

Sygn. akt: KIO 2828/22

WYROK
z dnia 15 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Członkowie: Beata Konik
Maksym Smorczewski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2022 r. przez wykonawcę **Rubau Polska sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Rubau Polska sp. z o.o. w Warszawie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Rubau Polska sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **Rubau Polska sp. z o.o. w Warszawie** na rzecz **Podlaskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Białymstoku** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Podlaski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Białymstoku, zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem są roboty polegające na usunięciu wad i usterek stwierdzonych na etapie odbioru dla zadania „Budowa i rozbudowa DW 685 na odcinku Zabłudów Nowosady - odcinek II od km 8+462 do km 32+614”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 20 września 2022 r., nr 2022/BZP 00356079.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 26 października 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca Rubau Polska sp. z o.o. w Warszawie, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp i art. 275 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że jego oferta jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, pomimo tego, że jego oferta jest zgodna z przepisami ustawy;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 83 oraz art. 58 Kodeksu cywilnego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że jego oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów, pomimo tego, że jego oferta jest ważna;
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu UZNK pomimo tego, że nie występują jakiegokolwiek okoliczności uzasadniające przyjęcie, że złożenie oferty przez niego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne przyjęcie, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez niego wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają ceny podanej w ofercie, pomimo tego, że złożył on wyjaśnienia i dowody wykazujące, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska;
- 5) art. 224 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania go do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny, w sytuacji, w której Zamawiający pomimo złożenia przez niego wyczerpujących wyjaśnień powziął wątpliwości w zakresie przyjętych wyliczeń i założeń dla określenia ceny jego oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty BUDREX, jako oferty najkorzystniejszej; oraz

- 2) unieważnienia czynności odrzucenia swej oferty; oraz
- 3) dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem swej oferty; ewentualnie także
- 4) wezwania go do złożenia kolejnych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty; oraz
- 5) dokonania wyboru swej oferty, jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty nie jest konsekwencją złożonych przez niego wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty z dnia 17 października 2022 r., które to wyjaśnienia odnoszą się do wszystkich elementów kosztotwórczych realizacji zamówienia, wskazują na możliwe do osiągnięcia oszczędności oraz są oparte o rzeczowy materiał dowodowy, ale jest wynikiem sytuacji spornej istniejącej pomiędzy zamawiającym i nim. Zdaniem odwołującego, sytuacja ta jest wynikiem bezzasadnych działań zamawiającego względem niego, jako wykonawcy odpowiedzialnego za realizację zamówienia pn. „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów — Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew — odcinek II od km 8+462 do km 32+614” („Umowa”, „Inwestycja” lub „Zamówienie DK nr 685”).

Odwołujący podniósł, że w latach 2018 — 2021 terminowo, bez jakichkolwiek opóźnień zrealizował wszystkie roboty budowlane składające się na zakres przedmiotowy Inwestycji. Po sporządzeniu protokołu z odbioru technicznego końcowego robót, terenu i urządzeń obcych nr 1/OT/685.II/12/2021 przeprowadzonego w dniach od 30 grudnia 2021 r. do 14 lutego 2022 r., dla Inwestycji wydano m.in. dwie decyzje administracyjne w przedmiocie pozwolenia na użytkowanie, a zamawiający rozpoczął jej eksploatację (zob. pismo zamawiającego z dnia 16 marca 2022 r.). Aktualnie zamawiający w pełni eksploatuje przedmiot Inwestycji począwszy od marca 2022 r., w którym to miesiącu rozpoczął się ruch samochodowy, rowerowy i pieszy na wskazanej wyżej drodze wojewódzkiej.

Odwołujący wskazał, że w dniu 28 lutego 2022 r. zamawiający przekazał mu protokół z odbioru technicznego końcowego robót, terenu i urządzeń obcych nr 1/OT/685.II/12/2021 przeprowadzony w dniach od 30.12.2021 r. do 14.02.2022 r. (dalej: „Protokół Odbioru Końcowego”). W Protokole Odbioru Końcowego zamawiający wskazał na istnienie 732 nieistotnych usterek, które nie ograniczały możliwości eksploatacji Inwestycji ani nie limitowały dokonania kolejnego odbioru, tj. odbioru ostatecznego. Zamawiający wyznaczył mu 14-dniowy termin na usunięcie wszystkich usterek.

Odwołujący podniósł, że niezwłocznie przystąpił do usuwania nieistotnych usterek, informując na bieżąco zamawiającego o postępach prac. Argumentował, że informował

zamawiającego o tym fakcie pismami z dnia 14 marca 2022 r., 1 kwietnia 2022 r., 10 czerwca 2022 r. oraz 12 lipca 2022 r.

Odwołujący podniósł, że pismem z dnia 14 marca 2022 r. (nr DW685/RUBAU/MG/2022/1197) poinformował, że w wyznaczonym, czternastodniowym terminie usunął wszystkie usterki, których usunięcie – jego zdaniem - było technicznie możliwe. Zdaniem odwołującego, nieusunięte pozostawały te usterki, których ze względu na negatywne warunki pogodowe i panujący okres zimy nie można było usunąć. Po ustaniu niekorzystnych warunków atmosferycznych Wykonawca w dalszym ciągu usuwał usterki wskazane w Protokole Odbioru Końcowego. Wskazał, że pismem z dnia 10 czerwca 2022 r. (nr DW685/RUBAU/IB/2022/1222) poinformował zamawiającego o usunięciu wszystkich usterek, za wyjątkiem 43 spornych pozycji. Uważał, że skutecznie usunął 689 usterek. Zdaniem odwołującego, istnienie usterek w żaden sposób nie uniemożliwiało eksploatacji Inwestycji, która począwszy od marca 2022 r. była nieustannie i w pełnym jej zakresie wykorzystywana przez zamawiającego. O kolejnym usunięciu innych jeszcze usterek wykonawca poinformował zamawiającego w dniu 12 lipca 2022 r.

Odwołujący wskazał, że zamawiający dokonywał odbiorów usunięcia usterek sporządzając protokoły odbioru z dnia 15 czerwca 2022 r., 20 czerwca 2022 r., 23 czerwca 2022 r., 27 czerwca 2022 r., 30 czerwca 2022 r. oraz 14 lipca 2022 r. Odwołujący utrzymywał, że żaden z protokołów, mimo licznych wezwań, nigdy nie został mu przekazany — aż do dnia dzisiejszego. Pismem z dnia 27 lipca 2022 r. (nr WPIRI.400.18.13.2016) zamawiający podsumował odbiory usunięcia usterek i potwierdził, że wykonawca skutecznie usunął ponad 520 usterek. Zamawiający jednakże stwierdził, że do usunięcia pozostaje 207 niesprecyzowanych – zdaniem odwołującego – usterek. Odwołujący wskazał, że zamawiający wezwał go do ich naprawy, lecz nie wskazał na zakres tych usterek bądź jakiegokolwiek ich oznaczenie. Odwołujący uważał, że nie dysponował zatem wiedzą co do zakresu usterek, które ma naprawić. Zamawiający zagroził zrealizowaniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy (gwarancji bankowej) jeżeli usterki nie zostaną usunięte.

Niezależnie jednak od dokonywania odbiorów usuwania usterek i niezależnie od faktu eksploatacji Inwestycji od marca 2022 r., zamawiający w dniu 15 lipca 2022 r. — pismem nr WPIRI.400.15.19.2016 — skierowanym do gwaranta - banku Banco Santander S.A. z siedzibą w Gironie, Hiszpania („Gwarant”) złożył żądanie wypłaty kwoty 6.254.939,80 zł z gwarancji bankowej nr 1807GA2110009717 z dnia 18 sierpnia 2018 r. (zmienianej późniejszymi aneksami („Gwarancja”). Według odwołującego decyzję o realizacji Gwarancji Zamawiający podjął faktycznie w dniu 2 czerwca 2022 r. o czym świadczy treść żądania wypłaty.

Odwołujący argumentował, że ze względu na abstrakcyjny charakter Gwarancji płatnej na pierwsze żądanie, Gwarant wypłacił mu żądaną kwotę w dniu 25 sierpnia 2022 r. Kwota

została przyjęta przez zamawiającego jako szacunkowa wartość zamówienia oraz kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Według odwołującego w tej sytuacji trudno uznać, że zamawiający przygotowując przedmiotowe postępowanie wykonywał jakiegokolwiek czynności w celu oszacowania kosztów wykonania zamówienia). Odwołujący wskazywał, że zamawiający nie przedstawił mu jakiegokolwiek uzasadnienia bądź kosztorysu, który wskazywałby dlaczego zdecydował się na zrealizowanie Gwarancji do kwoty 6.254.939,80 zł (pełna kwota Gwarancji opiewała na 25.830.000,00 zł).

Odwołujący uważał, że realizowanie Gwarancji przez Zamawiającego było bezprawne i bezzasadne. Spór Zamawiający — Konsorcjum w zakresie bezzasadnej realizacji Gwarancji jest obecnie na etapie przedsądowym. Wskazywał, że po zrealizowaniu Gwarancji, zamawiający uniemożliwił mu dokonywanie jakiegokolwiek pracy na terenie budowy — co więcej, w piśmie z dnia 2 września 2022 r. w odpowiedzi na wezwanie wykonawcy do wspólnej inwentaryzacji rzekomych usterek zagroził wykorzystaniem organów Policji w sytuacji gdyby wykonawca zdecydował się na wejście na teren budowy celem dokonania inwentaryzacji.

Zdaniem odwołującego, w ten sposób zamawiający uniemożliwił mu dokonanie ewentualnych napraw. Rzekome dalsze istnienie usterek stanowiło również uzasadnienie dla działań zamawiającego sprowadzających się do odmowy spełnienia swojego kluczowego obowiązku — dokonania odbioru ostatecznego Inwestycji i zapłaty należnego wykonawcy wynagrodzenia w kwocie 28.242.455,58 zł netto.

Odwołujący argumentował, że ostatecznie jednak, zamawiający zdecydował się na dokonanie odbioru ostatecznego inwestycji. W dniu 26 sierpnia 2022 r. sporządzony został protokół odbioru ostatecznego. Jednostronnie przygotowany przez zamawiającego protokół stwierdzał istnienie rzekomych usterek w wykonanych robotach (załącznik nr 2 do protokołu). Wykonawca nie zgodził się z zarzutami zawartymi w treści protokołu i ustosunkował się do nich w ramach załącznika nr 3 do protokołu odbioru ostatecznego (Zamawiający nie zgodził się na dokonanie jakiegokolwiek modyfikacji jego treści). W ślad za odbiorem ostatecznym, Zamawiający dokonał zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia. Według odwołującego sporny pomiędzy Stronami pozostaje fakt bezzasadnej realizacji Gwarancji oraz przedmiot niniejszego odwołania, tj. usunięcie rzekomych usterek.

