

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2025 r. przez Odwołującego: **W.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Urzędzeń Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego W.B. z/s w Kielcach**(ul. Zagórska 95, 25346 Kielce) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Województwo Świętokrzyskie Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach** (ul. Jagiellońska 72, 25602 Kielce),
Uczestnik po stronie Zamawiającego: **Fenix Sp. z o.o. z/s w Piekoszowie** (ul. Częstochowska 129, 26-065 Piekoszów)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Fenix Sp. z o.o. z/s w Piekoszowie (wykonawca FENIX) w zakresie zadania 1 i zadania 2 oraz nakazuje odrzucenie oferty tego wykonawcy w zakresie zadania 2 na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy - Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) i ponowną ocenę jego oferty w zakresie zadania 1, czy wobec firmy Grupa Bravo Sp. z o.o., udostępniającej zdolności techniczne lub zawodowe wykonawcy FENIX nie zachodzą podstawy wykluczenia w oparciu o przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp; W pozostałym zakresie zarzuty podniesione w odwołaniu nie podlegają uwzględnieniu;
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża w 3/5 Uczestnika po stronie Zamawiającego: **Fenix Sp. z o.o. z/s w Piekoszowie** (ul. Częstochowska 129, 26-065 Piekoszów), a w 2/5 Odwołującego: **W.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Urzędzeń Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego W.B. z/s w Kielcach**(ul. Zagórska 95, 25346 Kielce) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego;
 - 2.2. zasądza od Uczestnika po stronie Zamawiającego: **Fenix Sp. z o.o. z/s w Piekoszowie** (ul. Częstochowska 129, 26-065 Piekoszów) na rzecz Odwołującego: **W.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Urzędzeń Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego W.B. z/s w Kielcach** (ul. Zagórska 95, 25346 Kielce) kwotę 6.660 zł (słownie: sześć tysięcy sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy) obejmującą 3/5 kwoty wpisu od odwołania (4.500 zł) uiszczoną przez Odwołującego oraz 3/5 kwoty wynagrodzenia jego pełnomocnika (2.160 zł).

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.

.....
Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 marca 2025 r. przez wykonawcę Zakład Urzędzeń Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego W.B. z/s w Kielcach (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Województwo Świętokrzyskie Świętokrzyski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Kielcach. Przedmiotem zamówienia publicznego jest: „Utrzymanie i konserwacja sygnalizacji świetlnych i aktywnych znaków drogowych na drogach wojewódzkich województwa świętokrzyskiego w 2025 r.” Znak sprawy: ŚZDW.N-WZ.222.1.1.2025.TJ Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 28 stycznia 2025 r.; numer publikacji ogłoszenia: 2025/BZP 00067607/01. Odwołujący w odwołaniu wskazał na naruszenie (...)

1) art. 119 Pzp i art. 122 Pzp z uwagi na brak:

a) oceny, czy wobec firmy Grupa Bravo Sp. z o.o., udostępniającej zdolności techniczne lub zawodowe Wykonawcy FENIX Sp. z o.o., ul. Częstochowska 129, 26-065 Piekoszów (dalej także: FENIX) nie zachodzą podstawy wykluczenia które zostały przewidziane względem wykonawcy,

b) żądania, aby Wykonawca FENIX Sp. z o.o., w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił udostępniającą mu zasoby firmę Grupa Bravo Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że wobec podmiotu udostępniającego zachodzą podstawy wykluczenia określone art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, art. 111 pkt 4 i art. 119 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp ewentualnie:

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, art. 111 pkt 4 i art. 119 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17

ust. 1 Pzp poprzez brak wykluczenia FENIX Sp. z o.o. w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że składając ofertę oparł się zasobach GrupaBravo Sp. z o.o., wobec której zachodzą podstawy wykluczenia określone art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, art. 111 pkt 4 i art. 119 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp, a także naruszenie:

3)art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy FENIX, pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu z postępowania ze względu na to, że Wykonawca ten złożył ofertę zawierającą istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych, a Wykonawca ten nie dowiódł tego, że wszystkie elementy jego oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny (w zakresie zadania nr 2);

4) art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień oferty wykonawcy FENIX, pomimo, iż oferta ta mogła podlegać odrzuceniu z postępowania ze względu na to, że Wykonawca ten złożył ofertę zawierającą istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych (w zakresie zadania nr 1);

ewentualnie:

5) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert FENIX, zarówno w zakresie zadania nr 1 jak i zadania nr 2, ze względu na niezgodność ich treści z warunkami zamówienia, wobec nie uwzględnienia w ofercie i jej wycenie, wszystkich wymaganych dokumentami zamówienia świadczeń, tj. elementów przedmiotu zamówienia; dokumenty zamówienia wskazują na obowiązek zamontowania dwóch sztuki lamp doświetlenia przejścia, gdyż w tych pozycjach kosztorysu ofertowego jednostką obmiaru jest „kpl.”nie „szt.” tak jak ma to miejsce w przypadku pozostałych pozycji kosztorysów w części Z5 i S6, co powoduje, że oferty te podlegają odrzuceniu na podstawie wskazanego przepisu; wycena tych pozycji w ofercie FENIX odpowiada wycenie sztuki a nie kompletu lamp

a ponadto:

6) art. 239 ust. 1 Pzp – poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FENIX, pomimo iż oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona i w konsekwencji oferta ta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza przy ustalonych w SWZ kryteriach oceny ofert.

W związku z wniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty FENIX Sp. z o.o.;

2)wezwanie do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, chyba że zajdą podstawy do odrzucenia oferty FENIX ze względu na zarzut 3 powyżej ewentualnie

3)wykluczenie oferty FENIX Sp. z o.o. z Postępowania i odrzucenie oferty tego Wykonawcy, a także o

4)odrzucenie oferty FENIX w zakresie zadania nr 2,

5)wezwanie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 Pzp przez FENIX w zakresie zadania nr 1 względnie

6)odrzucenia ofert FENIX w zadaniach nr 1 i nr 2 w przypadku potwierdzenia ich niezgodności z warunkami zamówienia oraz

7) przeprowadzenie oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z warunkami zamówienia

a ponadto o:

1)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i zwrot kosztów postępowania zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453) oraz rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437);

2)przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

Wykonawca podał: „Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia. Dokonanie wyboru oferty FENIX Sp. z o.o. naruszyło interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia i aktualnie przesądziło o pozbawieniu go możliwości uzyskania zamówienia, a tym samym naraziło go na szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia i wynikającego stąd przychodu. Odwołujący ma zatem interes we wniesieniu odwołania. Stąd zasadne jest wniesienie odwołania wobec grożącej Odwołującemu szkody”.

W uzasadnieniu podnoszonych w odwołaniu zarzutów podał:

Wybór oferty FENIX Sp. z o.o. w Warszawie narusza zasady ustawy dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), dalej „Pzp”, a także zasady określone przez Zamawiającego w Specyfikacji

Warunków Zamówienia.

I. W uzasadnieniu stawianych zarzutów ZUBRD wskazuję w pierwszej kolejności na fakt, że pomimo, że Zamawiający nie wskazał w ogłoszeniu o zamówieniu, ani w dokumentach zamówienia art. 109 ust. 1 ust. 8 i 10 Pzp jako podstaw wykluczenia, to jednak wobec faktu, że wykonawca złożył wraz z ofertą, w dniu 5 lutego 2025 r., oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia, a także okoliczność, że proces oceny ofert zakończył się 3 marca 2025 r., a w tym okresie doszło do wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oraz ich złożenia (w dnia 10-13 lutego

2025 r.), a następnie do wezwania i złożenia wyjaśnień treści oferty, a kolejno do wezwania do złożenia i złożenie podmiotowych środków dowodowych, należy uznać, że nie tylko w momencie składania ofert Wykonawca nie spełniał warunków udziału w postępowaniu i złożył fałszywe oświadczenie w ślad za podmiotem udostępniającym zasoby, ale także, że Zamawiający nie powinien wykonywać żadnych czynności wobec tego Wykonawcy, z wyjątkiem jego weryfikacji pod kątem wykluczenia oraz odrzucenia jego oferty, z uwzględnieniem art. 119 Pzp i art. 122 Pzp.

FENIX składając ofertę oparł się zasobach GrupaBravo Sp. z o.o., która zobowiązała się do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, tj.: zdolności zawodowych w zakresie doświadczenia oraz oświadczyła, że realizacja zamówienia (poprzez podwykonawstwo na cały okres realizacji zamówienia) odbędzie się wspólnie z Wykonawcą w części wymaganej doświadczeniem określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia, podczas gdy w terminie składania ofert, tj. 5 lutego 2025 r. GrupaBravo Sp. z o.o. podlegała wykluczeniu ze względu na fakt, że 15 lutego 2022 r. Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie odstąpił od dwóch umów zawartych z firmą GrupaBravo Sp. z o.o., która odpowiedzialna była za utrzymanie oznakowania w Krakowie, bo wykonawca nie spełnił wymagań umownych, a nałożone do 15 lutego 2022 r. kary przekroczyły limity określone w kontraktach, tj. ok. 2,5 mln zł (z uwzględnieniem umownego limitu 20%), a naliczone zostały kary za zerwanie umów winy GrupaBravo Sp. z o.o. (umowy zawarte z tym wykonawcą zostały rozwiązane ze skutkiem natychmiastowym, a ponadto wobec odstąpienia od umowy, z przyczyn leżących po stronie tego wykonawcy, naliczono dodatkowo kary umowne w wysokości 10% wartości kontraktu); wykonawca GrupaBravo Sp. z o.o. złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia a w tym, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w sytuacji, gdy wykluczeniu podlegał, a oświadczenie to FENIX złożył wraz z ofertą, co poskutkowało tym, że FENIX nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie zawarł w swojej ofercie informację nieprawdziwą, która wprowadziła Zamawiającego w błąd.

Wiedza o podleganiu wykluczeniu firmy GrupaBravo Sp. z o.o. na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp ze względu na fakt, że 15 lutego 2022 r. Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie odstąpił od dwóch umów zawartych z firmą GrupaBravo Sp. z o.o., która była powszechnie dostępna, ale dokonując czynności w toku postępowania o zamówienie publiczne Zamawiający nie dochował należytej staranności. Odwołujący takiej staranności dochował i uzyskał wiedze o ww. okolicznościach ze strony internetowej Zarządu Dróg Miasta Krakowa w Krakowie. Link do strony poniżej: <https://zdmk.krakow.pl/nasze-dzialania/rozwiązanie-umow-z-firmami-utrzymujacymioznakowanie/> a informacja w sprawie stanowi załącznik do odwołania.

Pomimo powyższego wykonawca GrupaBravo Sp. z o.o. złożył oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia a w tym, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, w sytuacji, gdy bez wiedzy i doświadczenia składający ofertę FENIX nie ma żadnych kompetencji do wykonania zamówienia i nie spełnia warunków stawianych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu SWZ. Zgodnie z art.110 ust. 1 Pzp Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie uczynił tego a jednocześnie nie przeprowadził badania tego Wykonawcy, czy jest w stanie wykazać spełnianie warunków, pomimo, że na dzień 15 lutego 2025 r. udostępniająca zasoby Wykonawcy FENIX spółka GrupaBravo Sp. z o.o. podlegała wykluczeniu, co skutkowało tym że FENIX nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Oferta tego Wykonawcy nie powinna podlegać procesowi oceny a w tym wyjaśnieniom w zakresie określonym art. 224 i art. 223 Pzp. Jak stanowi art. 119 Pzp: Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniającego zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Stosownie do postanowień art. 122 Pzp Zamawiający nie powinien dokonywać oceny oferty FENIX, a żądać, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił GrupaBravo Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, jeżeli wobec podmiotu udostępniającego zachodzą podstawy wykluczenia. Stanowisko powyższe potwierdza Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 3 czerwca 2021 r., C210/20, Rad Service e.a. 384 . Wynika z niego, że: Art. 63 w zw. z art. 57 ust. 4 lit. h dyrektywy 2014/24/UE oraz w świetle zasady proporcjonalności należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, na mocy którego instytucja zamawiająca powinna automatycznie

wykluczyć oferenta z postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, w przypadku gdy przedsiębiorstwo pomocnicze, na którego zdolności zamierza on polegać, złożyło nieprawdziwe oświadczenie co do istnienia prawomocnych wyroków skazujących, bez możliwości wymagania w podobnym przypadku od tego oferenta zastąpienia owego podmiotu, lub przynajmniej zezwolenia oferentowi na jego zastąpienie.

II. W uzasadnieniu trzeciego zarzutu, należy zauważyć, że zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp Zamawiający wzywa wykonawców do złożenia wyjaśnień w tym trybie 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. Taka sytuacja zaszła w przedmiotowym postępowaniu zaszła w stosunku ofert dwóch wykonawców: FENIX sp. z o.o. oraz „MB7” BRZozowski Mariusz (kwestia prawidłowości badania oferty te Wykonawcy nie jest jednak przedmiotem odwołania). Zamawiający, zgodnie z art. 224 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę FENIX do wyjaśnień ceny w zakresie zadania nr 2 pismem z dnia 10 lutego (w piśmie błędnie wskazano: „stycznia”, ale na „luty” wskazuje data przekazania przez platformę, na której prowadzone jest postępowanie) 2025 r. Termin do złożenia wyjaśnień był terminem co najmniej wystarczającym do ich przygotowania i przedstawienia – termin został wyznaczony do dnia 14 lutego 2025 r. Wykonawca FENIX złożył w odpowiedzi na to wezwanie wyjaśnienia z dnia 13 lutego 2025 r. (data podpisów pod dokumentem). Analiza odpowiedzi wykonawcy FENIX na wezwanie prowadzi do wniosku, że złożone przez niego wyjaśnienia były ogólnikowe, fragmentaryczne, pozbawione dowodów i przez to nie obaliły domniemania tego, że oferta FENIX zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zostały one przez Zamawiającego ocenione nieprawidłowo, zarówno w stosunku do wymagań art. 224 Pzp, jak i w stosunku do treści wezwania z dnia 10 lutego 2025 r. Według informacji przedstawionych przez Zamawiającego wyjaśnienia tego wykonawcy pomijały szereg zagadnień, które mają niezwykle istotny wpływ na ocenę tego, czy jest w ogóle możliwa prawidłowa i rzetelna realizacja przedmiotu zamówienia za cenę ujętą w ofercie FENIX. Zamawiający zażądał wyjaśnienia cen, jako rażąco niskich tylko dwóch pozycji w Kosztorysie ofertowym na zadanie nr 2, tj. jednostkowe ceny netto:

- 250,00 zł za pozycję - Wymiana/montaż kompletnego nowego radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie zgodnie z specyfikacją techniczną,
- 3 400,00 zł za pozycję - Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego prądem stałym zgodnie z specyfikacją techniczną. Pomimo tak ograniczonego żądania Wykonawca w żaden sposób nie odniósł się do zakresu wezwania zawartego w piśmie Zamawiającego. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający wprost zażądał w wyjaśnieniach wskazania na:
 - zgodność 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,
 - zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Ponadto, wskazał, że wyjaśnienie dotyczące cen jednostkowych netto mają zawierać:

- kalkulacje kosztów wymiany/montażu kompletnego nowego radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie zgodnie ze specyfikacją techniczną,
- kalkulacje kosztów wymiany/montażu kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego prądem stałym zgodnie z specyfikacją techniczną.

