdów oparte były również na własnych założeniach Odwołującego.

3. Wynagrodzenie programistów wykazane przez Przystępującego nie odzwierciedla rzeczywistych stawek rynkowych za pracę programistów.

Odwołujący przedstawił dla wykazania powyższej okoliczności Raport płacowy Sedlak&Sedlak dla programistów (specjalisty).

Izba uznała, że powyższy dowód nie jest miarodajny, ponieważ dotyczy warunków płacowych

w branży IT. Zamawiający wskazał, że programiści sterowników sygnalizacji to często również inżynierowie ruchu drogowego, którzy do programowania sterowników sygnalizacji wykorzystują oprogramowanie komputerowe służące do

projektowania algorytmów sterowania ruchem, a więc nie muszą to być programiści IT, a nadto jak wskazał Przystępujący, że skoro mediana wynagrodzeń programisty wynosi 9.310,00 zł, to stawki przedstawione przez Przystępującego mieszczą się w stawkach wskazanych w raporcie.

4. Kalkulacja dołączona do wyjaśnień Przystępującego nie przewiduje kosztów związanych

z zapewnieniem koordynatora prac, kosztów związanych wsparcia powdrożeniowego, kosztu przygotowania dokumentacji powykonawczej oraz kosztów prac polegających na przygotowaniu i wdrożeniu Czasowej Organizacji Ruchu oraz zapewnieniu Kierownika.

Odnosząc się do powyższych zarzutów, Zamawiający wskazał:

W odniesieniu do kosztów związanych z zapewnieniem koordynatora prac, że nie wymagał przedstawienia w wyjaśnieniach konkretnych kosztów, jakie Wykonawca poniesie w zakresie Koordynatora prac. Zamawiający nie ustalił wymogu, że Koordynatora powinien być zatrudniony do realizacji przedmiotowego zamówienia „na wyłączność”.

W odniesieniu do kosztów wsparcia powdrożeniowego, Zamawiający zwrócił uwagę, że nie wymagał przedstawienia w wyjaśnieniach szczegółowego wyodrębnienia kwoty za realizację tego zakresu, a koszty te, jego zdaniem, stanowią realizację zakresu zamówienia

z pozycji „Programowanie sterownika”, ponieważ zgodnie z pkt 4.3 ppkt 12 rozdziału II SWZ: „wsparcie powdrożeniowe trwające 4 tygodnie od implementacji programu, obejmujące dostosowywanie przez Wykonawcę urządzeń sygnalizacji świetlnej oraz programu sygnalizacji świetlnej w sterowniku, zgodnie z wymaganiami opisanymi w pkt 6.3 ppkt 1 lit. n;” oraz pkt 6.3 ppkt 1 lit. n: „W okresie 4 tygodni od pierwszego wdrożenia programu/algorytmu sygnalizacji świetlnej w terenie (w ramach wsparcia powdrożeniowego w Etapie 2) Zamawiający może wymagać wprowadzenia korekt warunków czasowych i logicznych programu lub niewielkich poprawek implementacji algorytmu – o ile zajdzie taka potrzeba [...]” oraz w pozycji „inne w tym zysk” w zakresie dotyczącym dostosowywania urządzeń sygnalizacji, czyli prace takie jak np. kalibracja detektorów czy sygnalizatorów.

W odniesieniu do kosztów przygotowania dokumentacji powykonawczej Zamawiający zwrócił uwagę, że nie wymagał przedstawienia w wyjaśnieniach konkretnej kwoty dla tego zakresu,

a przygotowanie takiej dokumentacji opiera się przede wszystkim na pracy wykonanej przez geodetę, zatem koszt ten mógł zostać ujęty w pozycji „Geodezja”.

W odniesieniu do zarzutu, że podsumowanie kalkulacji nie przewiduje kosztów prac dotyczących przygotowania i wdrożenia czasowej organizacji ruchu oraz zapewnienia kierownika robót Zamawiający wskazał, że sumaryczna wartość pozycji: „Materiały”, „Robocizna”, „Sprzęt”, „Prace zlecone Podwykonawcom” (tabela pierwsza na stronie 5 pliku Kalkulacja) jest zgodna z wartością w wierszu „Razem” w tabeli na stronie 4 pliku Kalkulacja, w której te elementy są wycenione, zatem ten zarzut nie potwierdził się.