Według odwołującego decyzja o odrzuceniu jego oferty jest jedynie wynikiem okoliczności opisanych powyżej oraz toczącego się między Zamawiającym, a Konsorcjum sporem. Uważał, że zamawiający w sposób subiektywny i całkowicie arbitralny zbadał oraz ocenił ofertę, czym naruszył dyspozycję przepisów wskazanych w petitum odwołania.

Odwołujący argumentował, że zamawiający nie wskazał z jakimi konkretnie przepisami ustawy Pzp jego oferta jest niezgodna. Ustawa Pzp określa zamknięty katalog przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania, a przesłanki te nie mogą być interpretowane

rozszerzająco. Zatem, jeśli zamawiający przyjmuje, że jego oferta jest niezgodna z regulacjami ustawy Pzp to winien te regulacje wskazać w podstawie prawnej odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania. Przywoływany przepis art. 118 ust. 2 w brzmieniu: „Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia” jest przepisem o charakterze generalnym, nie nakładającym na wykonawcę określonych obowiązków lub ustanawiającym zakaz podejmowania określonych działań (które mogłyby świadczyć o niezgodności oferty z wymaganiami zamawiającego, np. co formy czy też zakresu).

Według odwołującego zastosowanie powyższej regulacji nakładało na zamawiającego obowiązek wskazania „wymagań zamawiającego”, które stoją w sprzeczności z treścią jego oferty (przy czym odwołujący wskazywał, że wyjaśnienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny nie stanowią "treści oferty"). W tym zakresie zamawiający również nie dokonał porównania fragmentów oferty z ustanowionymi przez siebie wymaganiami.

Zdaniem odwołującego, składane przez niego w toku postępowania oświadczenia nie są wewnątrznie sprzeczne. Odwołujący stoi na stanowisku, że należycie wykonał zamówienie DW nr 685 i usunął wszystkie usterki. Niemniej jednak w sytuacji, w której zamawiający prezentuje zgoda odmienne stanowisko i planuje zlecić ich naprawę (i za nią zapłacić) w ramach odrębnej umowy (zawartej na skutek przeprowadzenia postępowania) to Odwołujący jest gotów przystąpić do jej realizacji, dysponując do tego pełnym zapleczem sprzętowym i kadrowym. Jednocześnie odwołujący nadmieniał, że zamawiający miał możliwość zlecenia wykonania wykonawcy prac objętych przedmiotem zamówienia w ramach umowy, np. poprzez udzielenie mu zamówienia dodatkowego/uzupełniającego (w takiej sytuacji umowa na naprawę wad/usterek również stanowiłaby odrębny stosunek prawny od Umowy). Zdaniem odwołującego celem złożenia oferty w tym postępowaniu przez niego było tylko i wyłącznie uzyskanie zamówienia, możliwość jego realizacji oraz otrzymanie wynagrodzenia z tego tytułu.

Zdaniem odwołującego, nie sposób podzielić argumentacji zamawiającego, który przypisuje jego udziałowi w postępowaniu nieuczciwe zamiary, mające na celu jedynie wytworzenie pozoru uczestnictwa w przetargu. Zdaniem odwołującego zamawiający jednocześnie nie wskazuje zarówno rzekomego celu, jak i kierunku jego działań.

Odwołujący argumentował, że złożył skuteczną i ważną ofertę w postępowaniu oraz jest gotów zawrzeć umowę z zamawiającym (w tym wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy) oraz przystąpić do realizacji zamówienia w każdym terminie. Zdaniem odwołującego o jego intencji świadczy fakt złożenia szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny popartych dowodami pozyskanymi na potrzeby udziału w postępowaniu, jak również fakt złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej. Uważał, że gdyby złożył ofertę jedynie dla pozoru jego aktywność na kanwie postępowania miałaby

zgoła odmienny charakter. Uważał, że podejmowane przez niego działania nie różnią się od tych, jakie podejmuje w innych postępowaniach przetargowych, w których bierze udział. Trudno zatem przypisać mu, że działa dla pozoru lub zmierza do obejścia prawa. Uważał, że miał możliwość wzięcia udziału w postępowaniu na takich samych zasadach, jak inni oferenci.

Zdaniem odwołującego, jednocześnie trudno oczekiwać od podmiotu, który pozostaje w sporze z zamawiającym, aby składał oświadczenia czy deklaracje, które mogą zostać przez zamawiającego wykorzystane np. w procesie sądowym. Wyjaśnienia, w których potwierdza fakt istnienia wad lub usterek mogą stanowić kluczowy dowód w sprawie w ramach odpowiedzi na pozew. Zdaniem odwołującego oświadczenie, na które powołuje się zamawiający zostało zamieszczone w wyjaśnieniach z daleko posuniętej ostrożności procesowej i w żaden nie może być interpretowane jako działanie świadczące o pozorności jego działań.

Odwołujący wskazał, że zamawiający jako przejaw pozorności jego działań uznaje okoliczność, że w ofercie zadeklarował, że podwykonawcy nie są jeszcze znani, natomiast w wyjaśnieniach z dnia 17 września 2022 r. przedstawił oferty podwykonawców. Zdaniem odwołującego, zamawiający błędnie rozumie cel wyjaśnień składanych w odpowiedzi na wezwanie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca jest bowiem zobowiązany do przedstawienia sposobu kalkulacji ceny oferty (tj. wykazania na podstawie jakich danych / informacji wyliczył koszty wykonania zamówienia), a nie w jaki (konkretnie) sposób wykona zamówienie (przy pomocy jakich konkretnie podmiotów, w oparciu o jakie umowy etc.).

Zamawiający oczekuje, że wykonawcy już w momencie złożenia oferty w postępowaniu będą posiadali zawarte umowy z podwykonawcami, dostawcami czy pracownikami. Założenia Zamawiającego są całkowicie niezasadne i oderwane od realiów rynku. Zamawiający pomija, że w przypadku nieuzyskania przez dany podmiot zamówienia publicznego wykonawca byłby zobowiązany ponieść koszty (i) pozostawania kontrahentów i pracowników, z którym podpisał umowy w stanie gotowości w okresie trwania postępowania (standby) oraz (ii) ponoszenia z tego tytułu kosztów (jak i kosztów rozwiązania zawartych umów). Według odwołującego, dane historyczne co do stawek realizacji przedmiotu zamówienia przez konkretne podmioty, które to dane pochodzą z uprzednio realizowanych umów podwykonawczych, stanowią miarodajne i właściwe informacje co do poziomu ceny wykonania określonego zakresu inwestycji.

Odwołujący wskazał, że jednocześnie powołał się na umowy z podwykonawcami zaangażowanymi w realizację Zamówienia DW nr 685 w celu wykazania optymalizacji kosztów wykonania zamówienia. Pomimo tego, że termin realizacji robót określony w tych umowach upłynął, to aktualnie podwykonawcy są zobowiązani do świadczenia usług gwarancyjnych / z tytułu rękojmi. Powyższe oznacza, że jeśli to jemu zostanie udzielone

zamówienie - będzie miał on możliwość zobowiązania podwykonawcy do usunięcia wskazanych przez zamawiającego wad / usterek w ramach wyżej wskazanych uprawnień. W sytuacji, w której zidentyfikowana przez zamawiającego wada / usterka jest wynikiem nienależytego wykonania robót przez podwykonawcę, będzie on zobowiązany do jej naprawy bez dodatkowego wynagrodzenia (w ramach udzielonej gwarancji / rękojmi). Uważał, że powyższe pozwoliło mu na zmniejszenie kosztów wykonania zamówienia.

Odwołujący wskazywał, że wykonawcy nie są obowiązani wskazywać nazw podwykonawców w ofertach, a brak wskazania ich nazw nie powoduje żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Według odwołującego czynności podejmowane przez niego mieszczą się w granicach dopuszczalnych przez przepisy ustawy Pzp. Trudno uznać, że mają one charakter pozorny. Odwołujący wskazywał, że zamawiający w sposób selektywny ocenia skuteczność („ważność”) złożenia oferty przez niego. Przykładowo dokonując oceny istnienia przesłanek skierowania do wykonawców wezwania do wyjaśnień w trybie art. 244 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wziął pod uwagę cenę jego oferty i na podstawie wszystkich trzech ofert złożonych w postępowaniu obliczył średnią arytmetyczną, na podstawie której ustalił zakres ofert, co do których istnieje domniemanie, że noszą znamiona rażąco niskich. Odwołujący uważał, że gdyby zamawiający działał w sposób spójny i zgodny z zaprezentowanym w uzasadnieniu odrzucenia poglądem przy wyliczeniu przedmiotowej średniej winien wyłączyć ofertę jako złożoną jedynie dla pozorów / ofertę nieważną / ofertę nierynkową. Takie działanie spowodowałoby konieczność wezwania BUDREX do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny.

Odwołujący wskazywał, że zamawiający stoi na stanowisku, że jego oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji. Zdaniem odwołującego z uzasadnienia odrzucenia oferty nie sposób jednoznacznie wywieść, które działanie nosi przymioty czynu nieuczciwej konkurencji (tj. czy sam fakt złożenia oferty, co mogłoby wynikać z przywołanej powyżej argumentacji czy też zaoferowanie przez niego konkurencyjnej ceny).

Odwołujący argumentował, że w wyjaśnieniach w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty opisał w sposób jednoznaczny założenia kalkulacyjne, jakie były brane przez niego pod uwagę kalkulując koszty wykonania zamówienia. Uważał, że jako podmiot, który wcześniej realizował przedmiotową inwestycję posiada pewną przewagę konkurencyjną nad pozostałymi oferentami, jednakże nie oznacza to, że utrudnia dostęp do realizacji zamówienia innym podmiotom. W szczególności nie można uznać, że oferuje on cenę poniżej kosztów wykonania zamówienia (cenę dumpingową).

Według odwołującego, okoliczność, iż miał możliwość zoptymalizowania pewnego zakresu kosztów (gdyż w ogóle nie będzie ich ponosił) nie przesądza o tym, że złożona przez niego oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Takie działanie implikowałoby

konieczność odrzucania z postępowania wszystkich wykonawców, którzy uprzednio realizowali dany przedmiot zamówienia i mieli możliwość skalkulować części kosztów na niższym poziomie niż konkurencji (np. dotychczasowi dostawcy programów komputerowych, którzy nie są zobowiązani kalkulować takich kosztów jak: integracja systemu z systemem innego wykonawcy, migracji danych czy zakupu licencji na istniejące już oprogramowanie poprzedniego wykonawcy). Uczestnictwo poprzedniego wykonawcy Zamówienia DW nr 685 w postępowaniu nie stanowi sytuacji wyjątkowej, która odbiegałaby od akceptowanych na rynku zamówień publicznych standardów.

W uzasadnieniu zarzutów dotyczących ceny rażąco niskiej odwołujący podniósł, że zamawiający dokonując badania i oceny jego oferty działał w sposób ukierunkowany na wyeliminowanie go z postępowania, uchybiając tym samym obowiązkowi prowadzenia przetargu w sposób obiektywny.