W swoim piśmie Zamawiający pouczył także o możliwości złożenia wyjaśnienia w szerszym zakresie. Zamawiający jednoznacznie zastrzegł, że przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Zażądał przedstawienia wszystkich informacji oraz dowodów, które Wykonawca uzna za istotne, na temat sposobu obliczenia ceny zamówienia, a które nie zostały wymienione wezwaniu Zamawiającego, bo ze złożonych wraz z dowodami wyjaśnień wynikać musi, iż przedstawiona w ofercie cena wyliczona została rzetelnie i jest realna oraz wiarygodna, oraz że ujęte zostały w cenie oferty wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Mimo tego, a także faktu, że obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy, a dodatkowo, że złożenie wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniająco podanej w ofercie ceny skutkować będzie odrzuceniem oferty na mocy art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, FENIX przedstawił ogólnikową, dwustronicową informację, którą trudno uznać za wyjaśnienie, nie popartą żadną kalkulacją w prawidłowym tego słowa znaczeniu oraz dowodami. Informacja ta została złożona w sytuacji, gdy nie tylko wyceny wskazanych pozycji kosztorysowych wydały się Zamawiającemu rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do

możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, ale także zwrócenia przez Zamawiającego uwagi, iż w kosztorysie ofertowym na zadanie nr 1, za pozycje o tożsamym opisie, Wykonawca FENIX zaoferował jednostkowe ceny netto odpowiednio 7 900,00 zł (za Wymiana/montaż kompletnego nowego radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie zgodnie z specyfikacją techniczną) i 10 000,00 zł (Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego prądem stałym zgodnie z specyfikacją techniczną). Co więcej w treści informacji FENIX wskazał jednoznacznie, że w wycenie oferty, a w szczególności będącej przedmiotem wyjaśnień wycenie radarowego wyświetlacza prędkości, jak i doświetlenia przejścia dla pieszych nie uwzględnił istotnych kosztów, co jednoznacznie potwierdza fragment jego pisma: „Ceny jednostkowe na wymianę/montaż doświetlenia przejścia zostały ustalone na podstawie następujących kosztów:

- Koszt zakupu urządzenia: Zakup urządzenia nie był wliczony w cenę pozycji.
- Koszt robocizny: 3 000,00 zł – stawka ryczałtowa za instalację urządzenia
- Koszt transportu: 200,00 zł – transport urządzenia i materiałów.
- Koszt materiałów pomocniczych (okablowanie, mocowania, włączniki): 200,00 zł.

Chcielibyśmy zwrócić uwagę, że zarówno radarowy wyświetlacz prędkości, jak i doświetlenie przejścia dla pieszych, zostały niewykorzystane w ramach innych realizowanych umów. Z uwagi na to, że urządzenia te są już w naszej dyspozycji, możemy zaoferować je poniżej ceny zakupu, co pozwala nam na konkurencyjne zaprezentowanie niższej ceny jednostkowej w stosunku do innych ofert. Jest to wynik optymalizacji naszych zasobów, co pozwala obniżyć koszty operacyjne i zaoferować atrakcyjniejszą cenę.” Pozostałe, obowiązkowe wyjaśnienia, których żądał Zamawiający FENIX zbył kilkoma ogólnikowymi zdaniem. Wyjaśnienia zawierają wyłącznie bardzo ogólną „kalkulację” kosztów elementów składowych. Pozbawione są jakichkolwiek wyjaśnień nt. metody sporządzonej kalkulacji, wyjaśnień nt. dostępnych temu Wykonawcy uwarunkowań pozwalających na realizację świadczenia za skalkulowane ceny (np. według kryteriów wytypowanych w art. 224 ust. 3 Pzp lub innych dostępnych temu Wykonawcy uwarunkowań. Nie wiadomo więc, czy ceny jednostkowe wskazane w kalkulacji obejmują prawidłowe szacowanie kosztów zatrudnienia personelu, zakupu towarów i usług od podmiotów zewnętrznych itp. Nie wiadomo więc, czy koszty te zostały przyjęte na poziomie rynkowym, adekwatnym do potrzeb, a co do zatrudnienia personelu – czy odpowiadają wymaganiom przepisów prawa, w tym o minimalnym wynagrodzeniu za pracę czy świadczenie usług. To ostatnie jest szczególnie istotne przy elementach takich, jak montaż, uruchomienie czy potem zapewnienie serwisu gwarancyjnego zamontowanych urządzeń zgodnie ze zleceniami. Brak też jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby, że ceny jednostkowe wskazane w kalkulacji są przyjęte w sposób prawidłowy i wystarczają na pokrycie kosztu wykonania poszczególnych elementów (np. zakupu urządzeń i materiałów, montażu i serwisu gwarancyjnego). Ceny podane w „kalkulacji” FENIX zostały podane bez żadnego wyjaśnienia, bez podania sposobu ich wyliczenia, bez wskazania, że składające się na nie koszty mogą pomieścić się w zaoferowanej cenie pozycji kosztorysu. Co ważne, bo zostało to podkreślone przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia (str. 1 Załącznika nr 7 do SWZ):

„2. Materiały

Wszystkie materiały niezbędne do wykonywania usługi są wliczone w koszty po stronie wykonawcy zgodnie z cenami zawartymi w kosztorysie ofertowym. Utylizacja powstałych w trakcie realizacji odpadów lub materiałów leży po stronie wykonawcy, chyba, że zamawiający w zleceniu postanowi inaczej. Materiały przydatne do ponownego użytku lub wykorzystania należy wywieźć na teren właściwego terytorialnie Obwodu Drogowego. Dopuszcza się inne miejsce jeżeli wskaże je Zamawiający jednak na odległość nie większą niż odległość do właściwego Obwodu Drogowego. Materiały nieprzydatne należy zutylizować przez Wykonawcę a przydatne z przeznaczeniem do wykorzystania w ramach budowy zabezpieczyć do ponownego wykorzystania w uzgodnieniu z Inspektorem Nadzoru.

4. Transport.

Transport materiałów, urządzeń oraz odpadów leży po stronie Wykonawcy i do jego obowiązków należy prawidłowe zabezpieczenie wyżej wskazanych.”

O powyższych, istotnych kosztowo pozycjach, w przedstawionej przez FENIX informacji nie ma ani słowa. Powoduje to, że podane w tym zakresie wyjaśnienia pozbawione są możliwości weryfikacji. To dyskwalifikuje walor dowodowy złożonych przez FENIX wyjaśnień (por. np. wyroki KIO: z dnia 6 czerwca 2016 r., KIO 800/16, z dnia 14 lipca 2020 r., KIO 958/20, z dnia 26 lutego 2019 r., KIO 247/19). Ogólna kalkulacja kosztów podana przez FENIX, pozbawiona jakiegokolwiek części motywacyjnej nt. metody kalkulacji czy dostępnych temu wykonawcy uwarunkowań, a także pozbawiona jakichkolwiek dowodów, które potwierdzałyby realność założeń kalkulacyjnych, nie pozwalają na przyjęcie, że Wykonawca ten spełnił swój obowiązek wykazania prawidłowości ceny oferty, do czego zobowiązuje go art. 224 ust. 5 Pzp. Szczególnie jaskrawo widać to w zestawieniu ze stanowiskiem orzeczniczym Sądu Okręgowego w Warszawie: „Wyjaśnienia elementów mających wpływ na wysokość ceny muszą być konkretne, wyczerpujące i nie mogą pozostawiać jakichkolwiek wątpliwości co do rzetelności kalkulacji oferty. Stąd wyjaśnienia dotyczące poszczególnych elementów oferty, które miały wpływ na kalkulację ceny winny wskazywać i omawiać przynajmniej podstawowe elementy

cenotwórcze, jak przykładowo koszt pracowników, zaangażowania określonego sprzętu, marże wykonawców, czy koszt zakupu określonych materiałów. Zamawiający powinien mieć możliwość pełnej weryfikacji złożonych wyjaśnień.” (por. wyrok SO w Warszawie z dnia 25 listopada 2021 r., XXIII Zs 113/21). Podkreślenia wymaga, że kalkulacja oferty brutto firmy FENIX składają się wyłącznie pozycje kosztowe. Brak jest wykazania tego, że kalkulacja ta zakłada choćby minimalny zysk. Jak wskazuje orzecznictwo, cena ujęta w ofercie powinna uwzględniać zysk – powinna zapewniać pokrycie niezbędnych kosztów oraz przynosić wykonawcy zysk, który jest powodem uczestnictwa w obrocie gospodarczym. Cena nie uwzględniająca zysku za wykonanie przedmiotu zamówienia powinna być traktowana, jako rażąco niska (por. np. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 05.06.2018 r., XII Ga 175/17, wyroki KIO: z dnia 7 listopada 2016 r., KIO 2003/16).

Zamawiający przy ocenie wyjaśnień FENIX dopuścił się naruszenia przepisów art. 224 ust. 5 i 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i zaniechał odrzucenia oferty tego Wykonawcy.

Powyższe, wskazujące na wadliwość czynności Zamawiającego (przyjęcie wyjaśnień) oraz Wykonawcy FENIX (złożenie ogólnikowej informacji nie będącej żądanymi wyjaśnieniami), jest szczególnie znaczące ze względu na fakt wezwania tego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty, które w istocie odzwierciedlało ciągle istniejące lub dalsze wątpliwości Zamawiającego zarówno co do zakresów ofert FENIX, jaki i co do prawidłowości ich wyceny zarówno w zadaniu nr 1 jak i zadaniu nr 2 (pismo z dnia 19 lutego 2025 r.).

„Wyjaśnienia” Wykonawcy (pismo z 20 lutego 2025 r. zawierające kilka ogólników oraz przytoczonych wyroków) w odpowiedzi na to wezwanie wskazują na brak woli wyjaśnienia treści złożonych ofert na zadanie nr 1 i zadanie nr 2 albo na całkowity brak zrozumienia istoty wyjaśnień i zasad prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne. W piśmie z 20 lutego 2025 r. Wykonawca stwierdził bowiem, że: „Wykonawca udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień wcześniejszym piśmie (przypis Odwołującego: piśmie z 13 lutego 2025 r. dotyczących wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie zadania nr 2) oraz wykazał składniki cenotwórcze. To Wykonawca kreuje swoją cenę. Zaoferowana cena nie jest ceną dumpingową. Przyczyną powstania znacznych różnic w cenach jednostkowych netto jest możliwość zaoferowania różnych cen w postępowaniu, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych. Wykonawca jest uprawniony do takiego działania na podstawie ustawy Pzp oraz kreowania własnych cen, które nie są niezgodne z przepisami prawa.

Wykonawca wskazuje, że nie ma wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za ceny podane w ofercie.”. Podkreślenia wymaga fakt, że Zamawiający nie uzyskał w istocie żadnej odpowiedzi. Ani co do tego, czy oferty zawierający wszystkie wymagane dokumentami zamówienia elementy (świadczenia), ani co do ich wyceny. Mimo tego wyjaśnienia przyjął i ostatecznie dokonał wyboru oferty FENIX, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający nie zażądał analogicznych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zadania nr 1, tak jak uczynił to w odniesieniu do zadania nr 2, chociaż powinien mieć analogiczne wątpliwości.

O nieprawidłowości w ocenie oferty zarówno zadania nr 1 jak i zadania nr 2 świadczy m.in. stanowisko samego Zamawiającego zawarte w piśmie z 19 lutego 2024 r.: „Jednakowy układ pionowy cen jednostkowych w obu kosztorysach nasuwa przypuszczenie, iż przekopiowane zostały do kosztorysu dla zadania nr 2 ceny netto z kosztorysu dla zadania nr 1, bez uwzględnienia innej kolejności pozycji kosztorysowych. Powyższe powoduje, iż ceny jednostkowe dla tych samych zadań różnią się od siebie o kilkaset procent i odbiegają w znacznym stopniu od cen przyjętych do ustalenia wartości zamówienia w obu zadaniach. Ponadto doprecyzowania wymaga również treść złożonych w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dla zadania nr 2 z dnia 13.02.2025 r., gdzie wskazane zostały zupełnie inne okoliczności wpływające na wysokość zaoferowania w zadaniu nr 2, w dwóch ostatnich pozycjach ww. tabeli, cen jednostkowych wiele razy niższych niż w zadaniu nr 1.”

Świadczy to o tym, że Zamawiający nie miał wiedzy co do faktycznego zakresu ofert FENIX złożonych zarówno w zadaniu nr 1 jak i w zadaniu nr 2. Analiza złożonych przez FENIX ofert i zawartych w nich kosztorysach jednoznacznie wskazują, że wyjaśnieniom na podstawie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 Pzp powinny podlegać oferty zarówno w zakresie zadania nr 1 jak i zadania nr 2, w szczególności z uwzględnieniem ewentualnego ich odrzucenia na podstawie art. 224 ust. 6 Pzp lub 226 ust. 1 pkt 8 Pzp lub 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Dokonując analizy treści oferty oraz wyjaśnień złożonych przez FENIX w trybie art. 224 ust. 1 i 2 ustawy Pzp Odwołujący wskazuje, że oferta FENIX winna podlegać odrzuceniu jako oferta zawierająca rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia – a to z następujących przyczyn. W ocenie Odwołującego wykonawca FENIX nie wykonał nałożonego na niego zobowiązania Zamawiającego, a tym samym nie udźwignął ciężaru dowodu zmierzającego do wykazania, że złożona oferta spełnia wymagania ustawowe w zakresie prawidłowego określenia oferowanej ceny. Wprawdzie FENIX złożył wyjaśnienia, jednak są one ogólnikowe i nie odnoszą się do meritum wezwania – tj. wykazania obiektywnych czynników wpływających na wysokość ceny określonej w ofercie. Wyjaśnienia złożone przez FENIX nie przedstawiają jakichkolwiek rzeczowych argumentów pozwalających stwierdzić, że oceniana oferta została prawidłowo skalkulowana i zawiera cenę realną tj. uwzględniającą wszystkie koszty konieczne do należytego wykonania przedmiotu