5. Koszty ubezpieczenia na poziomie 5.000 zł są zaniżone i nierealne.

W tym zakresie Odwołujący przedstawił własne założenia związane z kosztami ubezpieczenia, stwierdzając, że koszt ubezpieczenia Przystępującego jest za niski. Dowód na wykazanie powyższej okoliczności stanowiła Oferta ubezpieczenia majątkowego z 26 grudnia 2023 r., przygotowana dla Odwołującego.

Odnosząc się do powyższego dowodu Izba miała na uwadze podniesiony przez Przystępującego fakt, że Zamawiający nie wymagał, aby ubezpieczenie przeznaczone było tylko dla tego zamówienia, a więc nie ma podstaw, aby do w kalkulacji wykazywać cały koszt ubezpieczenia.

6. Część opisowa nie przewiduje konieczności wykonania „pozostałych prac związanych

z budową lub modernizacją sygnalizacji świetlnej oraz wdrożeniem stałej organizacji ruchu”

Zamawiający wskazał, że w przeciwieństwie do części 2 oraz 3 zamówienia, część 1 nie obejmowała wdrożenia projektu stałej organizacji ruchu, a wyłącznie algorytmy sterowania akomodacyjnego, co Zamawiający jednoznacznie wskazał w uwadze w pkt 4.3 rozdziału

II SWZ – „Uwagi dla części 1: Zamawiający informuje, że projekt stałej organizacji ruchu oraz stałoczasowej sygnalizacji świetlnej z wyłączeniem algorytmów sterowania sygnalizacją świetlną, nie jest zakresem przedmiotowego Zamówienia.

Wykonawca w ramach Zamówienia ma wdrożyć wyłącznie algorytmy sterowania sygnalizacją świetlną oraz wykonać roboty

w terenie wynikające z dokumentacji stanowiącej załącznik nr 3 do OPZ”.

Zamawiający wskazał, że kwestionowany przez Odwołującego fragment wyjaśnień odnosi się do zakresu, który Przystępujący zrealizuje własnymi zasobami, a nie do zakresu, który Wykonawca zamierza w ogóle zrealizować w ramach zamówienia; zatem zarzut, że ten zakres nie został ujęty w cenie Oferty nie znajduje potwierdzenia, gdyż został ujęty w kalkulacji

w tabelach na stronach 1-4 pliku Kalkulacji w wierszach dotyczących wykonania robót

w terenie.

Izba uznała, że stanowisko Odwołującego w przeważającym zakresie oparte było na własnych założeniach, natomiast

samo wskazanie, że wyjaśnienia zawierają pewne luki i nie zawierają wszystkich kosztów nie oznacza, że oferta zawiera rażąco niską cenę.

Odwołujący skoncentrował się w zakresie zarzutu nr 3 w przeważającej mierze na wykazaniu, że kalkulacja Przystępującego przedstawiona w ramach wyjaśnień nie przewidywała określonych kosztów, natomiast nie wykazał, że cena oferty Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, że zamówienia, biorąc pod uwagę jego przedmiot oraz podniesione przez Odwołującego okoliczności, nie można zrealizować za cenę zaproponowaną przez Przystępującego.

Pomimo, że zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją założył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego, tym niemniej to na Odwołującym ciążył obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodził skutki prawne.

Odnosząc się do dowodu przedstawionego przez Odwołującego na rozprawie w postaci oferty z 2019 r. na okoliczność kosztów związanych z zabezpieczeniem zieleni w ramach pozostałych prac związanych z budową lub modernizacją sygnalizacji świetlnej oraz wdrożeniem stałej organizacji ruchu, które powinny znaleźć się w wyjaśnieniach Przystępującego, Izba wskazuje, że o ile dowody na mocy art. 535 ustawy Pzp, odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 ustawy Pzp. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu okoliczności, że

w ramach pozostałych prac związanych z budową lub modernizacją sygnalizacji świetlnych oraz wdrożeniem stałej organizacji ruchu powinny być wykonane prace związane

z zabezpieczeniem zieleni. Okoliczność powyższa została podniesiona dopiero podczas rozprawy. Zatem Izba w powyższym zakresie nie mogła orzekać w oparciu

o wskazane powyższej okoliczności i powyższy dowód.

Mając na uwadze powyższe okoliczności, Izba uznała, że zarzut nr 3 odwołania okazał się niezasadny, a zatem podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania Izba na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu

o § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), mając na uwadze wynika postępowania obciążyła tymi kosztami w części $\frac{2}{3}$ Odwołującego i w $\frac{1}{3}$ Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....