Koszty wymiany balustrad

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2022 r. w sposób szczegółowy opisał, jakiego rodzaju wydatki zostały ujęte przez niego w cenie oferty. Odwołujący oprócz kosztów podwykonawcy wziął pod uwagę: *„koszty montażu na podstawie umowy z firmą AZ Ogrodzenia; koszty prac rozbiórkowych realizowane siłami własnymi; uzysk z odsprzedaży elementów rozbiórkowych tudzież np. ponownego wykorzystania gruzu po jego przekruszeniu.”* Uważał, że zamawiający całkowicie pominął jego wyjaśnienia w tym zakresie, dokonując analizy jedynie tych fragmentów i tych składników wyliczeń, które potwierdzały z góry przyjętą retorykę. Według odwołującego zamawiający pominął przedstawiony przez niego dowód w postaci oferty na dostawę ogrodzeń U12a od firmy GIERA, która to firma jest renomowanym producentem tego typu elementów zajmuje się także ich montażem — w przedmiotowym przypadku z uwagi na konieczność demontażu balustrad dostarczonych przez konkurencyjnego dostawcę, firma Giera odstąpiła od ofertowania kompleksowej usługi.

Według odwołującego, zamawiający pomija także, że koszt wymiany balustrad stanowi prawie 50% ceny jego oferty. Co więcej, koszty związane z wymianą balustrad zostały również ujęte w pozycji kalkulacji odwołującego „prace rozbiórkowe” (w wyjaśnieniach wskazano, że: *„Oferent uwzględnił ten fakt w kalkulacji zakładając wykonanie prac rozbiórkowych siłami własnymi, a także m.in. uzysk z odsprzedaży materiałów z rozbiórki (np. elementów stalowych demontowanych balustrad olsztyńskich), (...) Koszty wykonania zamówienia w powyższym zakresie szacuje się na poziomie ok. 360.000 zł netto.”*

Według odwołującego, sposób kalkulacji ceny jego oferty uwzględnia zatem wszystkie wydatki związane z wykonaniem wyżej wskazanego zakresu zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający odnosi się do cen wymiany balustrad określony w Sekocenbud II kwartał 2022 r. Zamawiający jednakże nie podał wartości, jakie miałyby wynikać z tego dokumentu, co uniemożliwia weryfikację zasadności jego twierdzeń. Odwołujący zaznaczał, że każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu kierował się innymi materiałami źródłowymi, na podstawie których dokonał wyceny swojej oferty. Ustawa Pzp nie narzuca wykonawcom biorącym udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przyjęcia konkretnego sposobu wyceny oferty. W świetle powyższego wykonawcy posiadają swobodę doboru informacji, które mogą stanowić dane do wykonywanych wyliczeń kosztów wykonania zamówienia (informacje mogą pochodzić z różnych źródeł np. ogólnodostępnych cenników, zawartych umów ramowych, ofert podwykonawców, danych historycznych etc.). Odwołujący wskazał, że w tym zakresie — zgodnie z treścią wyjaśnień z dnia 17 października 2022 r. — kierował się ofertą podwykonawcy, a także posiadaną wiedzą na temat rozkładu kosztów wykonania prac ziemnych / demontażowych (typowe prace budowlane). W ocenie odwołującego jeśli zamawiający posiadał wątpliwości co do ujęcia określonych wydatków w cenie oferty miał możliwość zwrócenia się do wykonawcy o złożenie dodatkowych wyjaśnień.

Koszty najmu biura

Odwołujący wskazał, że koszt najmu biura w Białymstoku (miasto wojewódzkie) będzie wyższy niż w przypadku wynajmu biura w Narwi (lub okolicach), która jest stosunkową niewielką miejscowością. W świetle powyższego uważał, że kalkulacja kosztów realizacji zamówienia w powyższym zakresie uwzględnia wartość z tzw. "zapasem" przy przyjęciu wariantu najmniej optymistycznego, że biuro będzie znajdować się np. w Białymstoku.

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach wskazał, że „fakt wykonania przez niego jako lidera konsorcjum Wykonawcy Zamówienia DW nr 685 powoduje, że nie będzie ponosił kosztów związanych z mobilizacją zaplecza (...) „*bo ma możliwość wykorzystania istniejącego zaplecza tj. — placu składowego ogrodzonego monitorowanego udostępnionego bezpłatnie do końca 2022 r. a od 01-01-2023 r. udostępnionego za 1000 zł netto/m-c;*

— *biura — miesięczny koszt najmu 2000zł netto.*”. Istniejące zaplecze, wg niego wystarczające na potrzeby obsługi przedmiotowego zadania, jest zlokalizowane w m. Narew. Odwołujący oświadczył, że dysponuje stosownymi umowami i dołączył je do odwołania. Według odwołującego, koszt najmu biura oraz utrzymania zaplecza nie stanowi istotnej części składowej ceny oferty i nie powinien być rozpatrywany jako element mogący świadczyć o zaoferowaniu przez niego ceny rażąco niskiej.

Optymalizacja kosztów realizacji zamówienia

Odwołujący podniósł, że w sposób szczegółowy wyjaśnił w dniu 17 października 2022 r. oszczędność wydatków, jaką udało mu się osiągnąć, przy kalkulacji ceny oferty. Ustosunkowując się do argumentacji zamawiającego odwołujący wskazał, że pozycja rezerwy na nieplanowe wydatki została zoptymalizowana (zmniejszona o kwotę ok. 250.000 zł) w związku z możliwością osiągnięcia oszczędności z tytułu:

- a) braku konieczności wykonania inwentaryzacji stanu istniejącego - jest wykonywana na bieżąco w ramach przeglądów gwarancyjnych do zadania pierwotnego — na koszt składają się m.in.: praca zespołu 2-osobowego, praca drona, wykonanie zdjęć, opracowanie zdjęć i materiału filmowego, archiwizacja;
- b) ciągłości dysponowania wykwalifikowaną kadrą, znającą zagadnienia projektu (możliwość uniknięcia kosztów rekrutacji, w tym korzystania z usług pośredników / headhunterów, kosztów negocjacji cenowych (w tym prawników), uniknięcie ryzyka zawarcia umów w aktualnych realiach rynkowych, umowy zostaną zawarte ze znaną mu i sprawdzoną kadrą);
- c) znajomości metodologii napraw wynikającą wprost ze znajomości metodologii wykonania robót bazowych oraz znajomością lokalizacji poszczególnych miejsc usterkowych (Odwołujący wskazał, że w przeciwieństwie do pozostałych wykonawców nie jest obciążony dozą niepewności, jaki jest konkretnie przedmiot zamówienia - vide opis przedmiotu zamówienia, który jest lakoniczny i ogólny. Odwołujący wskazał, że opierał swoją kalkulację na konkretnych informacjach, a nie założeniach co do zakresu przyszłych prac etc.);
- d) doświadczenia we współpracy z zamawiającym — znajomości procedur zgłaszania / zatwierdzania / uzgadniania / odbioru prac / materiałów (optymalizacja kosztów z uwagi na brak konieczności przeprowadzania szkoleń pracowników, zakupu programów komputerowych do koordynacji przebiegu prac, zakupu i utrzymania serwera na potrzeby utrzymania bazy danych, eliminacja ryzyka związanego ze sposobem procedowania przebiegu inwestycji przez zamawiającego);
- e) dysponowanie „od ręki” materiałami i sprzętem niezbędnymi do prac przewidzianych przedmiotowym zadaniem.

W odniesieniu do oszczędności wynikających z faktu dysponowania przez niego materiałami pozostającymi w rezerwie z kontraktu zasadniczego odwołujący załączył do odwołania zestawienie materiałów złożonych na placu składowym będącym w jego dyspozycji, ich ilości oraz wartości wyznaczonych z zastosowaniem jednostkowych bieżących cen zakupu zaczerpniętych z faktury, stron dostawców z ofertą dla danego asortymentu.

Odwołujący argumentował, że uwzględnił z tego tytułu oszczędność w kwocie ok. 50.000 zł, przyjął bowiem do kalkulacji założenie, że skoro wymienione materiały były odpowiednie (zaakceptowane przez zamawiającego) na etapie realizacji kontraktu zasadniczego to będą możliwe do wykorzystania także na zadaniu polegającym na usuwaniu usterek, chociażby ze względu na zachowanie ciągłości / jednorodności materiałowej czy kolorystycznej. Wskazywał, że zamawiający nie wprowadził zmian odnośnie do materiałów w Specyfikacjach Technicznych dla przedmiotowego zadania (nie zmieniono nawet nazwy zadania) co pozwoliło mu potraktować je jako kontynuację zadania pierwotnego.

Koszty mobilizacji zaplecza

Odwołujący wskazał, że Zamawiający błędnie zinterpretował jego wyjaśnienia. Odwołujący uważał, że w żadnym miejscu w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2022 r. nie wskazał, że nie zapewni "łączości telefonicznej i elektronicznej z kierownikiem budowy czy dostawy mediów na teren budowy" tylko, że nie będzie ponosił kosztów związanych z mobilizacją zaplecza niezbędnego do realizacji zamówienia (*"Wykonawca wskazuje, że fakt wykonania przez niego jako lidera konsorcjum Wykonawcy Zamówienia DW nr 685, powoduje, że Wykonawca nie będzie ponosił kosztów związanych z mobilizacją zaplecza kadrowego, sprzętowego oraz biurowego. To założenie także pozwoliło na obniżenie kalkulowanych kosztów na poziomie ok. 230.000 zł netto"*).

Odwołujący argumentował, że ponieważ realizował zamówienie DW nr 685, mobilizacja zaplecza kadrowego i sprzętowego została już dokonana. Powyższe powoduje, że nie będzie ponosił np. kosztów zakupu dodatkowego sprzętu, wyposażania pracowników w telefony, Internet, odzież roboczą czy też kierowanie pracowników na niezbędne szkolenia — gdyż te czynności zostały już przez niego wykonane w ramach realizacji Umowy. W świetle powyższego uważał, że nie będzie ponosił kosztów związanych z przygotowaniem się wykonawcy do rozpoczęcia wykonywania zamówienia. To z kolei pozwoliło mu na uzyskanie oszczędności, o których mowa w wyżej wskazanych wyjaśnieniach.

Koszty wynagrodzenia pracowników

Odwołujący wskazał, że dowód tj. umowa 222_DW685_02_2022_TOBAS został przedstawiony na potwierdzenie sposobu wyliczenia kosztów zatrudnienia pracowników fizycznych. Firma TOBAS jest pośrednikiem, który zapewnia wykwalifikowaną kadrę na potrzeby realizacji robót budowlanych. Odwołujący argumentował, że od wielu lat współpracuje z tego rodzaju podmiotami. Dokument został przedstawiony na potwierdzenie sposobu wyliczenia kosztów zatrudnienia pracowników fizycznych. W umowie wskazano bowiem zarówno koszty wynagrodzenia pracownika, jak i narzut TOBAS. Dowód zawiera

miarodajne oraz weryfikowalne informacje, które potwierdzają wartości przyjęte do kalkulacji ceny oferty.