zamówienia. Co równie istotne, do treści wyjaśnień FENIX nie dołączył żadnych dowodów, które potwierdziłyby lub przynajmniej uprawdopodobniły treść złożonych wyjaśnień oraz pozwoliłyby na zweryfikowanie kalkulacji zawartych w wyjaśnieniach. Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z wyroków podkreśla powagę dokumentów dowodowych: „Konieczność poparcia przedstawianych wyjaśnień dotyczących ceny oferty dowodami ma kluczowe znaczenie dla ich oceny, ponieważ same wyjaśnienia rzadko kiedy mogą być uznane za w pełni obiektywne, gdyż składa je podmiot bezpośrednio zainteresowany rozstrzygnięciem. Z tego powodu wykonawca, aby uwiarygodnić składane w wyjaśnieniach deklaracje co do poziomu cen, czy też szczególnie korzystnych dla niego okoliczności, na które się powołuje, zobowiązany jest poprzeć je stosownymi dowodami, potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje” 1 Wyrok KIO 359/23 z dnia 24 lutego 2023 r. Tymczasem dane przedstawione w wyjaśnieniach FENIX mają charakter ogólnikowy, niezwykle lakoniczny i nie wskazują żadnych konkretnych stawek, kosztów czy wyliczeń. Zgodnie z wyrokiem SO w Warszawie z dnia 5 stycznia 2007 r. (V Ca 2214/06, orzeczenia.ms.gov.pl) dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Natomiast zdawkowe, ogólne i uniwersalnej natury wyjaśnienia potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obliuguje Zamawiającego do odrzucenia oferty. W ocenie Odwołującego przedstawione przez FENIX wyjaśnienia nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny. Przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu są usługi, na koszt których składają się urządzenia i materiały, a także związana z nimi praca człowieka. Co za tym idzie, ważnym czynnikiem cenotwórczym takiej oferty jest koszt wynagrodzeń pracowników. Takie wymaganie i założenie Zamawiającego czyni koniecznym przyjęcie do ustalenia ceny oferty kosztów pracy (wynagrodzenia pracowników wykonawcy), których wartość nie może być kalkulowana w stawce niższej od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ustalonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, a także uwzględniających prognozowany wzrost minimalnego wynagrodzenia za pracę od 1 stycznia 2025 r. do kwoty 4 666 zł brutto wraz z zobowiązaniami publiczno-prawnymi. Jak wskazuje Odwołujący, koszt pracy jest ważnym elementem cenowym w usługach, dlatego też niewiarygodna (ale łatwa do weryfikacji) wycena tej pozycji kosztowej potencjalnych wykonawców ma zasadniczy wpływ na wynik kalkulacji cenowej przedstawianej oferty. Co więcej, koszty pracownicze można wyliczyć wprost z przepisów regulujących minimalnie wynagrodzenie oraz wynikających z obowiązujących przepisów z zakresu prawa pracy. W Rozdziale III ust. 12 -14 Zamawiający postawił wymagania w zakresie zatrudnienia. Zgodnie z ust. 12: „12.Zamawiający w zakresie zatrudnienia na podstawie stosunku pracy, w okolicznościach o których mowa w art. 95 ustawy PZP, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie stosunku pracy wszystkich osób wykonujących czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia: organizacja i realizacja usług - bezpośrednio wykonywanie usług w zakresie wszystkich czynności wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, dotyczy w szczególności osoby posiadającej uprawnienia elektryczne. Do umowy należy wypełnić Załącznik nr 9 do SWZ – Wykaz osób zatrudnionych na podstawie stosunku pracy. Obowiązek ten dotyczy również zastępstwa i zmiany ww. osób dokonanych w trakcie realizacji zamówienia.” Złożone przez FENIX wyjaśnienia nie zawierają danych ile osób wykonawca zatrudni na potrzeby realizacji Zamówienia i w jakim wymiarze czasu pracy. Dane dotyczące kosztów pracowniczych są nieznane, w szczególności nie wiadomo czy doszacowano etaty, bo brak wyliczenia wszystkich dodatkowych kosztów jak zastępstwa urlopowe i brak wyliczenia wzrostu kosztów z tytułu waloryzacji minimalnego wynagrodzenia w roku 2025r. oraz brak zagwarantowania zastępstw w przypadku okoliczności nieprzewidywalnych np. choroba. Pobocznie, Odwołujący pragnie podkreślić, iż zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lutego 2024 r., KIO 241/24: „Złożenie oferty przewidującej zaniżone koszty pracy, a nieuwzględniającej kosztów wynikających z wypłaty pracownikom minimalnego wynagrodzenia za pracę stanowi przejaw niezgodności oferty z treścią art. 224 ust. 3 pkt 4 ustawy Prawa zamówień publicznych. Przepis ten, jakkolwiek odnosi się do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, wskazuje wprost, że wartość kosztów pracy przyjęta do ustalenia ceny oferty nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych według przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. W tym sensie stanowi on samoistną podstawę nakazującą uwzględnienie w ofercie ww. kosztów. Brak ich uwzględnienia musi być uznany za niezgodność oferty z przepisami ustawy.” Brak jest kosztów zastępstw urlopowych, waloryzacji minimalnego wynagrodzenia. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że pracownikowi za czas przebywania na urlopie wypoczynkowym oraz za czas innej usprawiedliwionej nieobecności w pracy przysługuje takie samo wynagrodzenie, jakie otrzymałby, gdyby wykonywał pracę. Pracownikowi należy się urlop wypoczynkowy, za który pracodawca musi zapłacić taką kwotę, jaką otrzymałby, świadcząc pracę. Na czas nieobecności w pracy należy zorganizować zastępstwo. Urlopy wypoczynkowe są przewidywalne, mierzalne więc łatwo wyliczyć ile wyniesie koszt zastępstwa urlopowego, gorzej jednak z nieprzewidywalną nieobecnością pracownika w pracy spowodowaną np. chorobą i w tym przypadku pracodawca powinien tak ustalić organizację pracy, aby dysponować osobą na zastępstwa. Wymagania Zamawiającego określone w dokumentach zamówienia, dotyczące zatrudnienia pracowników na umowę o pracę generują stałe, powszechnie znane i równe dla wszystkich wykonawców

czynniki cenotwórcze, tj. między innymi: koszty wynagrodzenia, dodatków za pracę w godzinach nocnych, koszty urlopów, nieprzewidzianych absencji, np. z powodu choroby, koszty badań wstępnych, szkoleń, odzieży roboczej. W przypadku urlopu wypoczynkowego pracownika czy innej absencji będzie to również koszt zastępstwa pracownika przez inną osobę. Stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 czerwca 2018 r. (KIO 1050/18), w którym Izba odnosząc się do badania rażąco niskiej ceny orzekła, iż: „wykonawca kalkulując cenę za tego typu usługi bierze pod uwagę przede wszystkim koszty pracy osób je realizujących. Koszty takie podlegają weryfikacji pod względem wymogów dotyczących minimalnego wynagrodzenia za pracę, z uwzględnieniem obowiązkowych kosztów pracowniczych, w tym kosztów urlopów wypoczynkowych. Nie ma więc, w ocenie Izby żadnych wątpliwości, iż koszty urlopów pracowniczych, będących częścią kosztów zatrudnienia pracownika, stanowią istotną część składową ceny wykonawcy, zaś ich sposób wyliczenia musi uwzględniać wszystkie wymagania wynikające z obowiązujących przepisów, w tym co do wymiaru jak i sposobu jego wykorzystania.” Tymczasem przedstawione kalkulacje FENIX nie uwzględniają takich elementów w cenie oferty. To bez wątpienia nie świadczy o rzetelności przedstawionych przez FENIX kalkulacji, a jednocześnie w sposób oczywisty zaniża wartość oferty. Rodzi ponadto zagrożenie należytego wykonania usługi.

Niezależnie od przedstawionych powyżej uwag dotyczących wadliwości wyjaśnień złożonych przez FENIX, jak już nadmieniono na wstępie, należy w tym miejscu podkreślić także fakt, iż Zamawiający nie przeprowadził badania ceny wynikającej z oferty FENIX w sposób jaki zadeklarował w treści wezwania.

Reasumując, mając na uwadze przedstawione powyżej argumenty - nie sposób jest, jak przyjął to Zamawiający - potraktować złożonych przez FENIX wyjaśnień jako pełnych, wyczerpujących, rzetelnych i właściwych, a nade wszystko zgodnych z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Odwołujący definitywnie podnosi, iż kalkulacja cenowa FENIX jest iluzoryczna, bo nie jest oparta o żadne konkretne założenia; niekompletna bo nie uwzględnia wszystkich kosztów wytworzenia przedmiotu dostawy i usługi (koszty urządzeń, materiałów, realnych kosztów wynagrodzeń o pracę, kosztów zastępstw związanych z absencjami chorobowymi, kosztów zatrudnienia dodatkowych osób w przypadku zastępstw itp.); nierealna i nierzetelna, bo dane przedstawione w wyjaśnieniach są nierzeczywiste, nie uwzględniają cen urządzeń i materiałów, faktycznego rozmiaru usługi, czasu jej wykonywania, specyfiki i złożoności, a stanowią jedynie luźne wyliczenia niejako dopasowane do ceny oferty.

Oprócz wskazania wadliwości czynności Zamawiającego w zakresie zadania nr 2 podkreślić należy, że naruszono art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie w zakresie zadania nr 1 wezwania do złożenia wyjaśnień oferty wykonawcy FENIX, pomimo, że wykonawca ten złożył ofertę zawierającą istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych i mogło to prowadzić do odrzucenia oferty. O okolicznościach uzasadniających zarówno konieczność odrzucenia oferty FENIX w ramach zadania nr 2, jak i na konieczność zażądania wyjaśnień odnośnie do zadania nr 1 świadczą ustalenia Odwołującego jak niżej.

Odwołujący dalej podał:

Po zapoznaniu się z ofertą złożoną przez FENIX należy stwierdzić, że oferta na Zadanie nr 2 – RDW Staszów zawiera pozycje z rażąco niską ceną.

Dotyczy to następujących pozycji:

- 1) Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego prądem stałym zgodnie z specyfikacją techniczną (kpl. 1) – cena 3400,00 zł
- 2) Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego solarnie zgodnie z specyfikacją techniczną (kpl. 1) – cena 10000,00 zł.
- 3) Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego hybrydowo zgodnie z specyfikacją techniczną (kpl. 1) – cena 12000,00 zł.
- 4) Wymiana/montaż kompletnego nowego radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie zgodnie ze specyfikacją techniczną (szt. 1) – cena 250,00 zł.

Odwołujący zwrócił uwagę i podtrzymuje swoje stanowisko, jako uzasadnienie zarzutów nr 3 – 5.

Po zapoznaniu się z ofertą złożoną przez FENIX należy stwierdzić, że oferta na zadanie nr 1 – RDW Zgórsko także zawiera pozycje z rażąco niską ceną w zakresie istotnych elementów zamówienia, a Zamawiający nawet nie wezwał do wyjaśnień w tym zakresie.

Dotyczy to następujących pozycji:

- 1) Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego solarnie zgodnie z specyfikacją techniczną (kpl. 1) – cena 12000,00 zł.
- 2) Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego hybrydowo

zgodnie z specyfikacją techniczną (kpl. 1) – cena 14000,00 zł.

3)Wymiana/montaż kompletnego nowego radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie zgodnie ze specyfikacją techniczną (szt. 1) – cena 7900,00 zł.

Ceny te są rażąco niskie i nie odzwierciedlają pełnych kosztów robót dotyczących kwestionowanych pozycji ofertowych i nie jest możliwe do wykonania.

Na podstawie naszych analiz rynkowych, znaleźliśmy następujące ceny netto zakupu materiałów (bez kosztów dostawy i montażu), które mogą służyć jako punkt odniesienia dla oceny przedstawionych ofert:

- Doświetlenie przejścia dla pieszych zasilane solarnie: najniższa cena rynkowa dla tego typu urządzeń to około 7065,04 zł <https://sklepdrogowy.pl/lampy-doswietlajace-przejscia-dlapieszch/lampa-solarna-na-przejscie-dlapieszch--model-ls-pdp-1-36w> za jedną sztukę, w kosztorysie jest mowa o komplecie czyli o dwóch sztukach czyli 14 130,08 zł.
- Doświetlenie przejścia dla pieszych zasilane hybrydowo: najniższa cena rynkowa to około 8500,00 zł <https://sklepdrogowy.pl/lampy-doswietlajace-przejscia-dla-pieszch/lampahybrydowa-lh-pdp-1-36w-solarno-wiatrowa-na-przejscie-dla-pieszch> za jedną sztukę, w kosztorysie jest mowa o komplecie czyli o dwóch sztukach czyli 17000,00 zł.
- Radarowy wyświetlacz prędkości zasilany solarnie: najniższa cena rynkowa to około 8268,29 zł https://www.gad-source.com&gad_source=1&gclid=CjwKCAiAzvC9BhADEiWAEhtlN8XQWbn8AENtbrEY62CKTPbHTmYK6TWCPq89l889flgRXRCUVBoC_NMQAvD_BwE

Biorąc pod uwagę rynkowe ceny zakupu materiałów, to ceny wraz z montażem zaprezentowane w ofertach odbiegają od stawek rynkowych, i uniemożliwiają wykonanie zakwestionowanych pozycji kosztorysów ofertowych.

W załączniku nr. 7 OPZ do niniejszej umowy w punkcie 5.14 [...] Wymiana/Montaż kompletnego nowego dedykowanego oświetlenia przejścia dla pieszych [...]dedykowanego oświetlenia przejścia dla pieszych, winno spełniać wszelkie obowiązujące normy oraz być zgodne z obowiązującymi przepisami [...] jasno jest zaznaczone że wykonane ma zostać nowe dedykowane oświetlenie przejścia dla pieszych i ma spełniać wszelkie obowiązujące normy oraz być zgodne z obowiązującymi przepisami.

Na stronie <https://www.gov.pl/web/infrastruktura/wytyczne-organizacji-bezpiecznego-ruchupieszch-wytyczne-prawidlowego-oswietlenia-przejsc-dla-pieszch> jest umieszczony dokument "WYTYCZNE ORGANIZAC. BEZPIECZNEGO RUCHU PIESZYCH

WYTYCZNE

PRAWIDŁOWEGO OŚWIETLENIA PRZEJŚĆ DLA PIESZYCH" w którym jest zawarta definicja „oświetlenie dedykowane” [...] 1.3.3.2 Oświetlenie dedykowane - rozwiązanie techniczne służące do oświetlenia przejścia dla pieszych realizowane za pomocą specyficznych rozwiązań oświetleniowych, polegających na zastosowaniu opraw oświetleniowych o asymetrycznych rozsyłach strumienia świetlnego, umieszczonych w odpowiedniej konfiguracji (przed przejściem dla pieszych zgodnie z kierunkiem ruchu pojazdów - rys. 1.1, rys. 1.2c.[...]

Rys. 1.1 Schemat rozmieszczenia opraw oświetlenia na przejściu dla pieszych

Jednoznacznie z tego wynika że oświetlenie takiego przejścia dla pieszych powinno się składać z dwóch sztuk lamp z rozsyłem asymetrycznym [...] 5.4.3.2. Oświetlenie dedykowane wymaga zainstalowania opraw oświetleniowych z rozsyłem asymetrycznym strumienia świetlnego. Oprawy te powinny być zainstalowane przed przejściem dla pieszych, oddzielnie dla każdego kierunku ruchu pojazdów (rys. 5.2). Ze względu na istniejącą asymetrię strumienia świetlnego opraw oświetleniowych, możliwe są dwie optyki stosownie do układu drogowego i kierunków ruchu pojazdów:

- optyka prawa - polegająca na ustawieniu oprawy oświetleniowej po prawej stronie jezdni, - optyka lewa - polegająca na ustawieniu oprawy oświetleniowej po lewej jezdni.

5.4.3.3 Można wyróżnić kilka najczęściej spotykanych konfiguracji (lokalizacji) słupów i opraw oświetleniowych rozsyłających asymetryczne strumienie świetlne z uwzględnieniem typu przekroju poprzecznego drogi, kierunku ruchu pojazdów i geometrii przejścia dla pieszych. W załączniku 3 zestawiono przykłady zalecanych konfiguracji słupów i opraw oświetleniowych na przejściach dla pieszych, dla dedykowanych rozwiązań oświetleniowych.

5.4.3.4 Oprawy oświetleniowe dedykowane powinny być zamocowane poniżej linii opraw oświetlenia drogowego (typowo na wysokości pomiędzy 5,0 a 6,5 m). Zabieg ten wyróżnia obszar przejścia dla pieszych spośród ciągu opraw ulicznych i poprzez pewną odmienność usytuowania opraw oświetleniowych na przejściu dla pieszych wpływa na wrażenia wizualne i prowadzenie wzrokowe kierowcy.