Co do zarzutu zamawiającego o niewskazaniu liczby pracowników fizycznych oraz czasu wykonywania przez nich zadania oraz argumentu o nieprzedstawieniu wyliczeń i kalkulacji, to odwołujący uważał, że twierdzenia zamawiającego nie są prawdziwe. W wyjaśnieniach zostało wskazane bowiem, że: "zatrudnienie:

- *oddelegowanie pracowników nadzoru w liczbie min. 2 osób — zatrudnionych na podstawie umowy o pracę; założono, że oprócz Kierownika Budowy pozostałe osoby z nadzoru będą pełniły funkcje także na innych zadaniach stąd koszty ich zatrudnienia rozWadają się na kilka zadań, co pozwoliło na zoptymalizowanie wysokości kosztów ogólnych wykonania inwestycji w tym zakresie.*

- *pracowników fizycznych w liczbie 3-5 osób (w miarę potrzeby) obecnie udostępnionych na podstawie umowy o świadczenie usług przez Podwykonawcę TOBAS, ze stawką 45zł brutto/r-g— kalkulując cenę ofertową przyjęliśmy przekonwertowanie dotychczasowej umowy o pracę (zgodnie z wymaganiem IdW 6.5 ust. 1) dla każdego pracownika oddzielnie ze stawką godzinową wyższą aniżeli minimalna wymagana przepisami prawa.)*

Koszt wynagrodzenia osób, którymi będzie się posługiwał przy realizacji zamówienia mieści się w średnim wynagrodzeniu przewidzianym dla danego stanowiska w danym regionie i jest wyższy od najniższego wymaganego wynagrodzenia. Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty zatrudnienia osób na umowę o pracę. Pracownicy fizyczni zostaną zatrudnieni w ramach bieżącego zapotrzebowania w trakcie realizacji zamówienia.

Co do wyliczeń kosztów wykonania zamówienia, odwołujący podniósł, że dokonał prostych wyliczeń: zsumował wartość wynagrodzenia pracownika (wskazana w wyjaśnieniach z dnia 17 października 2022 r. oraz w ofercie TOBAS), a następnie doliczył do niej koszty pracodawcy (składki na ubezpieczenie, składka na fundusz pracy). W tym zakresie brak jest podstaw do żądania przedstawiania szczegółowych obliczeń (gdyż takie wyliczenia nie były wykonywane).

Nadprogowe koszty

Co do zarzutu zamawiającego, że w ofercie LAB-TECH wskazano m.in. badania materiałów betonowych, które nie są wymagane do wykonania na przedmiotowych zamówieniu oraz co do zarzutu, że nie podano planowanej ilości badań na podstawie, których wyliczono wartość oferty odwołujący podniósł, że powyższe nie przesądza o niedoszacowaniu oferty. Zdaniem odwołującego potwierdza, że uwzględnił dodatkowe koszty (które nie zostały wyspecyfikowane przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia). Opisywana przez Zamawiającego okoliczność pozostaje bez związku z oceną wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty.

Wskazał, że nie rozumie podnoszonego zarzutu, gdyż w wyjaśnieniach zapewnił zamawiającego, że w swojej ofercie uwzględnił między innymi także koszty badań wymaganych SST i obowiązującymi przepisami, wskazał kwotę jaką zapewnił na ten cel i dołączył ofertę firmy LAB-TECH notabene jest to laboratorium znane Zamawiającemu i zatwierdzone w ramach Umowy. Zgodnie np. z SWZ 6.2.3. podpunkt 17 (strona 6) wykonawca będzie obowiązany inwentaryzacji stanu istniejącego (dokumentacja fotograficzna) ze szczególnym uwzględnieniem lokalizacji wad i usterek określonych w Kosztorysie ofertowym i przekazać ją Zamawiającemu w ciągu 30 dni (termin zmieniony odp. 15 z dnia 03.10.2022 r. — pierwotnie 10 dni) od dnia przekazania terenu budowy. Innymi słowy, na dzień złożenia oferty przedmiot zamówienia nie jest do końca znany i zostanie wyklarowany po przeprowadzeniu inwentaryzacji, tj. badań co do rodzaju i ilości wad / usterek.

Odwołujący argumentował także, że największym zakresem w przedmiotowym zamówieniu są roboty w kosztorysie ofertowym ujęte w pozycjach 1-26, zagregowanych w dziale „Balustrady Olsztyńskie”. Są to bariery segmentowe U12a zamontowane poprzez osadzenie słupków w odrębnie wykonanych fundamentach betonowych (zgodnie zresztą z pkt. 5.5. SST D.07.06.02 DW 685 — balustrada segmentowa), wykonywany in situ. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 43 udzieloną przez zamawiającego w piśmie „Pytania i odpowiedzi z dnia 03.10.2022” *„Pozycje od 1 do 26 należy wycenić jako wymianę uszkodzonych balustrad na nowe — zatwierdzone zgodnie z wymaganiami projektu. Zamawiający nie dopuszcza doraźnych napraw powierzchni malarskich elementów malowanych proszkowo. Roboty dotyczące pobocza będą rozliczane zgodnie z ceną ofertową dotyczącą poboczny”*.

Zgodnie z zacytowaną odpowiedzią, bariery mają być nowe a więc nowe muszą być także fundamenty, do wykonania z betonu klasy C25/30 (zgodnie z pkt. 2.4 SST D.07.06.02), dla którego (dla każdej partii) zapewne trzeba będzie wykonać badania czterech podstawowych parametrów: wytrzymałości, nasiąkliwości, wodoszczelności i mrozoodporności. Odwołujący uważał, że będzie ponosił koszty związane z badaniem materiałów betonowych. Okoliczność, iż zamawiający nie dostrzega wyżej wskazanych kosztów nie powoduje, że jego oferta została skalkulowana nieprawidłowo.

Koszty zagospodarowania odpadów

Co do zarzutu zamawiającego o obowiązku zagospodarowania materiałów z rozbiórki zgodnie z Ustawą o odpadach, a tym samym konieczności utylizacji tychże materiałów i niemożliwości ich dalszego wykorzystania, czy też odsprzedaży odwołujący podniósł, że stanowisko zamawiającego w brzmieniu zacytowanym powyżej przeczy odpowiedzi na pytanie nr 44 do SWZ (z dnia 03.10.2022 r.). Wskazał, że w tej odpowiedzi zamawiający oświadczył, że właścicielem materiałów z rozbiórki jest Wykonawca robót, który zgodnie z

zapisami SWZ zobowiązany jest do prawidłowej i zgodnej z obowiązującymi przepisami prawa utylizacji odpadów i materiałów z rozbiórki zgodnie z obowiązującymi przepisami. Odwołujący wskazał, że przyjął tę odpowiedź za podstawę do założenia, że materiały z rozbiórki, które będą nadawały się do użytku wykorzystają ponownie, do czego Zamawiający dał mu prawo. Zdaniem odwołującego jako przykład należy przywołać kluczowe w tym zamówieniu „balustrady olsztyńskie”. Ich usterki w większości przypadków to uszkodzenie powłoki malarskiej ale zgodnie z odpowiedzią na pytanie 43 do SWZ (z dnia 03.10.2022 r.): *„Zamawiający nie dopuszcza doraźnych napraw powierzchni malarskich elementów malowanych proszkowo. Pozycje od 1 do 26 należy wycenić jako wymianę uszkodzonych balustrad na nowe, zatwierdzone zgodnie z wymaganiami projektu.”*.

Według odwołującego byłoby wyrazem rozrzutności, niegospodarności wręcz założenie, że zdemontowanych przez siebie elementów (których jest właścicielem) nie wykorzystają ponownie. Ostatecznie bowiem będzie je mógł sprzedać po cenie złomu, tj. na dzień dzisiejszy po ok. 1000-1150 zł/t— zakładając ekstremalny scenariusz wymiany 9228 mb balustrad, materiału może być nawet ok. 200 t co daje już kwotę ok. 200.000 zł. Odwołujący wskazał, że na taką stratę nie może sobie pozwolić. Ponadto, odwołujący zapewnił, że materiały z rozbiórek, które nie będą nadawać się do ponownego użytku zostaną zagospodarowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Koszty TOR

Co do zarzutu niewykazania kosztów uzyskania zezwolenia na wykonanie robót w pasie drogowym dróg publicznych innych zarządców wraz z zabezpieczeniem i organizacją ruchu oraz utrzymania i zabezpieczenia objazdów po drogach publicznych innych zarządców dróg odwołujący podniósł, że jest profesjonalistą, ma doświadczenie przy realizacji kontraktów drogowych o podobnym charakterze do przedmiotowego zadania, jest świadom faktu, że jeśli zajdzie taka potrzeba i do zrealizowania będą roboty do wykonania, których konieczne będzie zajęcie pasa drogowego, z zabezpieczeniem i organizacją ruchu tudzież utrzymanie i zabezpieczenie objazdów, będzie musiał te koszty pokryć. Odwołujący potwierdził, że uwzględnił je w kalkulacji ceny ofertowej w kosztach pośrednich. Na marginesie odwołujący wskazywał, że zgodnie z identyfikacją robót wynikających z opisu przedmiotu zamówienia tylko niewielki ich zakres będzie wymagał wprowadzenia czasowej organizacji ruchu wymagającej zajęcia jezdni i uzyskania stosownych zezwoleń (koszty w tym zakresie nie stanowią istotnej ceny składowej jego oferty).

Koszty pozyskania polis ubezpieczeniowych

Co do zarzutu zaniżenia kosztu pozyskania polis odwołujący wskazał, że w swoich wyjaśnieniach podał informację, że: „szacunkowa stawka kształtuje się na poziomie 1,5%

wartości kontraktu z Vat w stosunku rocznym”. W dalszej części wskazał, że: „przyjęty dla wyceny oferty koszt ubezpieczeń to min. [minimum] 14.000zł netto” na dowód czego przedstawił ofertę od Kancelarii Brokerskiej ASPERGO. Ponadto wyjaśnił, że „te koszty uwzględnił w kosztach pośrednich i stanowią one część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie” a jako część narzutu nie zostały ujawnione i wskazane z kwoty w tabeli z załącznik nr 10 do wyjaśnień z dnia 17 października 2022 r.

Koszty pojazdu elektrycznego

Co do zarzutu dotyczącego niewskazania liczby pojazdów, co uniemożliwiało zbadanie czy zaoferowana liczba pojazdów elektrycznych odpowiada wymogowi zapewnienia minimum 20% udziału pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym we flocie odwołującego, odwołujący wskazał, że zamawiający w SWZ nie określił minimalnej liczby pojazdów elektrycznych, jakie mają zostać wykorzystane przy realizacji zamówienia. W świetle powyższego Odwołujący przyjął, że najem jednego pojazdu elektrycznego będzie spełniać wymogi Zamawiającego (taka liczba aut została objęta ofertą handlową MAR-AUTO). Jednocześnie jeśli zamawiający posiadał wątpliwości co do kalkulacji kosztów w tym zakresie miał możliwość zwrócenia się do niego o złożenie dodatkowych wyjaśnień.