5.4.3.5 Niedopuszczalne jest stosowanie rozwiązania polegającego na oświetleniu przejścia dla pieszych oprawą oświetleniową z rozsyłem symetrycznym, zainstalowaną centralnie nad osią przejścia dla pieszych

Rys. 5.2 Schemat przykładowej lokalizacji opraw oświetleniowych na drodze jednojezdniowej dwukierunkowej o jednym pasie ruchu w każdym kierunku (zastosowano dwie oprawy z optyką prawą)

Zamawiający potwierdził, że muszą być zamontowane dwie sztuki lamp doświetlenia przejścia gdyż w tych pozycjach

kosztorysu ofertowego jednostką obmiaru jest „kpl.” A nie „szt.” tak jak ma to miejsce w przypadku pozostałych pozycji kosztorysów w części Z5 i S6.

Podsumowując, ceny zaprezentowane w kosztorysach przez firmę FENIX uniemożliwiają zakup odpowiednich materiałów, co za tym idzie również wykonanie zadania zawartego w pozycji „Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego solarnie zgodnie z specyfikacją techniczną” i „Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego hybrydowo zgodnie z specyfikacją techniczną”

Pozycje z części Z5 i S6 są wykonywane na podstawie odrębnych zleceń Zamawiającego i nie są powiązane z wykonywaniem robót ryczałtowych wyszczególnionych w częściach Z1 – Z4 i S1 – S5 kosztorysów ofertowych.

III. Potwierdzenie się stawianych zarzutów (z wyłączeniem zarzutów nr 1 i 4) będzie prowadziło do konieczności uznania, że Zamawiający naruszył także art. 239 ust. 1 Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu.

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący wskazuje, że nawet jeśli Izba doszłaby do wniosku, że w toku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający powinien jeszcze przeprowadzić ponowne wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny (w odniesieniu do zarzutu nr 3, a na pewno w odniesieniu do zarzutu nr 4), to nadal należy uznać, że Zamawiający naruszyłby art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór oferty FENIX przedwcześnie, przed przeprowadzeniem badania i oceny tej oferty w wymaganym zakresie.

Także w takiej sytuacji odwołanie powinno być uwzględnione. Odwołujący zaznacza to z ostrożności, gdyż według niego nie zachodzą podstawy, które uzasadniałyby podjęcie takich dodatkowych, wyjątkowych czynności, jak ponowne wezwanie FENIX do wyjaśnień w trybie art. 224 Pzp.

Brak odrzucenia oferty FENIX oraz dokonanie wyboru oferty tego Wykonawcy jako najkorzystniejszej wbrew zasadom ustalonym w dokumentach zamówienia, w sposób naruszający przepisy Pzp uniemożliwiają udzielenie zamówienia z zachowaniem powyższych zasad.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Fenix Sp. z o.o. z/s w Piekoszowie (Uczestnik lub wykonawca Fenix) . W piśmie procesowym z dnia 24.03. 2025 r.wniósł (...) o oddalenie odwołania w całości i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści pisma na okoliczność: braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby, - prawidłowe ustalenie ceny ofertowej w kosztorysie.

Ad. 1. Wykonawca wyjaśnia, że złożone oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania jest zgodne ze stanem faktycznym i prawnym. Wykonawca oświadcza, iż podmiot GrupaBravo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust 1 pkt 7 Pzp. Podczas realizacji umowy na rzecz ZDMK, wskazywanej przez Odwołującego, nie wystąpiły okoliczności o których mowa w art. 109 ust 1 pkt 7 Pzp. tj. nie wystąpiły przyczyny leżące po stronie GrupaBravo Sp. z o.o., które skutkowałyby koniecznością rozwiązania umowy, wypłacenia odszkodowania czy wykonania zastępczego.

Wskazać należy, że sam ZDMK wszczął nowe postępowania, w których po raz kolejny ofertę złożyła Grupa Bravo sp. z o.o.. Pomimo że ZDMK zamieścił fakultatywne podstawy wykluczenia, tj. art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. to ZDMK nie wykluczył GrupaBravo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Postępowania unieważniono wyłącznie ze względu na brak środków. Są to postępowania:

1.nr 2022/BZP 00203388/01 z dnia 2022-06-10

<https://zdmk.krakow.pl/informacje/tryb-podstawowy-art-275-pkt-1-znak-sprawy-24-v-2022/>

2.nr 2022/BZP 00200116/01 z dnia 2022-06-08 <https://zdmk.krakow.pl/informacje/tryb-podstawowy-art-275-pkt-1-znak-sprawy-28-v-2022/>

Przed wszystkim Wykonawca wskazuje, że sam ZDMK, pomimo odstąpienia od umowy z Wykonawcą po raz kolejny dokonał wyboru oraz zawarł umowę z GrupaBravo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/725424>

Gdyby ZDMK jako racjonalny Zamawiający miał wątpliwości co do prawidłowej realizacji umowy wskazywanej przez Odwołującego, to w kolejnym postępowaniu nie dokonałby wyboru tego samego wykonawcy. W załączeniu przedkładam referencje wystawione przez ZDMK dla GrupaBravo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w roku 2024 dotyczące czterech umów realizowanych na rzecz ZDMK.Wykonawca wskazuje, że GrupaBravo Sp. z o.o. brała udział w wielu innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i nie została z nich wykluczona z przyczyn podnoszonych przez Odwołującego. Są to postępowania:

I.Przetargi w których startowała GRUPA BRAVO sp. z o.o. i oferta nie została odrzucona oraz zawarto umowę:

1.Ogłoszenie nr 2023/BZP 00547993 z dnia 2023-12-12,(Art. 109 ust. 1 pkt 5) Utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na odcinku drogowym Trasa Łągiewnicka w Krakowie,

2.Ogłoszenie nr 2023/BZP 00558176 z dnia 2023-12-18, (Art. 109 ust. 1 pkt 5, Art. 109 ust. 1 pkt 7) Utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego dróg i ulic na terenie miasta i gminy Skawina oraz wykonanie projektów organizacji

ruchu

3.Dz.U./S S127 403887-2023-PL, (Art. 109 ust. 1 pkt 5, Art. 109 ust. 1 pkt 7) Zawarcie umowy ramowej na dostawę, montaż i wykonanie prac związanych z oznakowaniem i infrastrukturą

BRDmw ciągu dróg powiatowych administrowanych przez Zarząd Dróg Powiatu Krakowskiego

4.Ogłoszenie nr 2023/BZP 00185468/01 z dnia 2023-04-20, (Art. 109 ust. 1 pkt 5, Art. 109 ust. 1 pkt 7) Odtworzenie oznakowania poziomego dróg powiatowych na terenie powiatu krakowskiego w 2023 roku.

5.Ogłoszenie nr 2025/BZP 00033377 z dnia 2025-01-15, (Art. 109 ust. 1 pkt 5) Utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego na odcinku drogowym Trasa Łągiwnicka w Krakowie, II.Przetargi w których startowała GRUPA BRAVO sp. z o.o. i oferta nie została odrzucona:

1.Ogłoszenie nr 2023/BZP 00113644 z dnia 2023-02-28, (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) Odnowa poziomego oznakowania dróg na drogach wojewódzkich administrowanych przez

Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Rzeszowie w roku 2023 – 8 zadań

2.Ogłoszenie nr 2023/BZP 00173314 z dnia 2023-04-12, (Art. 109 ust. 1 pkt 5, Art. 109 ust. 1 pkt 7) Wykonanie i odnowienie oznakowania poziomego dróg gminnych i powiatowych na terenie Gminy Wadowice

3.Ogłoszenie nr 2023/BZP 00093163/01 z dnia 2023-02-13,(Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) Wykonanie i odnowienie oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej

4.Ogłoszenie nr 2023/BZP 00207530 z dnia 2023-05-09, (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego na drogach powiatowych powiatu myślenickiego w 2023 r.

5.Ogłoszenie nr 2023/BZP 00271393/01 z dnia 2023-06-22, (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) Dwukrotne wykonanie oznakowania poziomego cienkowarstwowego przejść dla pieszych w przewidywanej ilości łącznej 54 392,00 m² w 2023 r. na drogach wojewódzkich województwa świętokrzyskiego

6.(Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) Wykonanie i odnowienie oznakowania poziomego dróg gminnych i powiatowych na terenie Gminy Wadowice

7.Ogłoszenie nr 2024/BZP 00348722/01 z dnia 2024-06-03, (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) Wykonanie oznakowania poziomego na drogach powiatowych na terenie powiatu kieleckiego w roku 2024

8.Ogłoszenie nr 2024/BZP 00230060 z dnia 2024-03-04, (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) Bieżące utrzymanie oznakowania pionowego i poziomego na drogach powiatowych powiatu myślenickiego w 2024 r.

9.Ogłoszenie nr 2024/BZP 00349184/01 z dnia 2024-06-04 (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) Wykonanie oznakowania poziomego cienkowarstwowego w przewidywanej ilości łącznej 222 200 m² oraz oznakowania grubowarstwowego w przewidywanej ilości łącznej do 1000 m² wraz ze ścieraniem

10.Ogłoszenie nr 2024/BZP 00022656 z dnia 2024-01-09 (Art. 109 ust. 1 pkt 5) „Bieżące utrzymanie oznakowania oraz urządzeń BRD dróg powiatowych w Powiecie Oświęcimskim w 2024 r.

11.Ogłoszenie nr 2024/BZP 00222645/01 z dnia 2024-02-28 (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7), Wykonanie oznakowania poziomego cienkowarstwowego i grubowarstwowego, likwidacja oznakowania poziomego oraz dostawa i montaż punktowych elementów odblaskowych na DW woj. mazowie. z podzi. na 9 cz.

12. (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) „Dostawa znaków drogowych i urządzeń BRD w 2024 roku do Obwodów Drogowych w podziale na zadania częściowe”

13.Ogłoszenie nr 2024/BZP 00325161 z dnia 2024-05-15 (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7) Wykonanie oznakowania poziomego dróg powiatowych na terenie powiatu mieleckiego w 2024 roku

14. Ogłoszenie nr 2024/BZP 00305289/01 z dnia 2024-04-29 (Art. 109 ust. 1 pkt 5, 109 ust. 1 pkt 7), Wykonanie oznakowania poziomego na rok 2024 na sieci dróg wojewódzkich administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Łodzi z podziałem na zadania

Faktem jest, że na stronie internetowej ZDMK została zamieszczona informacja o naliczeniu przez tego Zamawiającego kar umownych i odstąpienia od umowy jednak jest to wyłącznie jednostronne oświadczenie woli ZDMK, którego zasadność Wykonawca i podmiot udostępniający zasoby w całości konsekwentnie kwestionują. W odniesieniu do odstąpienia przez ZDMK od Umów utrzymaniowych 1375/ZDMK/2020 - Rejon II Podgórze; 1376/ZDMK/2020 - Rejon I Nowa Huta, Wykonawca wyjaśnia, że zgodnie z postanowieniami pkt. 4.3 Specyfikacji technicznej, która jako załącznik stanowiła integralną część umowy, wykonywanie oznakowania poziomego wymagało odpowiednich warunków pogodowych (brak opadów temperatura nawierzchni i powietrza powinna wynosić co najmniej 5o C, a wilgotność względna powietrza powinna być zgodna z zaleceniami producenta lub wynosić co najwyżej 85%). W szczególności nie jest możliwe malowanie oznakowania w czasie dni deszczowych. Wykonawca wskazuje, na ponadnormatywną intensywność opadów i ilość dni deszczowych w okresie od 1 maja 2021r. do dnia 31.08 2021. – 45 dni deszczowe. Jak wynika z informacji udostępnionych przez jednostkę miejską - Klimat-Energia-Gospodarka Wodna Opady- niektóre z tych opadów jak np. w dniu 22 czerwca 2021r. „miały charakter zjawiska ekstremalnego, którego częstotliwość występowania szacuje się na raz na 265 lat” a z kolei w dniu 5 sierpnia b.r. wystąpiła „ Historycznie najwyższa suma dobowego opadu

...w centrum Krakowa. Stacja w krakowskim Ogrodzie Botanicznym ma bardzo długą serię pomiarową, z niezawieranych, ale prawdopodobnych danych wynika, że zanotowany wczoraj opad 103 mm był najwyższy od 126 lat!” – Źródło: Instytut Meteorologii i Gospodarki Wodnej - IMGW PIB.

Wykonawca w szczególności wskazuje, że w Rejonie Podgórze od 30 kwietnia 2021r. a więc od dnia otrzymania harmonogramu realizacji zlecenia, do dnia 15 sierpnia 2021r. wskazanego przez ZDMK jako termin zakończenia jego realizacji było 38 dni deszczowych a w analogicznej sytuacji w Rejonie Nowa Huta do dnia 31 lipca - 34 dni deszczowych. Jak wynika z raportu pogodowego IMGW a więc instytucji niezależnej od Zamawiającego i Wykonawcy, w okresie 29 IV – 23 XII 2021 wystąpiło 135 dni uniemożliwiających wykonywanie robót zgodnie ze specyfikacją techniczną ZDMK. GrupaBravo Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie mając na uwadze warunki pogodowe kilkakrotnie, między innymi pismami z dnia 14.06.2021;30.06.2021;15.07.2021;12.08.2021 bezskutecznie zwracała się do ZDMK o wydłużenie terminów realizacji zleceń. Dowód: raport IMGW; pisma Grupa Bravo; informacje Klimat-Energia-Gospodarka Wodna i IMGW PIB, pisma do ZDMK.

Kolejną przyczyną opóźnienia były występujące na rynku materiałów budowlanych braki narzędzi i materiałów budowlanych a w szczególności stali potrzebnej do realizacji oznakowania pionowego i chemii budowlanej niezbędnej do malowania oznakowania poziomego. GrupaBravo Sp. z o.o. pismem z dnia 23 czerwca 2021r. zrealizował swój ustawowy obowiązek informując ZDMK o wpływie okoliczności związanych z COVID-19 na proces realizacji zamówienia, wskazując między innymi na zaburzenie łańcucha dostaw materiałów budowlanych oraz ponadprzeciętny wzrost cen tych materiałów. Są to okoliczności powszechnie znane. Okoliczności te są również znane Zamawiającemu albowiem na stronie internetowej (<https://zdmk.krakow.pl/nasze-dzialania/wakacyjne-prace-odwolane/>) ZDMK można znaleźć informację z dnia 29 czerwca 2021r. o odwołaniu prac serwisowych na torowiskach z uwagi na „duże problemy ze zdobyciem materiałów” – „... z przyczyn od nas niezależnych – brak dostępności elastycznych żywic poliuretanowych...”. Szerzej na ten temat w artykule 9390.html?fbclid=IwAR3KCVuHyi39EWSAYyKzDDKbjXShpAkgc0FPOMRG2Hb75wyR8jmmFdvdlA.

Grupa Bravo sp. z o.o. przedstawiła ZDMK szereg pism od swoich dostawców

a w szczególności pismo z firmy Moto – Paint sp z o.o. (Dystrybutor Rembrandtin Polska) Kontur sp. z o.o., która jest wiodącym dostawcą chemii budowlanej z którego jasno wynika, że na rynku występują braki materiałów mające wpływ na realizację zleceń. GrupaBravo Sp. z o.o. wskazuje ponadto, że dostawy chemii budowlanej nie tylko były nieregularne ale także znacznie ograniczone w stosunku do złożonych zamówień. Przykładowo wszystkie złożone zamówienia były opóźnione o ponad 40 dni i ilościowo odpowiadały około 50 % złożonego zapotrzebowania. W odpowiedzi na liczne monity Wykonawcy w tej sprawie, Wykonawca otrzymał pismo z dnia 30 czerwca 2021r., w którym dostawca, firma Kontur sp. z o.o. informuje o przyczynach i możliwych dalszych problemach z realizacją dostaw. Grupa Bravo Sp. z o.o. zabezpieczył w swoich magazynach pewien zapas farb i utwardzaczy, który umożliwił mu częściową realizację zleceń ale po wyczerpaniu tego zapasu Grupa Bravo Sp. z o.o. musiała oczekiwać na nowe dostawy bez możliwości wykonywania prac. Grupa Bravo Sp. z o.o., ze wskazanych przyczyn nie miała możliwości zamówienia większej ilości materiałów w celu poczynienia zapasów magazynowych. To samo dotyczy stali niezbędnej do wykonywania przedmiotu umowy co potwierdza między innymi pismo otrzymane od Wimed sp. z o.o. wraz z załącznikami i firmy Krause sp. z o.o. z dnia 23.08.2021. Wykonawca zwraca uwagę, że wszystkie roboty były systematycznie wykonywane w miarę możliwości pogodowych oraz posiadanych zasobów materiałowych, nie mniej jednak roboty Wykonawcy były odbierane wyłącznie w przypadku ich 100 % realizacji co z przyczyn wskazanych powyżej było niemożliwe do wykonania w terminach wyznaczonych przez ZDMK.

Dowód: pismo GrupaBravo Sp. z o.o. z dnia 23.06.2021r., pismo Wimed sp. z o.o.; pismo

Kontur sp. z o.o. z dnia 14.06.2021 i z dnia 30.06.2021r; pismo Moto – Paint s.c.; artykuły ze strony ZDMK i www.Transport-publiczny.pl; <https://www.chemiaibiznes.com.pl/artykuly/brakujesurowcow-podwyzki-na-ryнку-chemii-budowlanej>; <https://kosbud.com.pl/brak-surowcow-przyczynagwaltownych-podwyzek-cen-chemii-budowlanej>.

Wskazane powyżej okoliczności, które miały wpływ na terminowość realizacji zleceń są zdarzeniami niezawinionymi i niezależnymi od Grupa Bravo Sp. z o.o.. Mając na uwadze fakt, że kary umowne zostały w Umowie zastrzeżone za zwłokę, a więc kwalifikowaną bo zawinioną formę opóźnienia, nie było podstaw do ich nałożenia przez ZDMK.

Oprócz wskazanych powyżej okoliczności GrupaBravo Sp. z o.o. wskazuje również na brak współpracy ZDMK z GrupaBravo Sp. z o.o. przy realizacji zamówienia publicznego i liczne nieprawidłowości ze strony ZDMK, które miały wpływ na realizację umowy, jak np.:

1. Zwłoka ZDMK w odbiorze robót. Nieprawidłowa weryfikacja protokołów odbiorów. Bezzasadne kwestionowanie wartości wykonanych robót. Brak możliwości odbiorów częściowych i rozliczania częściowego dużych projektów – podczas gdy inni Wykonawcy mieli taką możliwość.

2. Zlecenie przez ZDMK robót, których nie ujęto w kosztorysie GrupaBravo Sp. z o.o.

i wymuszanie na GrupaBravo Sp. z o.o. ich realizację wg. cen kosztorysowych dotyczących innych robót.

3. Błędy w projektach i brak weryfikacji przez ZDMK projektów zleczonych GrupaBravo Sp. z o.o. do realizacji. Brak wskazania szczegółowego zakresu robót. Zdawkowe odpowiedzi ZDMK.

4. Anulowanie przez ZDMK zleczonych GrupaBravo Sp. z o.o. do realizacji projektów – szkoda po stronie GrupaBravo Sp z o.o..

5. Zagubienie przez ZDMK dokumentacji przekazanej przez GrupaBravo Sp. z o.o..

6. Wysyłanie przez ZDMK do GrupaBravo Sp. z o.o. niepełnej dokumentacji lub brak jakiejkolwiek dokumentacji.

7. Wymuszanie na GrupaBravo Sp. z o.o. realizacji czynności zastrzeżonych do kompetencji ZDMK.

8. Brak odpowiednich kwalifikacji pracowników ZDMK.

9. Za krótkie terminy na realizację znaków nietypowych.

10. Wymuszanie przez ZDMK na GrupaBravo Sp. z o.o. montażu oznakowania i urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego niespełniających zarówno wymagań ZDMK zawartych

w specyfikacji technicznej jak i w Rozporządzeniu Ministrów Infrastruktury oraz Spraw Wewnętrznych I Administracji z dnia 31 lipca 2002 r. w sprawie znaków i sygnałów drogowych.

Grupa Bravo Sp. z o.o. kwestionuje zasadność naliczenia przez ZDMK kar umownych co do zasady jak i co do wysokości. Wykonawca wskazuje na nieprawidłowy sposób obliczania kary umownej przez ZDMK, który nalicza kary za każdy z projektów wskazany na zleceniu czego nie przewiduje Umowa i co prowadzi do naliczania kar umownych o wartości niewspółmiernie wygórowanej zarówno w stosunku do wartości wynagrodzenia Grupa Bravo Sp. z o.o. jak i zerowej wartości szkody powstałej po stronie ZDMK. Przykładowo za brak piktogramu o wartości 50 zł brutto, ZDMK obciążył Grupa Bravo Sp. z o.o. karą umowną w wysokości 65 000 zł. Zgodnie z postanowieniami Umowy ZDMK jest uprawniony do naliczania kary umownej od każdej z prac wskazanych na zleceniu czyli w tym przypadku od 2 prac: oznakowanie; urządzenia bezpieczeństwa ruchu drogowego. Taki prawidłowy sposób obliczania wartości kary umownej prowadzi do ustalenia tej wartości w racjonalnej wysokości adekwatnej do funkcji kary umownej jaką jest zabezpieczenie wykonania Umowy oraz zgodnie z intencją stron przy zawieraniu tej Umowy.

Wykonawca wskazuje także, że Grupa Bravo Sp. z o.o. wykonała wszystkie prace w sposób należyty, w protokołach odbioru robót nie ma żadnych zastrzeżeń co do jakości wykonanych robót a kary umowne zostały naliczone przez ZDMK wyłącznie z powodu przekroczenia terminów realizacji zleceń – za rzekomą zwłokę Grupa Bravo Sp. z o.o.. Podkreślenia wymaga zatem fakt, że wszystkie prace zostały wykonane w całości i należyście a ZDMK nie poniósł żadnej szkody z powodu opóźnienia w realizacji prac.

Grupa Bravo Sp. z o.o. wymienił z ZDMK szereg pism w zakresie zasadności naliczenia kar umownych i odstąpienia od umowy, od samego początku kwestionując stanowisko ZDMK. Z uwagi na brak podstaw do obciążenia wykonawcy karami umownymi i odstąpienia przez ZDMK od umowy, Grupa Bravo Sp. z o.o. w dniu 22.02.2022r. sam odstąpił od umowy z ZDMK albowiem bezzasadne odstąpienie od umowy przez ZDMK należy traktować jako jej nienależyte wykonanie. Dodatkowo Grupa Bravo Sp. z o.o. obciążył ZDMK karą umowną 10% wartości umowy z powodu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie ZDMK.

Dowód: pisma do ZDMK i noty obciążeniowe.

ZDMK wypłacił Grupa Bravo Sp. z o.o. wynagrodzenie bez dokonywania potrąceń do dnia dzisiejszego nie wystąpił na drogę sądową z powództwem przeciwko Wykonawcy o zapłatę rzekomo należnych ZDMK kar umownych ani też nie skorzystał z zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Istotnym jest także, że ZDMK nie wskazał w swoich oświadczeniach o odstąpieniu od umowy czy odstępuje od umowy ze skutkiem ex tunc czy ex nunc. Nie wiadomo zatem czy ZDMK odstąpił od całości umowy czy od części jeszcze nie wykonanej.

Należy także wspomnieć, że na tym etapie Grupa Bravo Sp. z o.o. nie może złożyć oświadczenia w zakresie podjętych kroków w ramach samooczyszczenia z racji tego, że sprawa odstąpienia od umowy w przypadku braku osiągnięcia porozumienia z ZDMK zostanie zapewne poddana rozstrzygnięciu sądowemu. Zatem dopóki sąd nie przesądzi o winie Grupa Bravo Sp. z o.o., nie musi ona czynić żadnych kroków w celu naprawienia lub zobowiązania się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne w sytuacji kiedy Wykonawca i Grupa Bravo Sp. z o.o. w całości kwestionują zasadność postępowania ZDMK a Zamawiający nie ma wystarczających dowodów dla stwierdzenia, że Wykonawca faktycznie dopuścił się jakichkolwiek uchybień i naruszeń. W szczególności dowodem takim nie może być lakoniczna wzmianka na stronie internetowej ZDMK (sporządzona przez samego zainteresowanego), która w świetle złożonych przez Wykonawcę wyjaśnień i przedstawionych dokumentów nie stanowi żadnego dowodu w sprawie. Na marginesie Wykonawca wskazuje, że również stanowisko Grupa Bravo Sp. z o.o., kwestionujące zasadność działań ZDMK zostało powielone przez media między innymi:

1. https://www.rmfm24.pl/regiony/krakow/news-krakow-miasto-zerwalo-umowy-z-firmami-ktore-utrzymywaly-ozna,nld,5836223#crp_state=1;

2. <https://krknews.pl/zdmk-zrywa-umowy-z-firmami-od-oznakowania-ulic/>

3. <https://krakow.naszemiasto.pl/krakow-wpadka-z-oznakowaniem-ulicy-posypaly-siekary/ar/c1-8625937>

4. <https://www.radiokrakow.pl/aktualnosci/krakow/milionowe-kary-dla-firm-odznakowania-w-krakowie-przedstawiciel>

Mając na uwadze powyższe sporne okoliczności, odrzucenie oferty Wykonawcy w niniejszym postępowaniu byłoby działaniem nieuzasadnionym i pochopnym oraz mogłoby narazić Skarb Państwa na konieczność wypłaty Wykonawcy odszkodowania w przypadku uwzględnienia argumentów Wykonawcy w procesie sądowym. Odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania nie może odbywać się metodą zero-jedynkową, ale muszą zostać wzięte pod uwagę wszystkie okoliczności wskazane przez Wykonawcę, z których w niniejszej sprawie wynika, że zaistniała sytuacja jest sytuacją sporną.

Ponadto w świetle powyższego, stwierdzić należy, że nie każde nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub koncesji będzie stanowiło podstawę do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, lecz tylko takie, które wskazuje na nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie, albo długotrwale nienależyte wykonywanie istotnych zobowiązań wynikających z umowy, z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, które doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, co potwierdza Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2022 r. KIO 3743/21.

Wykonawca wskazuje, że zagadnienie dotyczące odstąpienia od umowy przez zamawiającego było już przedmiotem orzecznictwa KIO, która w wyroku z dnia 23 lipca 2022 r. sygn. akt KIO 1482/21 wskazała, że: "Odstąpienie od umowy czy naliczenie kar umownych są jednymi z elementów konstrukcji przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. i to elementami wtórnymi oraz wynikowymi. Najistotniejsze i konieczne do wykazania przez zamawiającego jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie umowy albo jej długotrwale nienależyte wykonywanie w cywilistycznym rozumieniu tych pojęć oraz jednoczesne wykazanie, że odnosi się ono do istotnej części umowy i, że odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi wykonawca. Choć odstąpienie od umowy jest oświadczeniem woli o charakterze prawno-kształtującym, nie oznacza, że nie może ono być wadliwe lub bezskuteczne. Jak każde oświadczenie woli, którego skuteczność zależy od spełnienia określonych warunków w znaczeniu klasycznym, może być skutecznie kwestionowane przez jego adresata." Z kolei w wyroku z dnia 14 czerwca 2019 r. sygn. akt KIO 988/19 KIO wskazuje, że: „Z punktu widzenia art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp bazowanie wyłącznie na jednostronnych oświadczeniach zamawiających, które to wskazują przyczyny odstąpienia od umów, bez analizy stanowiska drugiej strony umowy czy dowodów składanych przez wykonawcę, nie może być uznane za wyczerpującą i wszechstronną ocenę powodów odstąpienia przez instytucję zamawiającą od realizacji umowy. W ocenie KIO zamawiający niesłusznie nie odniósł się do stanowiska odwołującego dotyczącego przyczyn opóźnień w realizacji inwestycji oraz nie przeanalizował argumentów odwołującego dotyczących przyczyn opóźnień związanych z realizacją umów, przywoływanych wad dokumentacji projektowej bądź zmian na rynku budowlanym. Nie ma również żadnego uzasadnienia, dlaczego dał wiarę wyłącznie twierdzeniom innych zamawiających, a pominął twierdzenia odwołującego i przedłożone przez niego dowody, w tym m.in. opinię dotyczącą zasadności żądania przedłużenia czasu realizacji umowy." Należy także przywołać wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 8 marca 2019 r. w sprawie o sygn. akt: II Ca 147/19 (skarga na orzeczenie KIO 2400/18): „Zamawiający nie może zatem opierać się wyłącznie na fakcie, że doszło do rozwiązania wcześniejszej umowy zawartej z wykonawcą. Musi także wykazać, że do rozwiązania umowy (lub zasądzenia odszkodowania) doszło z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez wykonawcę. Oznacza to, że zamawiający musi wykazać, czego konkretnie wykonawca nie zrobił lub jakiego obowiązku wynikającego z wcześniejszej umowy nie wykonał. Ponadto zobowiązany jest wykazać, że określone we wcześniejszej umowie zobowiązanie, którego wykonawca nie wykonał lub wykonał nienależyte, było dla tej umowy istotne. W świetle dyrektywy klasycznej oznacza to, że zamawiający musi wykazać, że wykonawca albo nie wykonał umowy w ogóle albo wykonał ją nienależyte w stopniu znaczącym lub nienależyte wykonywanie miało charakter uporczywy, nawet jeśli niedociągnięcia nie były znaczące." Samodzielne i rzetelne ustalenia Zamawiającego w tym zakresie są szczególnie istotne w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie przepisów art. 109 ust. 1 pkt 5 lub pkt 7 p.z.p. albowiem zamawiający obowiązany jest do przedstawienia wyczerpującego uzasadnienia ww. czynności i tym samym umożliwienia wykonawcy podjęcia obrony w postępowaniu odwoławczym (Wyrok KIO z dnia 8 czerwca 2021 r. KIO 1067/21).

Na zakończenie warto wskazać także na stanowisko Trybunału Sprawiedliwości UE zawarte w wyroku z dnia 3.10.2019 r., C-267/18, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA v. Compania Națională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*, EU:C:2019:826. Trybunał zwrócił w tym wyroku uwagę na bardzo istotną okoliczność związaną z procesem podejmowania decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mianowicie instytucja zamawiająca nie jest związana oceną innych instytucji zamawiających, w tym również uzasadnieniem odstąpienia od umowy. Każda instytucja zamawiająca w stanie faktycznym konkretnej sprawy ma swobodę oceny okoliczności, które mogą stanowić podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, a co za tym idzie – może samodzielnie decydować, czy w jej ocenie wykonawca jest rzetelny i wiarygodny. Uprawnienie to stanowi realizację

zasady proporcjonalności, którą należy bezwzględnie stosować w chwili podejmowania decyzji o zastosowaniu fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy. Instytucje zamawiające w przypadku przesłanek fakultatywnego wykluczenia powinny bezwzględnie mieć na uwadze zasadę proporcjonalności, która oznacza w szczególności, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy instytucja taka uwzględni charakter popełnionych nieprawidłowości lub powtarzanie nieprawidłowości. Dopiero po szczegółowym rozpoznaniu wszystkich okoliczności podejmuje decyzję o wykluczeniu z postępowania.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że w trakcie realizacji umowy z ZDMK nie wystąpiły okoliczności o których mowa w art. 109 ust 1 pkt 7 Pzp., tj. nie wystąpiły przyczyny leżące po stronie Grupa Bravo sp. z o.o., które skutkowałyby koniecznością rozwiązania umowy, wypłacenia odszkodowania czy wykonania zastępczego a co za tym idzie złożone przez Wykonawcę oświadczenie w tym zakresie jest prawidłowe.