Koszty napraw gwarancyjnych

Co do zarzutu zaniżenia kosztów przeglądów eksploatacyjnych wszystkich wykonanych urządzeń, przeglądów gwarancyjnych oraz kosztów napraw gwarancyjnych odwołujący wskazał, że do wyjaśnień załączył w formie tabeli (załącznik nr 10 do wyjaśnień z dnia 17 października 2022 r.), w której wskazuje iż koszty przeglądów eksploatacyjnych, gwarancyjnych oraz napraw gwarancyjnych uwzględnił w dwóch pozycjach:

- a) pozycja 12. przeglądy eksploatacyjne i gwarancyjne w kwocie 12.000 zł netto;
- b) pozycja 14. naprawy gwarancyjne w kwocie 14.383,22 zł netto;

zatem łącznie przewidział na powyższy cel 26.383,22zł netto [=12.000 + 14.383,22], a nie 15.036,94 zł netto jak wskazuje mylnie zamawiający.

Brak kosztów po stronie Odwołującego

Odwołujący wskazał, że żaden przepis ustawy Pzp nie nakłada obowiązku, aby wykonawca już w momencie złożenia oferty w postępowaniu posiadał zakontraktowanych podwykonawców czy dostawców. Celem wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny jest weryfikacja czy, i jakie, koszty zostały przez Wykonawcę wkalkulowane w cenę oferty. Przedstawione do wyjaśnień z dnia 17 października 2022 r.

umowy podwykonawcze zostały przedstawione — w zależności od wyjaśnianego elementu kalkulacji ceny oferty — w celu:

- (i) wykazania poziomu kosztów realizacji poszczególnych elementów zamówienia (dane historyczne) oraz
- (ii) potwierdzenia, że część usterek / wad będzie mogła zostać zlecona do naprawy w ramach udzielonej przez danego podwykonawcę gwarancji jakości lub rękojmi za wady. Z tytułu naprawy usterek / wad podwykonawcy nie będą otrzymywali dodatkowego wynagrodzenia, gdyż sposób konstrukcji umów podwykonawczych zawieranych przez Konsorcjum przewidywał model wynagrodzenia, w którym udzielona gwarancja jakości / rękojmia była wliczana w wynagrodzenie globalne podwykonawcy (które zostało już im zapłacone w związku z Zamówieniem DW nr 685). Zatem uważał, że nie będzie ponosił kosztów z tytułu realizacji zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny wraz z dowodami, wyjaśnienia odwołującego co do ceny ofertowej odwołującego wraz z dowodami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 8 ust. 1 Pzp stanowi, że *Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 i 2320), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.*

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;*

- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 224 ustawy Pzp:

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

2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od:

1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia;

2) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, zaktualizowanej z uwzględnieniem okoliczności, które nastąpiły po wszczęciu postępowania, w szczególności istotnej zmiany cen rynkowych, zamawiający może zwrócić się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1.

3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności:

1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;

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

3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;

4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;

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

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

7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

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

4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

3) jest niezgodna z przepisami ustawy;

4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

7) została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Stosownie do art. 58 Kodeksu Cywilnego:

§ 1. Czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek, w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzi odpowiednie przepisy ustawy.

§ 2. Nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego

Stosownie do art. 83 § 1 Kodeksu Cywilnego, Nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia są roboty polegające na usunięciu wad i usterek stwierdzonych na etapie odbioru dla zadania „Budowa i rozbudowa DW 685 na odcinku Zabłudów Nowosady - odcinek II od km 8+462 do km 32+614”.

Ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęły następujące oferty:

- 1) BUDREX sp. z o.o., Białystok z ceną brutto 9.660.783,44 zł,
- 2) STRABAG sp. z o.o., Pruszków z ceną brutto 21.665.323,70 zł,
- 3) odwołującego z ceną brutto 3.699.086,40 zł.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę: 6.254.939,80 zł brutto. (por. informacja o kwocie przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że odwołujący w formularzu ofertowym złożył następujące oświadczenia:

3. Oświadczamy, że roboty stanowiące przedmiot zamówienia wykonamy w terminie określonym w Specyfikacji warunków zamówienia.

4. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją warunków zamówienia, nie wnosimy do niej zastrzeżeń i uznajemy się za związanych określonymi w SWZ postanowieniami i zasadami postępowania.

5. Oświadczamy, że zawarty w Specyfikacji warunków zamówienia wzór umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku przyznania nam zamówienia, do zawarcia umowy na wymienionych warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

6. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze wszystkimi warunkami zamówienia i akceptujemy je.

(por. oferta odwołującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Ustalono kolejno, że zamawiający pismem z 12 października 2022 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie zaoferowanej ceny, *poprzez wskazanie czynników składowych, które wpłynęły na dokonaną kalkulację ceny.*

Zaoferowana przez Państwa cena na poziomie 3 699 086,40 zł, która jest niższa o co najmniej 30% od:

- *wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania przez Zamawiającego na poziomie 6 254 939,80 zł brutto,*

- *średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ww. ustawy, na poziomie 11 675 064,51 zł brutto.*

Zamawiający w wezwaniu wskazał także, że wzywa odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wszystkich elementów, które miały wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, tak aby w sposób obiektywny potwierdzały możliwość wykonania zamówienia. Należy określić kwotowo wpływ wykazanych składowych na zaoferowaną cenę. Zamawiający prosi o wyczerpującą i szczegółową informację na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę oferty, we wszystkich kwestiach wskazanych w SWZ, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe i finansowe, związane z tym niezbędne do poniesienia koszty 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 o minimalnym wynagrodzeniu za pracę oraz zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 4) i 6) ww. ustawy. Należy także wykazać zakładany poziom zysku. Zamawiający oczekuje również przedstawienia stosownych dowodów na potwierdzenie swoich wyjaśnień.

Zamawiający wskazał w wezwaniu, że wyjaśnienia należy mu złożyć do dnia 17.10.2022 r. do godz. 8:00 za pośrednictwem Platformy Przetargowej.

(por. ww. wezwanie, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z 17 października 2022 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje:

I. Uwagi wprowadzające

W pierwszej kolejności Wykonawca informuje, że oferta złożona w niniejszym postępowaniu jest zgodna ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ), a zwłaszcza z Opisem Przedmiotu Zamówienia (dalej: OPZ), w tym także Specyfikacjami Technicznymi. Zaoferowana cena uwzględnia aktualne warunki rynkowe wykonywania inwestycji drogowych. Brak jest podstaw do uznania, że oferta Wykonawcy nosi znamiona ceny rażąco niskiej. Kalkulacja ceny oferty została przeprowadzona w sposób prawidłowy, a Wykonawca jest w stanie za zaoferowaną kwotę zrealizować należycie zamówienie oraz wygenerować zysk na rynkowym poziomie.

Pragniemy podkreślić, iż sama dysproporcja cenowa pomiędzy wykonawcami w zakresie złożonych ofert przetargowych nie jest wystarczającą podstawą do założenia, że oferta o najniższej wartości złożona przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską. Wręcz przeciwnie – zbiorcze zestawienie ofert oraz informacja o środkach przeznaczonych przez Zamawiającego na realizację zamówienia wykazuje, że brak jest miarodajnego źródła,

które pozwalałyby na ustalenie właściwej wartości, od której należałoby rozpocząć ocenę czy oferta Wykonawcy jest ceną rażąco niską. W świetle niemożliwości określenia właściwych danych poglądowych w ocenie Wykonawcy Zamawiający dokonując oceny oferty Wykonawcy pod kątem przesłanek określonych w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie powinien opierać się na wartościach ofert innych wykonawców oraz ustalonym przez siebie budżecie na sfinansowanie inwestycji. Zamawiający powinien brać pod uwagę opisane w niniejszych wyjaśnieniach okoliczności oraz tło realizacji zamówienia oraz wcześniejsze zaangażowanie Wykonawcy w przedmiotowe przedsięwzięcie.

II. Okoliczności pozwalające na zoptymalizowanie kosztów wykonania zamówienia

Oferent kalkulując ofertę wziął pod uwagę istotny fakt – który zdaje się pomijać Zamawiający - że Rubau Polska sp. z o.o. (wraz ze spółką z grupy Construcciones Rubau S.A.) była Generalnym Wykonawcą zadania: „Budowa i rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 685 wraz z drogowymi obiektami inżynierskimi i niezbędną infrastrukturą techniczną na odcinku Zabłudów-Nowosady wraz z obejściem m. Trześcianka i m. Narew – odcinek II od km 8+465 do km 32+614” (dalej: Zamówienie DW nr 685) oraz że roboty wykonane w ramach przywoływanego zadania są objęte jego zakresem przedmiotowym, w tym obowiązkami z zakresu gwarancji i rękojmi w związku z odbiorem końcowym w dniu 26 sierpnia 2022 r. Przedmiot niniejszego zamówienia jest ściśle związany z Zamówieniem DW nr 685.

Powyższa okoliczność stanowi istotny - dla prawidłowej oceny stanu faktycznego - element, który determinuje możliwość osiągnięcia przez Wykonawcę przewagi konkurencyjnej (cenowej) względem pozostałych podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Powyższe pozwoliło bowiem Wykonawcy na:

1) Zmniejszenie wysokości ryzyka kontraktowego

Słowem wstępu wskazać należy, że każdy z podmiotów biorących udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w swojej wycenie / kosztorysie zakłada pewną rezerwę z tytułu nieplanowanych / niemożliwych do oszacowania na etapie składania oferty kosztów. Wartość tej pozycji jest uzależniona od formuły realizacji inwestycji, stopnia szczegółowości opisu przedmiotu zamówienia, jak również warunków wykonania zamówienia. W przypadku zamówień podobnych do niniejszego, tj. polegających na "dokończeniu" realizacji pewnego zakresu zamówienia, który był uprzednio realizowany przez inny podmiot, dochodzą dodatkowe ryzyka związane z niepewnością co do jakości i sposobu wykonania prac. Ryzyka te zostały skalkulowane przez konkurentów Wykonawcy na relatywnie wysokim poziomie i w ocenie Wykonawcy to one stanowią główną część składową cen pozostałych dwóch oferentów.