Ad. 2. Zarzuty są niezasadne i powinny zostać oddalone. Oferta Wykonawcy nie jest sprzeczna z warunkami zamówienia ani nie zawiera rażąco niskiej ceny o której mowa w art. 90 ust 1 Pzp. Przede wszystkim należy wskazać na dwa istotne zagadnienia.

Pierwsze, to analiza czy wskazane przez Odwołującego ceny jednostkowe można uznać za istotną część oferty?

Drugie, czy w świetle obiektywnie przedstawionych okoliczności można podejrzewać, że cena wskazana przez Przystępującego jest rzeczywiście rażąco niska?

W przedmiotowej sprawie na oba pytania należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Wartość oferty Wykonawcy wynosi na zadanie nr 1: 321 583,50 zł brutto, a na zadanie nr 2: 394 338,00 zł brutto. Różnica w zaoferowanej cenie pomiędzy przystępującym, którego oferta została wybrana a odwołującym, wynosi odpowiednio 10,94 % w zadaniu nr 1 oraz 19,5 % w zadaniu nr 2. Średnia cen arytmetycznych wszystkich złożonych ofert wynosi odpowiednio 373 344,97 zł w zadaniu nr 1 oraz 441 680,7 zł w zadaniu nr 2. W związku z powyższym cena całkowita oferty Przystępującego nie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i jest niższa od tej średniej tylko o 13,87% - zad. 1 i o 10,72% - zad. 2.

Mając na uwadze powyższe stwierdzić należy, że zamawiający nie był zobligowany do badania oferty przystępującego pod kątem rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do twierdzeń odwołującego w przedmiocie kilku pozycji w kosztorysie ofertowym, które rzekomo mają zawierać rażąco niską cenę wskazać należy, że są to również twierdzenia niepoparte żadnymi dowodami. Ponadto wskazane przez odwołującego 4 pozycje dla zadania nr 2 i 3 pozycje dla zadania nr. 1 - są pozycjami jednostkowymi w kosztorysie ofertowym liczącym ponad 20 pozycji. W przedmiotowym zakresie KIO wypowiedziała się już wielokrotnie. Przystępujący wskazuje na najważniejsze jego zdaniem orzecznictwo:

1. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27.05.2013 r., KIO 1068/13

„W tym zakresie Izba, biorąc pod uwagę ustalone poglądy orzecznicze oraz poglądy doktryny, uznała, że kwestionowanie wyłącznie cen jednostkowych składających się na cenę ofertową nie może wskazywać na rażąco niską cenę ofertową. Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu żadnych argumentów ani okoliczności, które wskazywałyby, że za całą cenę ofertową nie istnieje możliwość realizacji przedmiotu zamówienia w całości.”

2. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 18.06.2013 r., KIO 1338/13

„Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 p.z.p. stanowią literalnie, że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia, nie zaś do niektórych tylko pozycji (...). Nie ma możliwości wezwania w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., a w konsekwencji oceny wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 3 p.z.p. tylko w kontekście ceny jednostkowej.”

3. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15.01.2014 r., KIO 3021/13

„Prowadzenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu jedynie do dwóch cen jednostkowych spośród wielu, składających się na ostateczną cenę oferty prowadziłoby bowiem do fałszywych wniosków, rażąco niska cena jednostkowa nie stanowi bowiem o rażąco niskiej cenie oferty, a ponadto wypaczałoby instytucję „rażąco niskiej ceny oferty”, która przedmiotem oceny czyni cenę oferty a nie ceny jej elementów składowych.”

4. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 19.02.2014 r., KIO 219/14; KIO 221/14

„Wykonawca nie ma obowiązku kalkulacji każdego jednego elementu składowego wyceny oferty na poziomie rentowności. Cena całkowita oferty ma bowiem być skalkulowana w ten sposób, aby pokryć koszty wykonanych prac oraz przynieść wykonawcy zysk, dla osiągnięcia którego złożył ofertę i podjął się realizacji zadania. Rażąco niska cena odnoszona jest, jak wynika z treści przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. i art. 90 ust. 3 p.z.p. do przedmiotu zamówienia, a nie wybranego elementu zamówienia.”

5. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16.01.2015 r., KIO 2634/14

„Jednocześnie należy zaznaczyć, że o rażąco niskiej cenie nie decydują poszczególne ceny jednostkowe, lecz cena, jako wartość całkowita.”

6. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16.09.2022 r. sygn. akt KIO 2259/22

„W ocenie Izby – biorąc zatem pod uwagę bardzo zróżnicowane ceny oferowane przez pozostałych wykonawców w przypadku innych technologii, jak również szacunkową wartość zamówienia określoną przez Zamawiającego, która jest bardzo zbliżona do ceny zaoferowanej przez wykonawcę W. Z. za realizację całego zamówienia – należy stanowczo stwierdzić, że zaoferowana przez wykonawcę W. Z. cena przedmiotowej Technologii nie jest rażąco zaniżona, a tym samym nierealna. W ocenie Izby nawet jeśli pomimo dosyć niskiej wyceny jednego czy dwóch składników całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w tym przypadku nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny.”

Ponadto analizując realizację umów z lat poprzednich dotyczących zarówno tego samego zadania jak i wykonywania robót dla innych zamawiających Przystępujący stwierdził, że są to pozycje kosztorysowe realizowane wyjątkowo rzadko, co w poprzednich latach spowodowało, że nadmiar materiałów niezbędnych do realizacji tych pozycji zalega w magazynach wykonawcy i firmy współpracującej z wykonawcą.

Z uwagi na ilość, wartość sumaryczną tych pozycji, umieszczenie ich w prawie opcji i znaczenie dla Zamawiającego nie można uznać tych kilku cen jednostkowych za istotne elementy ceny ofertowej, które mogły mieć wpływ na zaniżenie przez Przystępującego ceny ofertowej. Należy w tym miejscu przytoczyć Wyrok Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 24 czerwca 2019 r. II Ca 928/19 zgodnie z którym: „... co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny ocenia się cenę oferty, jednakże ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należyłym wykonaniu przyszłej umowy. W rozpatrywanej sprawie zarzuty G. D. dotyczyły ostatecznie 9 pozycji z wezwania do złożenia wyjaśnienia, których łączna wartość wynosiła ok. 4% wartości oferty netto (...) (411 569,70 zł w stosunku do 11 205 000, 69 zł). Nie sposób zatem przyjąć, iż zarzucane ceny jednostkowe mogły mieć jakikolwiek wpływ na zaniżenie ceny czy też na należyte wykonanie umowy. Regulację dot. rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego, przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykona umowę, ewentualnie, iż wykona ją należyście (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2018, sygn. akt KIO 488/18)”.

Kwestia rażąco niskiej ceny była wielokrotnie przedmiotem rozważań KIO i Sądów powszechnych które w swoich orzeczeniach wskazywały że: "jednym z czynników istotnych dla usunięcia wątpliwości w zakresie tego, czy dana oferta zawiera rażąco niską cenę, jest to aby cena całkowita oferty za przedmiot zamówienia pokrywała koszty realizacji robót oraz zapewniała wykonawcy nawet minimalny poziom zysku." Innymi słowy istotne jest, aby z tytułu realizacji zamówienia i pozyskanego za nie wynagrodzenia, przy zachowaniu należytej staranności wykonawca nie ponosił strat (tak wyrok KIO z dnia 28 stycznia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1746/10). Orzecznictwo zarówno sądów powszechnych jak i Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do badania kwestii rażąco niskiej ceny oferty jest niezmiennie, zgodnie z treścią przytoczanych wyżej przepisów stoi na stanowisku, że rażąco niską cenę oferty można jedynie ustalić w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Powyższemu nie zaprzecza charakter cen jednostkowych, o którym mowa w projekcie umowy. Zarzuty odwołania sprowadzają się do zakwestionowania pozycji: 25,26,27, 51-58, 160 oraz dot. prawa opcji 1,2,10, 43,71,87, 91, 42 oraz 184 i 185 wraz z przedłożonymi dowodami oraz rozważaniami dotyczącymi zasad kosztorysowania, którym miał uchybić (...) na okoliczność zaniżenia wskazanych cen jednostkowych czy też w ogóle braku ujęcia pewnych elementów zamówienia. Pokreślić należy, że wykonawca nie ma obowiązku aby każdą jedną z cen jednostkowych ustalić na poziomie rentownym. Wewnętrzna kalkulacja ceny oferty jest sprawą wykonawcy i jego decyzji w tym zakresie. Wysokość ceny jednostkowej w danej pozycji nie dowodzi, że wykonawca nie wliczył koniecznych kosztów i nakładów, gdyż mógł je wliczyć w innej zbliżonej pozycji opisu, a tak, błędnie, przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza, dochodząc do wniosku, iż oznacza, iż (...) Nie zaoferował przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Jednak należało przyjąć odmiennie tj., że wykonawca sam mógł rozłożyć koszty, między poszczególne pozycje przyjmując właściwą dla siebie organizację prac. Wykonawca P. M kalkulował koszty i nakłady adekwatne do własnych możliwości sprzętowych organizacyjnych i cen pozyskiwanych materiałów, na co wskazują także jego wyjaśnienia. Odwołanie, które ostatecznie Sąd Okręgowy w swym wyroku uznał za bezzasadne koncentrowało się m.in. na tym, że (...) bezzasadnie połączył pozycje 25-27, 51 - 58. Bezzasadny był także argument KIO co do betonu, który miał być użyty przy siłowni na wolnym powietrzu - że nie został ujęty w kosztorysie, podczas gdy skarżący wskazywał, że materiały potrzebne do wykonania kwestionowanych prac, ujęte zostały w innych, podobnych pozycjach. Ostatecznie zaakcentować należy, iż w istocie G. D. uczynił przedmiotem swego odwołania oznaczone pozycje z kosztorysu ofertowego (...), dotyczące mianowicie wybiórczych elementów ceny oferty tego wykonawcy, gdzie różnice cenowe między ofertą odwołującego a skarżącego były największe.”

Dodatkowo wskazać należy, że zamawiający nie wprowadził w SIWZ żadnego zakazu przenoszenia kwot pomiędzy pozycjami Tabeli Wyceny, a więc należy uznać taką możliwość za dozwoloną, co potwierdza orzecznictwo, np. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 19 marca 2015 r. (X Ga 76/15). W przywołanym wyroku Sąd trafnie wskazuje na problemy związane z przygotowaniem przez wykonawców kosztorysów ofertowych, uznając jednocześnie, że

dzielenie i łączenie przez wykonawcę w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych kosztów czy uzyskanych upustów nie jest przejawem manipulowania ceną, a działaniem jak najbardziej dozwolonym i racjonalnym. Skoro więc Sąd akcentuje taką sytuację, że przy wynagrodzeniu kosztorysowym występują istotne różnice pomiędzy sposobem wyceny tych samych pozycji kosztorysowych przez różnych wykonawców, będące właśnie wynikiem odmiennego grupowania przez nich kosztów, to tym bardziej sytuacja ta akceptowalna jest przy wynagrodzeniu ryczałtowym, gdzie wykonawca, dokonując kalkulacji ceny ofertowej, musi dbać o rynkowy charakter ceny ofertowej jako takiej, a podział kosztów między poszczególne pozycje Tabeli wyceny ma dla niego charakter wtórny i - podobnie jak dla Zamawiającego - wyłącznie informacyjny.

Przystępujący oświadcza iż wykonanie zamówienia w obu zadaniach jest opłacalne i wygeneruje zyski. Przystępujący posiada już część asortymentu i zalega mu on w magazynach. Z uwagi na ograniczony okres gwarancji producenta, Przystępującemu opłaca się zaoferować niektóre elementy po niższej cenie aby nie ponosić kosztów ich magazynowania i ewentualnej utylizacji.

Przystępujący zwraca także uwagę, że przed złożeniem oferty dokonał analizy rynku i otrzymał, m. in. ofertę od firmy M-Znak sp. z o.o., w której ceny ofertowe są znacznie niższe niż wybiórczo wskazane przez Odwołującego w treści odwołania. Ponadto Przystępujący podkreśla znaczenie własnego know – how i staranności w przygotowaniu ofert. Należy zwrócić uwagę, że Odwołujący powołuje się na możliwość zakupu gotowych zestawów, które są odpowiednio droższe niż w przypadku ich samodzielnego skompletowania przez Wykonawcę, w szczególności w sytuacji, gdy Wykonawca ma już w swoim posiadaniu część zalegających mu elementów. Poniższa tabela przedstawia wyliczenia w zakresie możliwości samodzielnego kompletowania przez wykonawców wymaganych zestawów.

Nazwa	elementy	ilość	Cena za szt.	Strona dostawcy	Cena za komplet/ Cena zad.1
Radarowy wyświetlacz prędkości		1 szt.	5.799 zł	(...)	5.799 zł/ 7.900 zł
Doświetlenie solarne	Lampa Panele Słup Akumulator Sterownik turbina	2 szt. 2 szt. 2 szt. 4 szt. 2 szt. 2 szt.	960 zł 245 zł 2.800 zł 100 zł 370 zł	(...)	9.150 zł / 12.000 zł
Doświetlenie solarne hybrydowe	Lampa Panele Słup Akumulator Sterownik turbina	2 szt. 2 szt. 2 szt. 4 szt. 2 szt. 2 szt.	960 zł 245 zł 2.800 zł 100 zł 370 zł 1.300 zł		11.750 zł / 14.000 zł

Starania Przystępującego w zakresie przygotowania atrakcyjnej ceny oferty należy zatem ocenić pozytywnie, jako przejaw uczciwej konkurencji, która wygrywa z cenami zawyżonymi przez innych wykonawców bez względu na przyczyny tego zawyżenia. Przystępujący nie może być karany za swoją proaktywność przejawiającą się w wyszukiwaniu na rynku najlepszych ofert oraz używaniem własnego know how pozwalającego na samodzielne tworzenie odpowiednich kompletów zamiast zamawiania gotowych zestawów co pozwala również na użycie wielu, posiadanych już elementów. Co ważne, ceny pomiędzy ofertami na różne zadania mogą się różnić ponieważ były one kalkulowane odrębnie w oparciu o inne założenia (np. wykorzystanie leżaków magazynowych, oferty od różnych sprzedawców wyprzedających ze swoich magazynów ostatnie sztuki). Podsumowując stwierdzić należy, że odwołanie opiera się wyłącznie na domniemaniach i hipotetycznych twierdzeniach odwołującego nie mających żadnego poparcia w zgromadzonym w sprawie materiale dowodowym. Należy zwrócić uwagę, że Postępowanie dowodowe przed Izłą zostało uregulowane w art.190 ustawy Pzp. Przepis ust.1 tego artykułu stanowi, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (...). W ust. 3 wskazano rodzaje dowodów. Zatem, rozstrzygnięcie Izby może być dokonane wyłącznie na podstawie przedstawionych dowodów przez strony, a contrario, rozstrzygnięcie nie może być oparte na podstawie domniemania strony. W ślad za orzecznictwem sądowym i KIO, Izba przyjmuje pogląd, że „wyrażona w art. 6 kc zasada nakłada ciężar udowodnienia faktu na osobę, która twierdzi i z tego twierdzenia wywodzi skutki prawne. Nawet uprawdopodobnienie zaistnienia okoliczności, które mogłyby ewentualnie potwierdzać zasadność zarzutu zмовы przetargowej nie może stanowić podstawy do uwzględnienia przez Izbę powyższego zarzutu - stosowne okoliczności muszą być dowiedzione w toku postępowania” (Wyrok KIO z dnia 12 maja 2011 r. Sygn. akt: KIO 896/11). Na wykonawcy, który skorzysta z prawa zaskarżenia czynności zamawiającego spoczywa ciężar wykazania, że konkretne zachowanie zamawiającego (działanie bądź zaniechanie) w postępowaniu jest sprzeczne z przepisami ustawy. Odwołujący powinien przedstawić na tę okoliczność konkretne dowody. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu w rozumieniu przepisów ustawy, potwierdzającego, że zawarto porozumienie między wykonawcami w celu osiągnięcia skutków wskazanych w odwołaniu. Zarzut oparty jest wyłącznie na domniemaniu, w sytuacji, gdy do udowodnienia zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji wymagane są „niezbite dowody”, którymi nie może być nawet

uprawdopodobnienie zarzutu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 24.03.2025 r. podał: (...) W oparciu o treść art. 521 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, ustosunkowując się do treści wniesionego odwołania oraz do postawionych zarzutów i żądań, informuję, iż odwołanie zostaje uwzględnione częściowo, tj. odnośnie zarzutu 1, 3, 4 i 6 i w powyższym zakresie wykonane zostaną czynności zgodnie z żądaniami Odwołującego.

W związku z powyższym wnoszę o umorzenie postępowania odwoławczego i wzajemne zniesienie kosztów niniejszego postępowania”.

Uczestnik Fenix Sp. z o.o. z/s w Piekoszowie w piśmie z dnia 24 marca 2025 r. na zarządzenie KIO został wezwany przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z

2020 r., poz. 2453) do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia niniejszego wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego. W wyznaczonym terminie w piśmie z dnia 27 marca 2025 r. podał: (...) *oświadczam, że wnoszę sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania nr: 1, 3, 4 i 6. Wnoszę o oddalenie odwołania i zasądzenie na rzecz Przystępującego: a) kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu odwoławczym; b) kosztów związanych z dojazdem na rozprawę przed KIO – wg. rachunku złożonego przed rozprawą KIO; c) opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł*”.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 1 kwietnia 2025 r. podtrzymał zarzuty i wnioski odwołania w szczególności wnosząc o jego uwzględnienie. W załączeniu przedstawił dowody na okoliczność podnoszonego w odwołaniu zarzutu w punkcie 1:

D. 1 Ogłoszenie o zamówieniu z 19.03. 2021 r.

D. 2a i 5a Umowa z 30-12-2020

D. 2b i 5b Umowa z 30-12-2020

D.3 Oferta Konsorcjum GrupaBravo (...)

D.4 Oświadczenia z dnia 15.02.22 o odstąpieniu od umów

Skład Orzekający Krajowej Izby Odwoławczej (KIO lub Izba) ustalił i zważył, co następuje:

W odwołaniu wykonawca W.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Urządzeń Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego W.B. z/s w Kielcach (Odwołujący) podniósł następujące zarzuty:

1) art. 119 Pzp i art. 122 Pzp z uwagi na brak:

a) oceny, czy wobec firmy GrupaBravo Sp. z o.o., udostępniającej zdolności techniczne lub zawodowe Wykonawcy FENIX Sp. z o.o., ul. Częstochowska 129, 26-065 Piekoszów (dalej także: FENIX) nie zachodzą podstawy wykluczenia które zostały przewidziane względem wykonawcy,

b) żądania, aby Wykonawca FENIX Sp. z o.o., w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił udostępniającą mu zasoby firmę GrupaBravo Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że wobec podmiotu udostępniającego zachodzą podstawy wykluczenia określone art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, art. 111 pkt 4 i art. 119 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp ewentualnie:

2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, art. 111 pkt 4 i art. 119 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez brak wykluczenia FENIX Sp. z o.o. w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że składając ofertę oparł się zasobach GrupaBravo Sp. z o.o., wobec której zachodzą podstawy wykluczenia określone art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, art. 111 pkt 4 i art. 119 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp,

a także naruszenie:

3) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy FENIX, pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu z postępowania ze względu na to, że Wykonawca ten złożył ofertę zawierającą istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych, a Wykonawca ten nie dowiódł tego, że wszystkie elementy jego oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny (w zakresie zadania nr 2);

4) art. 224 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień oferty wykonawcy FENIX, pomimo, iż oferta ta mogła podlegać odrzuceniu z postępowania ze względu na to, że Wykonawca ten złożył ofertę zawierającą istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych (w zakresie zadania nr 1);

ewentualnie:

5) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert FENIX, zarówno w zakresie zadania nr 1 jak i zadania nr 2, ze względu na niezgodność ich treści z warunkami zamówienia, wobec nie uwzględnienia w ofercie i jej wycenie, wszystkich wymaganych dokumentami zamówienia świadczeń, tj. elementów przedmiotu zamówienia; dokumenty zamówienia wskazują na obowiązek zamontowania dwóch sztuki lamp doświetlenia przejścia, gdyż w tych pozycjach kosztorysu ofertowego jednostką obmiaru jest „kpl.”nie „szt.” tak jak ma to miejsce w przypadku pozostałych pozycji kosztorysów w części Z5 i S6, co powoduje, że oferty te podlegają odrzuceniu na podstawie wskazanego przepisu; wycena tych pozycji w ofercie FENIX odpowiada wycenie sztuki a nie kompletu lamp;

a ponadto:

6) art. 239 ust. 1 Pzp – poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy FENIX, pomimo iż oferta tego Wykonawcy powinna być odrzucona i w konsekwencji oferta ta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza przy ustalonych w SWZ kryteriach oceny ofert.

Zarzut z punktu 1 i 2 odwołania podniesiony został do firmy GrupaBravo Sp. z o.o., udostępniającej zdolności techniczne lub zawodowe wykonawcy FENIX Sp. z o.o. Odwołujący wskazując na naruszenie art. 119 Pzp i art. 122 Pzp podniósł następujące okoliczności:

a) zaniechanie oceny, czy wobec firmy GrupaBravo Sp. z o.o. nie zachodzą podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy,

b) zaniechanie żądania, aby wykonawca FENIX Sp. z o.o. (...) zastąpił udostępniającą mu zasoby firmę GrupaBravo Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że wobec podmiotu udostępniającego zachodzą podstawy wykluczenia określone art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, art. 111 pkt 4 i art. 119 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp

W myśl art. 119 Pzp: „Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.”

Zgodnie z kolei z art. 122 Pzp: „Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Zamawiający w SWZ w jego rozdziale X. pkt 1 ppkt 2 wskazał na trzy fakultatywne przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, a mianowicie pkt 4, 5 i 7. W odniesieniu do przesłanki z punktu 7 podał, że z tego postępowania podlega wykluczeniu wykonawca: (...) który z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”.

Także w tym rozdziale SWZ wskazał na następujące okoliczności: (...)

2. Wykluczenie Wykonawcy następuje zgodnie z art. 111 PZP.

3. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt. 1, 2 i 5 PZP lub art. 109 ust. 1 pkt. 4, 5, 7, jeśli udowodni Zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki wskazane w art. 110 ust. 2 PZP:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;

3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:

a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,

b) zreorganizował personel,

c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,

d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,

e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

4. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 3, są wystarczające do

wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 3, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę(...)

Odwołujący w odwołaniu, a następnie na rozprawie wykazał, że wobec firmy GrupaBravo Sp. z o.o. na której zasobach oparł się wykonawca FENIX w terminie składania ofert 5 lutego 2025 r. zachodziły przesłanki wymienione w art. 109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp ze względu na fakt, że w pismach z dnia 15 lutego 2022 r. Zarząd Dróg Miasta Krakowa w Krakowie odstąpił ze skutkiem natychmiastowym od dwóch umów zawartych z firmą GrupaBravo Sp. z o.o.: umowa 1375/ZDMK/2020 i umowa 1376/ZDMK/2020 zawartych w dniu 20 grudnia 2020 r. W tych pismach ZDM w Krakowie wskazał na naliczone kary umowne za zwłokę w wykonaniu zobowiązań umownych i ich wysokość. Ponadto w tych pismach wykonawca został wezwany do wstrzymania realizacji prac stanowiących przedmiot umowy (...) *w trybie natychmiastowym oraz do sporządzenia i dostarczenia Zamawiającemu inventaryzacji prac według stanu na dzień odstąpienia*". Zamawiający ten także zastrzegł, (...) *iż wobec odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, na podstawie § 12 ust.1 pkt. 2 lit. a) umowy Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 10% wartości przedmiotu umowy określonej w § 5 ust. 3 umowy*".

Wykonawca Fenix załączył do oferty oświadczenie firmy GrupaBravo Sp. z o.o., w którym ta firma złożyła oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, w tym również, że nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Odwołujący natomiast wskazał - jak podano wyżej - na okoliczności, które powinny być zbadane przez Zamawiającego, albowiem ZDM w Krakowie niewątpliwie odstąpił od dwóch umów wobec firmy GrupaBravo, co wskazuje, że oświadczenie złożone wraz z ofertą przez wykonawcę Fenix nie jest zgodne z tym stanem faktycznym. Okoliczności te powinny zostać zbadane przez Zamawiającego z uwzględnieniem oczywiście tych okoliczności na które powołał się wykonawca Fenix w piśmie procesowym z dnia 24 marca 2025 r. Na tym etapie postępowania ocena okoliczności wskazywanych przez Uczestnika Fenix nie jest kompetencją Izby.

KIO jednocześnie zwraca uwagę na ust. 3 w artykule 109 Pzp w myśl którego: *„W przypadkach, o których mowa w ust. 1 pkt 1–5 lub 7, zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka albo sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jest wystarczająca do wykonania zamówienia*". Zatem podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy Fenix z tego postępowania musi być poprzedzone oceną Zamawiającego, czy wskazane naruszenie powinno prowadzić do uznania, że firma Grupa Bravo podlega wykluczeniu w oparciu o wskazaną przesłankę oraz czy wykonawca Fenix powinien być wezwany do zastąpienia udostępniającej mu zasoby firmę GrupaBravo Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, ze względu na fakt, że wobec podmiotu udostępniającego zachodzą podstawy wykluczenia określone art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, art. 111 pkt 4 i art. 119 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp. Warto również zwrócić uwagę na opinię Urzędu Zamówień Publicznych (Komentarz – wydanie II 2023), w której autorzy nawiązując do motywu 101 preambuły dyrektywy klasycznej) wskazują, że nawet znaczące naruszenie zobowiązania związanego z realizacją wskazanych zamówień o ile miało charakter incydentalny, a wykonawca od tego czasu prawidłowo realizuje zamówienia nie musi skutkować wykluczeniem wykonawcy z danego postępowania. W tym stanie faktycznym wykonawca Fenix przedstawił szereg okoliczności mających świadczyć o braku podstaw zastosowania wobec wykonawcy przesłanki z art. 109 ust.1 pkt 7 Pzp w związku z udostępniającą wykonawcy zasoby firmę GrupaBravo, jednakże ich ocena - jak już wskazała Izba - w pierwszej kolejności jest kompetencją Zamawiającego. W tym przypadku to Zamawiający uwzględniając argumentację Uczestnika Fenix i mając na uwadze powoływane przepisy Pzp, w tym art. 119 ustawy Pzp będzie zobowiązany dokonać ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Fenix w zakresie wskazanym, z ewentualnym żądaniem zmiany podmiotu udostępniającego zdolności techniczne lub zawodowe wykonawcy FENIX Sp. z o.o.

KIO zwraca ponadto uwagę, że w przypadku tego przetargu w Ogłoszeniu o zamówieniu jak również w SWZ nie została wskazana przesłanka regulowana art. 109 ust.1 pkt 8 ustawy Pzp w myśl którego: *„Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych*" (...) Tym samym nawet gdyby zgodzić się z Odwołującym, że możliwe byłoby zarzucenie wykonawcy Fenix nie dochowanie należytej staranności przy złożeniu tego oświadczenia, a które niewątpliwie mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym przetargu, to Odwołujący nie może żądać wykluczenia wykonawcy z tego postępowania w powołaniu na te okoliczności. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie zastosowanie przesłanki fakultatywnej jest możliwe tylko wówczas, gdy jej zastosowanie

zostało jednoznacznie wskazane w dokumentach przetargowych. Tak stanowi ust.2 wskazanego art. 109 ust. 2 Pzp w myśl którego: 2. Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia

W konkluzji Izba stwierdza, że wskazywana powyżej ocena zastosowania przestanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp wobec firmy Grupa Bravo i w konsekwencji podjęcie decyzji o wezwaniu wykonawcy Fenix do zastąpienia udostępniającej mu zasoby firmy Grupa Bravo Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu będzie dotyczyło zadania 1 z uwagi na ustalenia w zakresie zadania 2 jak poniżej.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zakresie zadania 2 podlega uwzględnieniu.

Zamawiający w piśmie z dnia 10.01.2025 r. podał: (...) zaoferowane w Państwa Kosztorysie ofertowym na zadanie nr 2, jednostkowe ceny netto:

-250,00 zł za pozycję - Wymiana/montaż kompletnego nowego radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie zgodnie z specyfikacją techniczną,

-3.400,00 zł za pozycję - Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego prądem stałym zgodnie z specyfikacją techniczną,

wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający podkreśla, iż w kosztorysie ofertowym na zadanie nr 1, za pozycje o tożsamym opisie, zaoferowali Państwo jednostkowe ceny netto odpowiednio 7 900,00 zł i 10 000,00 zł.

W związku z powyższym, działając na podstawie art. 224 ust 1, ustawy Prawo zamówień publicznych (...), w celu ustalenia czy oferta złożona przez Państwa nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ww. części składowej składającej się na cenę oferty. W wyjaśnieniach, w szczególności należy wskazać:

- zgodność 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 lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

- zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W wyjaśnieniach dotyczących cen jednostkowych netto należy wskazać:

-kalkulacje kosztów wymiany/montażu kompletnego nowego radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie zgodnie ze specyfikacją techniczną

-kalkulacje kosztów wymiany/montażu kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego prądem stałym zgodnie z specyfikacją techniczną.

Wyjaśnienia, mogą dotyczyć również:

1)zarządzania procesem świadczonych usług;

2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków usług;

3)oryginalności usług oferowanych przez wykonawcę;

4)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;

5)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

6)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego zasadnym jest przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznają Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a które nie zostały wymienione powyżej. Ze złożonych wraz z dowodami wyjaśnień wynikać musi, iż przedstawiona w ofercie cena wyliczona została rzetelnie i jest realna oraz wiarygodna, oraz że ujęte zostały w cenie oferty wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający oceniając wyjaśnienia będzie brał pod uwagę złożone wyjaśnienia wraz z dowodami w wyżej wymienionym zakresie. Zgodnie z art. 224 ust 5 ww. ustawy obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.(...)