Wykonawca, jako podmiot który wykonywał Zamówienie DW nr 685, posiada szerszą niż inni uczestnicy przetargu wiedzę co do (i) zakresu prac, jakie zostały zrealizowane w ramach Zamówienia DW nr 685, (ii) sposobu ich wykonania, (iii) zakresu prac określanych przez Zamawiającego jako usterki do usunięcia w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia, (iv) prac, które mają zostać wykonane w ramach zamówienia będącego przedmiotem przetargu, a które nie były objęte zakresem Zamówienia DW nr 685. Wiedza ta pozwoliła tak wycenić prace do wykonania, aby z jednej strony zaoferować Zamawiającemu korzystną cenę, z drugiej zaś zapewnić, że zakres zamówienia zostanie zrealizowany w pełnym wymiarze. Wykonawca, w przeciwieństwie do jego konkurentów, nie był ograniczony zakresem nieprzewidywalnych i nie oszacowanych ryzyk. Wycena Wykonawcy obejmuje zatem realne koszty wykonania zamówienia, które opierają się na konkretnych danych, a nie założeniach kalkulacyjnych opartych o wachlarz hipotetycznych ryzyk kontraktowych. W niniejszej sprawie nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Zamawiający w OPZ w sposób ogólny opisał zakres prac, które zostaną powierzone do wykonania wybranemu wykonawcy. Wykonawca Rubau posiada szczegółową wiedzę, której nie posiadają pozostali oferenci, o zakresie i charakterze tych prac.

Wykonawca wskazuje, że powyższa wiedza pozwoliła mu na zoptymalizowanie rezerwy z tytułu nieplanowanych wydatków co najmniej o ok. 250.000 zł netto.

2) Możliwość zlecenia części prac dotychczasowym podwykonawcom

Kalkulując wartość oferty Wykonawca brał pod uwagę, że zasadniczo przedmiotem zamówienia jest usuwanie wskazywanych przez Zamawiającego usterek prac, które jako Lider Konsorcjum wykonywał w ramach Zamówienia DW nr 685 za pomocą podwykonawców (zaakceptowanych przez Zamawiającego). Umowy z podwykonawcami nadal obowiązują, a podwykonawcy na ich mocy są zobowiązani do usuwania usterek wykonanych przez siebie prac w ramach udzielonych gwarancji / rękojmi. Istotną część prac objętych przedmiotem zamówienia pokrywa się z zakresem prac objętych udzielonymi gwarancjami / rękojmią.

Powyższe powoduje, że Wykonawca może potencjalnie zrealizować istotną część prac siłami podwykonawców, którzy już wcześniej otrzymali od niego wynagrodzenie na ten cel - a zatem bez ponoszenia dodatkowych kosztów. Jest to unikatowa okoliczność wyróżniająca Wykonawcę na tle innych oferentów i pozwalająca zaoferować mu szczególnie atrakcyjną cenę.

Dodatkowo dotychczasowi podwykonawcy posiadają wiedzę na temat specyfiki zamówienia oraz aktualnego stanu realizacji prac, co pozwala im zoptymalizować koszty wykonania zamówienia.

Wykonawca zatem nie będzie musiał nawiązywać stosunków handlowych z nowymi podmiotami (nowymi podwykonawcami) – do realizacji inwestycji zostaną zaangażowani jego dotychczasowi kontrahenci. Zasady współpracy oraz wynegocjowane uprzednio stawki wynagrodzenia będą kontynuowane (pozostają aktualne) na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Z uwagi na dynamikę zmian środowiska gospodarczego oraz wzrostu stawek rynkowych powyższa okoliczność stanowi dodatkowy czynnik, który pozwala na obniżenie kosztów wykonania zamówienia.

Dowód: [1] Oferta P.H.U.B. P. P. z dnia 4.10.2022 r.

Wykonawca przyjął w założeniach kalkulacyjnych, że powyższa okoliczność będzie generować osiągnięcie oszczędności na poziomie ok. 500.000 zł netto.

3) Brak konieczności mobilizacji zaplecza dla realizacji zamówienia

Dalej, Wykonawca wskazuje, że fakt wykonania przez niego jako lidera konsorcjum Wykonawcy Zamówienia DW nr 685, powoduje, że Wykonawca nie będzie ponosił kosztów związanych z mobilizacją zaplecza kadrowego, sprzętowego oraz biurowego.

To założenie także pozwoliło na obniżenie kalkulowanych kosztów na poziomie ok. 230.000zł netto.

III. Kalkulacja kosztów wykonania zamówienia

Cena oferty Wykonawcy obejmuje pełny zakres robót określony w SWZ, w opisie przedmiotu zamówienia i uwzględnia wszystkie koszty i ryzyka związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz uwzględnia:

1. w kosztach bezpośrednich

- a) dla zakresu stanowiącego największy udział w kosztach – t.j.: wymiana balustrad olsztyńskich (zgodnie z odp. 43 wyjaśnień z dnia 3.10.2022 r.):
 - koszty dostawy elementów na podstawie oferty firmy Giera;
 - koszty montażu na podstawie umowy z firmą AZ Ogródzenia;
 - koszty prac rozbiórkowych realizowane siłami własnymi;
 - uzysk z odsprzedaży elementów rozbiórkowych tudzież np. ponownego wykorzystania gruzu po jego przekruszeniu.

Koszt wykonania zamówienia w tym zakresie Wykonawca oszacował na poziomie 1.824.467,88 zł netto.

Dowód: [2] Oferta Giera (balustrady dostawa)

2. w kosztach bezpośrednich - fakt dysponowania przez Oferenta materiałami do realizacji przedmiotowego zadania – są to materiały zgłoszone i zatwierdzone do stosowania przez Zamawiającego, pozostające w rezerwie z kontraktu zasadniczego i przeznaczone do wykorzystania w ramach napraw gwarancyjnych, np.:

- a) materiał nasypowy na odtworzenie skarp 0-16;

- b) materiał na odtworzenie poboczy 0-31,5;*
- c) piasek 0-2 na spoinowanie/ zamulanie kostki brukowej;*
- d) materiały do wykonania robót brukarskich – kostka, obrzeża, krawężniki, oporniki, ścieki;*
- e) humus do uzupełnienia w miejscach gdzie brakuje;*
- f) oznakowanie dla wprowadzenia TOR;*

Dostępne materiały pozwoliły na oszczędność w kwocie ok. 50.000 zł netto.

3. w kosztach ogólnych:

a) możliwość wykorzystania istniejącego zaplecza, tj:

- placu składowego ogrodzonego monitorowanego udostępnionego bezpłatnie do końca 2022r., a od 01-01-2023r. udostępnionego za 1000 zł netto/m-c,*
 - biura – miesięczny koszt najmu 2000 zł/netto,*
- Dowód: [3] przykładowe oferty najmu pow. biurowych w Białymstoku (55km od m. Narew)*

b) zatrudnienie:

- oddelegowanie pracowników nadzoru w liczbie min. 2 osób – zatrudnionych na podstawie umowy o pracę; założono, że oprócz Kierownika Budowy pozostałe osoby z nadzoru będą pełniły funkcje także na innych zadaniach stąd koszty ich zatrudnienia rozkładają się na kilka zadań, co pozwoliło na zoptymalizowanie wysokości kosztów ogólnych wykonania inwestycji w tym zakresie.*
- pracowników fizycznych w liczbie 3-5 osób (w miarę potrzeby) obecnie udostępnionych na podstawie umowy o świadczenie usług przez Podwykonawcę TOBAS, ze stawką 45zł brutto/r-g– kalkulując cenę ofertową przyjęliśmy przekonwertowanie dotychczasowej umowy na umowy o pracę (zgodnie z wymogiem IdW 6.5 ust. 1) dla każdego pracownika oddzielnie ze stawką godzinową wyższą aniżeli minimalna wymagana przepisami prawa.*

Dowód: [4] umowa 222_DW685_02_2022_TOBAS

Na poczet zatrudnienia pracowników nadzoru oraz pracowników fizycznych na przedmiotowym zadaniu Wykonawca zabezpieczył kwotę ok. 419.200zł netto, kwota ta uwzględnia wszelkie składki i podatki wymagane w przepisach prawa.

Koszty zatrudnienia ujęto w kosztach pośrednich Wykonawcy i stanowią one część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie.

Przyjęta wysokość wynagrodzenia jest zgodna z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu o pracę, (...)

4. pełną obsługę geodezyjną w tym:

- a) wykonanie przed przystąpieniem do realizacji zadania przekrojów poprzecznych wykonywanych co 25 m wraz z porównaniem ich z rzędnymi określonymi w dokumentacji Projektowej;
- b) inwentaryzację robót ulegających zakryciu;
- c) koszt zabezpieczenia i/lub;
- d) inwentaryzację powykonawczą.

Wykonawca zamierza powierzyć wykonanie zamówienia w powyższym zakresie Podwykonawcy zatwierdzonemu przez Zamawiającego w ramach Zamówienia DW nr 685. Podmiot ten wykonał już inwentaryzację powykonawczą przyjętą przez Zamawiającego, zgłoszoną do Ośrodka Dokumentacji Geodezyjnej i Kartograficznej.

Koszty wykonania zamówienia w powyższym zakresie szacuje się na poziomie:

- 40 000 zł netto oraz
- Koszt utrzymania zespołu geodezyjnego na poziomie 20 000 zł netto
- jeden dzień pracy zespołu to koszt 1 200 zł netto (10 h/dzień, co daje stawkę godzinową na poziomie 120 zł netto).

Dowód: [5] mail z dnia 6.10.2022 r. oraz [6] oferta POLSERVICE z dnia 14.10.2022 r. potwierdzająca warunki przedstawione w wiadomości mailowej.

Obsługę geodezyjną ujęto w kosztach pośrednich Wykonawcy i stanowią one część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie.

5. badania zgodnie z SST oraz obowiązującymi przepisami;

W kalkulacji ceny ofertowej, na potrzeby wykonania badań założył kwotę ok. 40.000 zł. Wykonawca te koszty uwzględnił w części ogólnej i stanowią one część narzutu dodanego do każdej ceny jednostkowej w kosztorysie.

Dowód: [7] oferta LAB-TECH

6. organizację ruchu na czas robót obejmująca opracowanie i zatwierdzenie czasowej organizacji ruchu, ustawienie, utrzymanie i demontaż oznakowania.

Rubau jest w posiadaniu projektu TOR. Koszt aktualizacji projektu oraz wdrożenia, utrzymania TOR został uwzględniony w kosztach ogólnych w cenie oferty. Elementy TOR są w posiadaniu Wykonawcy.

Koszty aktualizacji projektu organizacji ruchu szacuje się na poziomie 5.000 zł netto.

7. prace rozbiórkowe – w odpowiedziach z 3.10.2022 r. Zamawiający wyjaśnił, że materiały z rozbiórek stają się własnością Wykonawcy.

Oferent uwzględnił ten fakt w kalkulacji zakładając wykonanie prac rozbiórkowych siłami własnymi a także m.in. uzysk z odsprzedaży materiałów z rozbiórki (np. elementów stalowych demontowanych balustrad olsztyńskich), uzysk z przekazania gruzu betonowego do wbudowania jako warstwa podbudowy pod posadzkę i/lub ewentualnie do przekruszenia z przeznaczeniem do ponownego wykorzystania.

Koszty wykonania zamówienia w powyższym zakresie szacuje się na poziomie ok. 360.000 zł netto.

8. uzyskanie zezwolenia na wykonanie robót w pasie drogowym dróg publicznych innych zarządców wraz z zabezpieczeniem i organizacją ruchu oraz utrzymanie i zabezpieczenie objazdów po drogach publicznych innych zarządców dróg

Koszty ewentualnych zezwoleń na roboty w pasie drogowym, koszty utrzymania i zabezpieczenia objazdów zostały ujęte w kosztach pośrednich i stanowią część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie.

9. dokonanie niezbędnych napraw własności osób trzecich (np. terenu, dojazdów, nieruchomości, ogrodzeń, rzeczy)

Wykonawca przewidział rezerwę wykonania ewentualnych napraw na poziomie ok. 20.000 zł. W przypadku braku potrzeby ich wykonania zakładana rezerwa będzie stanowiła bezpośredni dodatkowy zysk Wykonawcy.

10. koszt ubezpieczeń tj. ubezpieczenia polisą CAR, pozyskania ZNW, utrzymania ZNW w okresie realizacji oraz koszty ZNW w okresie rękojmi

Wykonawca informuje, iż posiada ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej, a w przypadku zawarcia umowy na realizację zadania, zostanie zawarta umowa ubezpieczenia wszystkich ryzyk budowlano-montażowych CAR/EAR.

Do kalkulacji ceny ofertowej Wykonawca założył koszt ubezpieczeń i gwarancji i rękojmi.

Szacunkowa stawka kształtuje się na poziomie 1,5% wartości kontraktu z Vat w stosunku rocznym.

Wykonawca koszty te koszty uwzględnił w kosztach pośrednich i stanowią one część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie.

Przyjęty dla wyceny oferty koszt ubezpieczeń to min. 14 000 zł netto.

Dowód: [8] oferta Aspergo Sp. z o.o. z dnia 4.10.2022 r.

11. koszty ewentualnej poprawy wykonanego elementu lub wymiany materiału o niewłaściwej jakości, usunięcia niezgodności z SST lub DT.

Koszty te zostały wkalkulowane w rezerwie na nieplanowane / dodatkowe wydatki.

Przyjęta wartość to ok. 10.000 zł netto.

12. Koszty wywiązania się ze zobowiązania do dysponowania we flocie pojazdów samochodów użytkowanych przy realizacji tego zadania odpowiednim udziałem pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym. Zgodnie z przepisami ustawy z 11.01.2018 o elektromobilności i paliwach alternatywnych - od 01.01.2023r. w wymiarze co najmniej 20%.

Wykonawca planuje wynajmować auta o napędzie elektrycznym. Zgodnie z ofertą od Mar-Auto roczny koszt wynajmu jednego takiego auta to 24.000zł netto. Zakładany udział

pojazdów elektrycznych we flocie Wykonawca przyjął w wymiarze minimalnym tj. 20%. Wskazać należy, że koszty wynajmu aut elektrycznych wchodzi w koszty ogólne firmy a w związku z tym Wykonawca do kosztów ogólnych dla tego kontraktu doliczył koszty najmu w kwocie 5.000zł netto

Dowód: [9] Oferta Mar-Auto

13. koszty przeglądów eksploatacyjnych wszystkich wykonanych urządzeń, przeglądów gwarancyjnych oraz Koszty napraw gwarancyjnych.

Wykonawca przyjął je na poziomie 0,5% i uwzględnił w Kosztach ogólnych. Stanowią one część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie.

Wykonawca wyjaśnia, iż jako spółka prawa polskiego będzie posiadał w dyspozycji zasoby sprzętowe i zasoby ludzkie w okresie gwarancji i rękojmi (w czasie określonym w SWZ) dla przeprowadzenia napraw.

14. Ryzyka

Wykonawca przyjął je na poziomie 1%. Stanowią one część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie.

15. Zysk

Wykonawca zakłada osiągnięcie zysku na poziomie 3% ceny ofertowej.

Dodatkowo Wykonawca wskazuje, że:

1. Oszczędności sposobu wykonania zamówienia zostały opisane w pkt II niniejszych wyjaśnień;
2. Będzie wykonywał zamówienie w standardowych warunkach rynkowych, co wskazano w wyjaśnieniach;
3. Na dzień złożenia oferty oraz złożenia niniejszych wyjaśnień nie zamierza wspomagać się pomocą publiczną;
4. Zakup materiałów na przedmiotowe zamówienie będzie dokonywany na rynku krajowym, na podstawie uzyskanych ofert;
5. Koszt wynagrodzenia osób, którymi będzie się posługiwał przy realizacji zamówienia mieści się w średnim wynagrodzeniu przewidzianym dla danego stanowiska w danym regionie i jest wyższy od najniższego wymaganego wynagrodzenia. Wykonawca uwzględnił wszystkie koszty zatrudnienia osób na umowę o pracę. Pracownicy fizyczni zostaną zatrudnieni w ramach bieżącego zapotrzebowania w trakcie realizacji zamówienia.
6. Jakikolwiek wyjaśnienia złożone w niniejszym piśmie nie powinny być traktowane jako przyznanie wadliwości lub niekompletności prac wykonanych w ramach Zamówienia DW nr 685. Okoliczności te mają charakter sporny, zaś ich rozstrzygnięcie może nastąpić w odrębnym postępowaniu.

IV. Podsumowanie

Wykonawca wyraża nadzieję, że przedstawione wyjaśnienia oraz dołączone dowody potwierdzają w sposób dostateczny, że zaoferowana przez Wykonawcę cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej i czynią zadość oczekiwaniom Zamawiającego wyartykułowanym w treści skierowanego do Wykonawcy wezwania.

Wykonawca wkalkulował w cenę oferty wszystkie wydatki stanowiące koszty wykonania zamówienia. Zaoferowana przez Wykonawcę cena pozwala na należyte wykonanie zamówienia oraz osiągnięcie zysku na poziomie 3% ceny oferty.

Do swych wyjaśnień odwołujący dołączył następujące załączniki:

- 1) oferta P.H.U.B. P. P. z dnia 4.10.2022 r.;
- 2) oferta GIERA 5.10.2022;
- 3) przykładowe oferty najmu pow. komercyjnych w m. Białystok;
- 4) umowa o świadczenie usług 222/DW685/02/2022/TOBAS;
- 5) POLSERVICE mail z 6.10.2022;
- 6) POLSERVICE oferta 14.10.2022;
- 7) oferta LAB-TECH;
- 8) oferta Aspergo Sp. z o.o. z dnia 4.10.2022 r.;
- 9) oferta Mar-Auto;
- 10) analiza kosztów do wyjaśnień.

Następnie ustalono, że pismem z 21 października 2022 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty wykonawcy BUDREX sp. z o.o., Białystok jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie:

- 1) *art. 226 ust. 1 pkt. 3) w związku z art. 218 ust. 2 i art. 275 Pzp, ponieważ oferta jest niezgodna z przepisami ustawy,*
- 2) *art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 8 Pzp oraz w zw. z art. 83 i 58 k.c., ponieważ oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów,*
- 3) *art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp, ponieważ oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,*
- 4) *art. 226 ust. 1 pkt. 8) ustawy Pzp, w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną, podlega oferta wykonawcy, jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.*

W uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia zamawiający wskazał, co następuje:

- **Niezgodność z przepisami ustawy** — na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 Pzp jako oferta niezgodna z przepisami ustawy, tj. z art. 218 ust. 2 i art. 275 Pzp,
- **Pozorność** - na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 8 PZP oraz w zw. z art. 83 i 58 k.c., jako oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zgodnie z art. 218 ust. 2 p.z.p. treść oferty ma być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia, w tym musi odpowiadać przedmiotowi zamówienia. W niniejszym przypadku przedmiotem zamówienia jest wykonanie Robót polegających na usunięciu wad i usterek stwierdzonych na etapie odbioru dla zadania „Budowa i rozbudowa DW 685 na odcinku Zabłudów - Nowosady — odcinek II od km 8+462 do 32+614”. Zauważyć w tym miejscu należy, że Wykonawca Rubau Polska Sp. z o.o. (dalej: Wykonawca) w toku niniejszego postępowania składał sprzeczne oświadczenia woli co do zakresu przedmiotu postępowania i przedmiotu zamówienia.

Z jednej strony Wykonawca wskazuje, że przedmiot umowy będzie wykonywał w ramach gwarancji i rękojmi Zamówienia DW nr 685, a z drugiej, w końcowym fragmencie swoich wyjaśnień z dnia 17 października 2022 roku, wskazuje, iż „Jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone w niniejszym piśmie nie powinny być traktowane jako przyznanie wadliwości lub niekompletności prac wykonanych w ramach Zamówienia DW nr 685. Okoliczności te mają charakter sporny, zaś ich rozstrzygnięcie może nastąpić w odrębnym postępowaniu.” Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Wykonawca wielokrotnie wzywany przez Zamawiającego do usunięcia ujawnionych wad i usterek, stał na stanowisku, że są to żądania nieuzasadnione i pozbawione podstaw, a aktualnie powołuje się na rzekomo szerszą wiedzę dającą przewagę nad innymi oferentami, jednocześnie twierdząc, że wykonane przez niego roboty w ramach Zamówienia DW nr 685 są pozbawione jakichkolwiek wad i usterek, a zarazem twierdząc, iż prace wykona w ramach gwarancji i rękojmi Zamówienia DW nr 685, co jest wewnątrznie sprzeczne.

Tym samym, jest to stanowisko całkowicie sprzeczne z oświadczeniem Wykonawcy złożonym na początku w/w pisma, w którym Wykonawca informuje, iż oferta złożona jest zgodna z SWZ i OPZ. Ponadto, skoro Wykonawca stwierdza, że nie przyznaje wadliwości lub niekompletności prac wykonywanych w ramach Zamówienia DW nr 685, to jest to również sprzeczne z twierdzeniami Wykonawcy, iż przedmiot niniejszego zamówienia wykona w ramach gwarancji i rękojmi Zamówienia DW nr 685. Skoro Wykonawca sam nie potwierdza istnienia jakichkolwiek wad i usterek w wykonaniu Zamówienia DW nr 685, to w jaki sposób chce usuwać usterki w ramach rękojmi i gwarancji. Powyższe potwierdza fakt, iż treść oferty Wykonawcy złożona w niniejszym postępowaniu nie jest zgodna z wymaganiami

Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia, a tym samym, że doszło do naruszenia art. 218 ust. 2 p.z.p.

W konsekwencji, oferta Wykonawcy złożona w niniejszym postępowaniu nie stanowi realnej i rzeczowej odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu z dnia 2022-09-20, którego przedmiotem jest wykonanie w/w zadania i którego zakres został realnie/faktycznie określony w opisie przedmiotu niniejszego zamówienia.