Wykonawca Fenix w odpowiedzi na to wezwanie w piśmie z dnia 13.02.2025 r. podał: (...) Zaoferowane ceny jednostkowe na montaż i wymianę radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie (250,00 zł) oraz dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych (3 400,00 zł) zostały wyliczone zgodnie z poniższymi zasadami:

A) Wymiana/montaż radarowego wyświetlacza prędkości (250,00 zł)

Ceny jednostkowe zostały oparte na kalkulacji niższych kosztów.

- Koszt zakupu urządzenia: Zakup urządzenia nie był wliczony w cenę pozycji
- Koszt robocizny: 180,00 zł – stawka ryczałtowa za instalację urządzenia
 - Koszt transportu: 50,00 zł – transport urządzenia na miejsce realizacji.

• Koszt materiałów pomocniczych (okablowanie, mocowania): 20,00 zł

B) Wymiana/montaż doświetlenia przejścia dla pieszych (3 400,00 zł)

Ceny jednostkowe na wymianę/montaż doświetlenia przejścia zostały ustalone na podstawie następujących kosztów:

- Koszt zakupu urządzenia: Zakup urządzenia nie był wliczony w cenę pozycji.
- Koszt robocizny: 3 000,00 zł – stawka ryczałtowa za instalację urządzenia
- Koszt transportu: 200,00 zł – transport urządzenia i materiałów.
- Koszt materiałów pomocniczych (okablowanie, mocowania, włączniki): 200,00 zł.

Chcielibyśmy zwrócić uwagę, że zarówno radarowy wyświetlacz prędkości, jak i doświetlenie przejścia dla pieszych, zostały niewykorzystane w ramach innych realizowanych umów. Z uwagi na to, że urządzenia te są już w naszej dyspozycji, możemy zaoferować je poniżej ceny zakupu, co pozwala nam na konkurencyjne zaprezentowanie niższej ceny jednostkowej w stosunku do innych ofert. Jest to wynik optymalizacji naszych zasobów, co pozwala obniżyć koszty operacyjne i zaoferować atrakcyjniejszą cenę. Zgodnie z wymaganiami prawa pracy oraz zabezpieczenia społecznego, w kosztorysach uwzględniono minimalne wynagrodzenie za pracę. Koszt robocizny nie jest niższy niż stawki minimalne, a wszystkie działania są zgodne z obowiązującymi przepisami dotyczącymi pracy oraz zabezpieczenia społecznego w miejscu realizacji zamówienia. Zaoferowana cena uwzględnia odpowiednie zarządzanie procesem, w tym organizację robót, nadzór nad realizacją oraz dostarczenie niezbędnych zasobów technicznych. Wybraliśmy urządzenia i rozwiązania techniczne, które zapewniają najwyższą jakość usług. Wszystkie materiały oraz urządzenia są zgodne z przepisami ochrony środowiska, w tym wymaganiami dotyczącymi zużycia energii oraz emisji. (...)

W wezwaniu z dnia 19.02.2025 r. skierowanym do wykonawcy Fenix na podstawie art. 223 ust.1 Pzp, Zamawiający w jego pierwszej części prosił o wskazanie przyczyn powstania znacznych różnic w cenach jednostkowych netto zaoferowanych w poniższych pozycjach kosztorysów ofertowych w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2.

Rodzaj robót	Ceny jednostkowe netto w zakresie Zadania nr 1	Ceny jednostkowe netto w zakresie Zadania nr 2
Wymiana/montaż kompletnego nowego znaku aktywnego U-5c (lub pojedynczo: U-5a + C-9) zasilanego prądem stałym zgodnie z specyfikacją techniczną	3 400,00 zł	14 000,00 zł
Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego hybrydowo zgodnie z specyfikacją techniczną	14 000,00 zł	12 000,00 zł
Diagnostyka awarii słupa oświetleniowego	250,00 zł	7 900,00 zł
Wymiana/montaż kompletnego nowego radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie zgodnie z specyfikacją techniczną	7 900,00 zł	250,00 zł
Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego prądem stałym zgodnie z specyfikacją techniczną	10 000,00 zł	3 400,00 zł

Dalej Zamawiający podał: (...) Jednakowy układ pionowy cen jednostkowych w obu kosztorysach nasuwa przypuszczenie, iż przekopiowane zostały do kosztorysu dla zadania nr 2 ceny netto z kosztorysu dla zadania nr 1, bez uwzględnienia innej kolejności pozycji kosztorysowych. Powyższe powoduje, iż ceny jednostkowe dla tych samych zadań różnią się od siebie o kilkaset procent i odbiegają w znacznym stopniu od cen przyjętych do ustalenia wartości zamówienia w obu zadaniach". W końcowym akapicie tego pisma także wskazał, że: „Ponadto doprecyzowania wymaga również treść złożonych w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny dla zadania nr 2 z dnia 13.02.2025 r., gdzie wskazane zostały zupełnie inne okoliczności wpływające na wysokość zaoferowania w zadaniu nr 2, w dwóch ostatnich pozycjach ww. tabeli, cen jednostkowych wiele razy niższych niż w zadaniu nr 1”.

Wykonawca Fenix w odpowiedzi na to wezwanie w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na działanie nadmierne Zamawiającego w związku z zastosowaniem wezwania na podstawie art. 223 ust.1 ustawy Pzp podkreślając (...) możliwość składania ofert częściowych w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia, określając zakres i przedmiot części oraz wskazał czy ofertę można składać w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części zamówienia.

Każda część zamówienia jest procedowana odrębnie i jej procedowanie prowadzi do zawarcia odrębnej umowy. W jednej części postępowania oferta Wykonawcy może zostać uznana za najkorzystniejsza a w innej części oferta Wykonawcy może zostać odrzucona." W zakresie merytorycznym ponadto podał: (...) Nie ma przy tym podstaw do traktowania ofert częściowych zbiorczo (jako jedną ofertę) także z tego względu, że odróżnić je będzie przedmiot zobowiązania wykonawcy (przedmiot świadczenia). Uzasadnienia dla odmiennego zapatrywania nie można poszukiwać w treści przepisu art. 91 ust. 1 ustawy. W związku z powyższym wzywam Wykonawcy odnośnie różnic w cenach przedstawionych pomiędzy odrębnymi częściami postępowania jest przekroczeniem uprawnień o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Działania Zamawiającego są nadmierne, w ten sposób można by też wzywać o różnice w cenach w kolejnych prowadzonych po sobie postępowaniach, których gospodarzem jest Zamawiający lub też inny Zamawiający. Wykonawca udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień wcześniejszym pismem oraz wykazał składniki cenotwórcze. To Wykonawca kreuje swoją cenę. Zaoferowana cena nie jest ceną dumpingową. Przyczyną powstania znacznych różnic w cenach jednostkowych netto jest możliwość zaoferowania różnych cen w postępowaniu, w którym dopuszczono możliwość składania ofert częściowych. Wykonawca jest uprawniony do takiego działania na podstawie ustawy Pzp. oraz kreowania własnych cen, które nie są niezgodne z przepisami prawa. Wykonawca wskazuje, że nie ma wątpliwości co do możliwości realizacji zamówienia za ceny podane w ofercie".

Mając na uwadze treść wyjaśnień z 15.02.2025 r. należy stwierdzić, że wykonawca Fenix w tych wyjaśnieniach złożył wzajemnie sprzeczne oświadczenia. Z jednej strony jednoznacznie wskazał, że w wycenie - jak podnosił Odwołujący – radarowego wyświetlacza prędkości, jak i doświetlenia przejścia dla pieszych nie uwzględnił zakupów urządzeń, a z drugiej, że oferuje te urządzenia poniżej ceny zakupu. Podał bowiem w części pierwszej:

A) Wymiana/montaż radarowego wyświetlacza prędkości (250,00 zł)

Ceny jednostkowe zostały oparte na kalkulacji niższych kosztów.

•Koszt zakupu urządzenia: Zakup urządzenia nie był wliczony w cenę pozycji (...)

B) Wymiana/montaż doświetlenia przejścia dla pieszych (3 400,00 zł)

Ceny jednostkowe na wymianę/montaż doświetlenia przejścia zostały ustalone na podstawie następujących kosztów:

•Koszt zakupu urządzenia: Zakup urządzenia nie był wliczony w cenę pozycji.(...)

Wskazane oświadczenie nie dowodzi, że w tej pozycji zaoferowano ceny poniżej zakupu. Ponadto fakt niewykorzystania w ramach innych realizowanych umów tych urządzeń nie oznacza, że ich cena zakupu jest aktualnie równa „0”. Ponadto nie wliczenie zakupu w cenę nie oznacza, że wykonawca oferuje te urządzenia poniżej ceny zakupu. Co najwyżej mogłoby to świadczyć, że mamy do czynienia z darowizną, w myśl art. 888 i n. kodeksu cywilnego - na mocy której wykonawca zobowiązuje się do jednostronnego bezpłatnego świadczenia kosztem swojego majątku na rzecz Zamawiającego - czego ustawa Pzp nie przewiduje.

Kwestii spornych cen nie wyjaśnia także wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19.02.2025 r., w którym Zamawiający wskazując na art. 224 ust.1 Pzp prosi o doprecyzowanie wyjaśnień w zakresie zadania 2 do dwóch pozycji z tabeli zamieszczonej w wezwaniu.

Izba zwraca też uwagę, że w piśmie procesowym z dnia 24.03.2025 r. w załączonej tabeli mającej obrazować ceny rynkowe dla pierwszego z urządzeń – radarowego wyświetlacza prędkości - wskazano na cenę 5.799 zł (cenę za sztukę i za komplet). W przypadku zadania 1 za ten rodzaj robót wskazana została cena 7.900 zł. W wyjaśnieniach w zakresie zadania 2 [co do tego urządzenia z ceną jednostkową za sztukę według kosztorysu wykonawcy 250 zł, a według szacunku Zamawiającego – 8.735, 12 zł] - wykonawca nie wyjaśnił tak istotnej różnicy. Podobnie wykonawca nie wyjaśnił istotnej różnicy w cenie dla wymiany/montażu doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego prądem stałym (...). Dla tych robót w zadaniu 2 cenę jednostkową za komplet wykonawca ustalił na kwotę 3 400 zł, a według szacunku Zamawiającego cena jednostkowa została skalkulowana na kwotę – 18.712, 20 zł. Wykonawca z kolei dla tego rodzaju robót w zadaniu 1 wskazał na cenę jednostkową 10.000 zł. Izba też zwraca uwagę, że w tabeli do pisma procesowego z dnia 24.03. 2025 r. wykonawca odnosi się tylko do rodzaju robót (doświetlenie solarne i doświetlenie hybrydowe) dla zadania 1 wskazując na ceny rynkowe i ceny oferowane w tym zadaniu. Dalej kwestia cen w podanych wyżej pozycjach dla zadania 2 nie jest wyjaśniana.

Wobec tych ustaleń oferta wykonawcy Fenix w zakresie zadania 2 powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp. W myśl 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”. Składane przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie zadania 2 nie uzasadniły podanej w ofercie ceny 250 zł za wymianę/montaż radarowego wyświetlacza prędkości oraz 3.400 zł za wymianę/montaż doświetlenia przejścia dla pieszych. Podkreślić należy, że ze wskazanego przepisu wynikają negatywne skutki dla wykonawcy stąd wyjaśnienia wykonawcy jako profesjonalisty powinny być precyzyjne, a nie wzajemnie sprzeczne, a wskazywane czynniki powinny dowodzić obiektywną możliwość

obniżenia ceny, tym bardziej, że wg cen wykonawcy za zadanie 1 pierwsza z cen za analogiczne roboty jest ponad 30.krotnie wyższa, a druga blisko 3.o krotnie.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp odniesiony do zadania 1 nie podlega uwzględnieniu. W przypadku tego zarzutu Odwołujący podał, że Zamawiający nie zażądał analogicznych wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w odniesieniu do zadania nr 1, tak jak uczynił to w odniesieniu do zadania nr 2, chociaż powinien mieć analogiczne wątpliwości. Z kolei w uzasadnieniu do tego zarzutu wskazał na trzy pozycje z rodzaju robót, a mianowicie:

- 1) Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego solarnie zgodnie z specyfikacją techniczną (kpl. 1) – cena 12.000,00 zł.
- 2)Wymiana/montaż kompletnego nowego dedykowanego doświetlenia przejścia dla pieszych zasilanego hybrydowo zgodnie z specyfikacją techniczną (kpl. 1) – cena 14.000,00 zł.
- 3)Wymiana/montaż kompletnego nowego radarowego wyświetlacza prędkości zasilanego solarnie zgodnie ze specyfikacją techniczną (szt. 1) – cena 7.900,00 zł.

W tym przypadku wykonawca wskazując, że te ceny są rażąco niskie powołał się na analizy rynkowe, jako punkt odniesienia dla oceny przedstawionych ofert.

Izba rozpoznając że zarzut miała na uwadze ceny z kosztorysu inwestorskiego, w którym dla tych pozycji wskazano w odniesieniu do cen jednostkowych 17.380 zł, 18.712 zł i 8.735 zł oraz ceny rynkowe na które wskazał wykonawca Fenix w tabeli do pisma procesowego i które to ceny są zbieżne z podanymi w jego kosztorysie dla tego zadania. Tym samym, zdaniem Izby, twierdzenie Odwołującego, że te ceny nie odzwierciedlają pełnych kosztów robót dotyczących kwestionowanych pozycji ofertowych i wykonanie za tę cenę nie jest możliwe nie zostało wykazane.

Zarzut ewentualny naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp został podniesiony zarówno wobec zadania 1 jak i zadania 2. Jednakże z uwagi na ustalenia Izby w zakresie zadania 2 i uwzględnieniu w zakresie tego zadania zarzutu naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp wskazany powyżej zarzut ewentualny nie podlegał rozpoznaniu. Zarzut ten podlegał rozpoznaniu w zakresie zadania 1. W rozpoznawanych zakresie zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy FENIX z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzpze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia, wobec nie uwzględnienia w ofercie i jej wycenie, wszystkich wymaganych dokumentami zamówienia świadczeń – Izba uznała za niezasadny. Odwołujący nie wykazał bowiem, że wykonawca Fenix w wycenie nie uwzględnił kompletu lamp dla doświetlenia przejścia. W tym przypadku nie wskazał które konkretnie pozycje ma na uwadze. W kosztorysie wykonawcy Fenix wskazane jednostki i ilości odzwierciedlają te, które zostały podane w kosztorysie inwestorskim, a Odwołujący nie wskazał tych cen jednostkowych oprócz wymienionych powyżej pozycji z części Z5, których ma dotyczyć wycena sztuki a nie kompletu lamp.

Wobec ustaleń Izby odnośnie zarzutu z punktu 1 odwołania – naruszenia art. 119 Pzp i art. 122 Pzp, który dotyczy zarówno zadania 1 jak i zadania 2 oraz odnośnie zarzutu z punktu 3 odwołania – naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp i uwzględnienia tych zarzutów, także podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp związany z wyborem oferty jako najkorzystniejszej wykonawcy FENIX.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437). W tej sprawie Izba miała na uwadze § 7 ust.2 pkt 3 oraz jego ust.4. W niniejszej sprawie podniesionych zostało pięć zarzutów z których trzy zostały uwzględnione, a dwa oddalone. Z tego względu koszty w 3/5 poniósł Uczestnik: Fenix sp. z o.o. z/s w Piekoszowiewnoszący sprzeciw, a w 2/5 wnoszący odwołanie wykonawca: (...) Zakład Urządzeń Bezpieczeństwa Ruchu Drogowego W.B. z/s w Kielcach.

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak sentencji wyroku.

.....