Niemniej jednak, skoro aktualnie Zamawiający ogłosił nowe postępowanie, a tym samym jest to nowe zadanie, a Wykonawca stwierdza, że jednak sprowadza się to do usunięcia wad i usterek Zamówienia DW nr 685, co wielokrotnie podkreśla, potwierdzając zarazem, że tych wad i usterek nie ma, co jest wewnętrznie sprzeczne, to po raz kolejny takim postępowaniem, Wykonawca potwierdza, że złożona przez Wykonawcę oferta jest sprzeczna z ustawą, bowiem de facto Wykonawca kwestionuje przedmiot i zakres zamówienia, co stanowi o naruszeniu art. 218 ust. 2 p.z.p.

Ponadto takie działanie Wykonawcy, na podstawie art. 8 p.z.p. w zw. z art. 83 k.c. można potraktować jako działanie pozorne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i zmierzające do obejścia prawa, co w konsekwencji na podstawie art. 8 p.z.p. w zw. z art. 58 k.c., skutkuje nieważnością takiego oświadczenia woli jako złożonego jedynie dla pozoru i sprzecznego z zasadami współżycia społecznego, a zarazem zmierzającego do obejścia prawa, co w konsekwencji wypełnia kolejną przesłankę uzasadniającą odrzucenie oferty Wykonawcy, tj. przesłankę z art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

Jak już wskazywano powyżej, Zamawiający zobligowany jest na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, do odrzucenia oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów. Mając na względzie fakt, że Wykonawca, tj. Rubau Polska Sp. z o.o. nie wykonał robót podstawowych w ramach Zamówienia DW nr 685 należycie, co skutkowało koniecznością zlecenia wykonania zastępczego i ogłoszenia niniejszego postępowania, stwierdzić należy, że Wykonawca ofertę w niniejszym postępowaniu złożył jedynie dla pozoru. Zauważyć bowiem należy, że po przedłożeniu oferty przez Wykonawcę, Wykonawca pismem z dnia 04 października 2022 roku, skierowanym do Zamawiającego wskazał, iż celem obrony swoich praw weźmie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zastępcze, oświadczając jednocześnie, iż udział w postępowaniu nie oznacza uznania rzekomych usterek, bowiem Wykonawca podtrzymuje dotychczasowe stanowisko, tj., że wykonał Przedmiot Umowy w sposób prawidłowy, a w szczególności, że wszelkie usterki zostały przez niego usunięte, tym samym uznając, że przedmiot niniejszego postępowania

faktycznie nie istnieje. Stanowisko to, Wykonawca podtrzymał w piśmie z dnia 17.10.2022r. dotyczącym wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Opisane powyżej działanie Wykonawcy i złożone przez niego oświadczenia, niewątpliwie przesądzają o przedłożeniu oferty jedynie dla pozorów, co uzasadnia dokonanie odrzucenia oferty Wykonawcy. Takie działanie na podstawie art. 8 p.z.p. w zw. z art. 83 k.c. należy potraktować jako działanie pozorne i sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i zmierzające do obejścia prawa, co w konsekwencji na podstawie art. 8 p.z.p. w zw. z art. 58 k.c., skutkuje nieważnością takiego oświadczenia woli jako złożonego jedynie dla pozorów i sprzecznego z zasadami współżycia społecznego, a zarazem zmierzającego do obejścia prawa, co w konsekwencji wypełnia kolejną przesłankę uzasadniającą odrzucenie Wykonawcy, tj. przesłankę z art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.

O złożeniu oferty dla pozorów świadczy również fakt, iż Wykonawca w treści oferty zawarł informację, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, których nazwy na tym etapie postępowania (etapie złożenia oferty) nie są mu znane, natomiast w piśmie wyjaśniającym wyliczenie ceny ofertowej z dnia 17 października 2022 roku na potwierdzenie kalkulacji ceny przedłożył umowy z podwykonawcami i oferty podwykonawców uzasadniając, że na podstawie właśnie tych umów dokonał kalkulacji ceny, a czynność ta (kalkulacja ceny) musiała przecież nastąpić jeszcze przed złożeniem oferty. Niezrozumiałe więc, wydaje się oświadczenie Wykonawcy z jednej strony deklarującego nieznaną potencjalnych podwykonawców na etapie ofertowania, a z drugiej strony wykazujące jednak konkretnych podwykonawców w kontekście wyjaśniania rażąco niskiej ceny. Skoro Wykonawca kalkulując ofertę i cenę w niej zawartą, jak aktualnie twierdzi, uwzględnił opisane powyżej umowy podwykonawcze i oferty podwykonawców, to pojawia się pytanie, dlaczego nie wskazał przedmiotowych podwykonawców w swojej ofercie, skoro właśnie na podstawie założenia korzystania z podwykonawców kalkulował cenę ofertową. Ponadto zauważyć należy, że Wykonawca, z niewiadomych względów powołuje się na umowy z podwykonawcami z poprzedniego zadania, tj. Zamówienia DW nr 685, które zostało zakończone w dniu 26.08.2022 r., a tym samym na umowy podwykonawcze, które wygasły, z uwagi na zrealizowanie zamówienia, a niejednokrotnie z uwagi na fakt, iż miały charakter terminowy, będąc ograniczone konkretną datą.

Odnosząc się konkretnie do dokumentów przedłożonych przez Wykonawcę przy piśmie z dnia 17 października 2022 roku, będącym wyjaśnieniami odnośnie zaproponowanej przez Wykonawcę ceny, to wskazać należy, że oferta P.H.U.B. P. P. z dnia 4.10.2022 r. jest tak ogólna, iż trudno z niej wyczytać czego dotyczy i na jaką wartość opiewa. Jest to raczej

oświadczenie wskazanego podmiotu o możliwości kontynuacji współpracy, a nie oświadczenie o gotowości do wykonania robót w ramach przywołanej wcześniej przez Wykonawcę gwarancji/rękojmi. Dodatkowo w oświadczeniu P.H.U.B. P. P. z dnia 4.10.2022 r. znajduje się oświadczenie, że w/w podmiot jest w stanie wykonać prace w ramach przyznanego budżetu. Jednakże nie jest wiadomym o jakim budżecie i czyim budżecie, jest w tej sytuacji mowa.

- **Nieuczciwa konkurencja** — na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7) ustawy Pzp, ponieważ oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

Oferta podlega odrzuceniu również na podstawie art. 266 ust. 1 pkt 7 p.z.p., zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, z czym niewątpliwie mieliśmy do czynienia w niniejszej sytuacji, biorąc pod uwagę różnice w wartościach oferty przedłożonych przez wymienionych trzech oferentów.

- **Rażąco niska cena** — na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wykonawca pomimo wezwania Zamawiającego w trybie art. 224 ust. 1 w/w ustawy, w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w złożonych dnia 17.10.2022r. wyjaśnieniach nie wykazał, iż zaoferowana cena faktycznie nie jest rażąco niska, a tym samym nie potwierdził w sposób obiektywny możliwości i gwarancji wykonania zamówienia.

Z przeprowadzonej przez Zamawiającego weryfikacji złożonych przez Wykonawcę dowodów wynika, iż nie stanowią one potwierdzenia stanowiska Wykonawcy w odniesieniu do wykazanych cen składowych oferty. Tym bardziej, że w niniejszym przypadku, ze względu na charakter zamówienia dowody są niezbędne, ponieważ mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, którego znaczna część musi być realizowana w oparciu o świadczenia i zakupy pozyskane od innych podmiotów.

Kluczową część zamówienia (materiałową w konsekwencji generującą największy koszt zadania) stanowi konieczność dokonania wymiany balustrad olsztyńskich, których

Wykonawca nie jest przecież producentem, a realizacja zamówienia bez wymiany przedmiotowych barier jest bezprzedmiotowa.

Tym samym biorąc od uwagę ilość balustrad wymagających wymiany, cena ofertowa Wykonawcy w tym zakresie wynosi 197,71zł/m. Oferta Giera, czyli podmiotu, u którego należy dokonać zakupu balustrad opiewa na: 147zł/m, co obejmuje koszt samego zakupu balustrad wraz z ich dostawą. Po odliczeniu kosztu zakupu balustrad od ceny ofertowanej zaproponowanej przez Wykonawcę pozostaje na ten zakres kwota 50,71zł/m. W tejże kwocie, zgodnie z wymogami Zamawiającego należy wykonać roboty związane usunięciem istniejących balustrad i montażem nowych balustrad.

W konsekwencji, już z porównania oferty i wyjaśnień z dnia 17 października 2022 roku złożonych przez Wykonawcę oraz porównania cen Secocenbud II kwartał 2022 roku i aktualnych cen rynkowych, wynika, że zaproponowana przez Wykonawcę cena, jest nierealna, niemożliwa do zrealizowania, co przesądza, że na pewno w tym elemencie cena zaproponowana przez Wykonawcę jest rażąco niska, a z uwagi na zakres tychże It prac, które jak sam wskazał Wykonawca stanowią największy udział w kosztach, stwierdzić należy, że oferta Wykonawcy zawiera rażąco niską cenę, co wypełnia znamiona art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp uzasadniające dokonanie odrzucenia oferty Wykonawcy.

Ponadto, Wykonawca przedkładając oferty dotyczące najmu powierzchni biurowych w Białymstoku, twierdził tym samym, że biuro budowy zlokalizowane zostanie w Białymstoku, w sytuacji, gdy zgodnie z SWZ, biuro budowy musi być zlokalizowane na budowie lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie. Tym samym zaproponowanie przez Wykonawcę biura budowy w Białymstoku oddalonym od Narwi o 55 km jest nie do przyjęcia, bowiem niewątpliwie nie spełnia to przesłanki lokalizacji biura na budowie lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie. Wykazana IM'0ta czynszu najmu, jest więc niewymierna, ponieważ wyceniony zakres nie odpowiada przedmiotowi niniejszego zamówienia, co świadczy o sprzeczności oferty w tym zakresie z SWZ.

Odnosząc się do dalszych wyjaśnień zawartych w piśmie z dnia 17 października 2022 roku, nie jest zgodne z prawdą, że Wykonawca posiada szerszą wiedzę na temat aktualnego zamówienia i jego przedmiotu, niż inni oferenci, bowiem dokumentacja SWZ, a w szczególności dokumentacja techniczna udostępniona wszystkim oferentom w niniejszym postępowaniu, zawiera wszystkie niezbędne dane do tego, aby właściwie określić prawidłowo wykonany element zamówienia. Każdy profesjonalny Wykonawca, miał możliwość, aby zapoznać się z terenem i na tej podstawie określił, co wymaga wykonania w ramach niniejszego postępowania. Tym samym każdy oferent po zapoznaniu się z dokumentacją, doskonale wiedział, co należy wykonać w tym zakresie i każdy Wykonawca

miał wykonać to samo, w konsekwencji Wykonawca nie posiadał więc szerszej wiedzy niż inni oferenci. W niniejszym przypadku zakres zamówienia został określony w SWZ i dla każdego z Wykonawców jest taki sam i na takich samych zasadach został określony w oparciu o SWZ. Wykonawca nie może więc obniżać kosztów oferty poprzez swoje subiektywne założenie już na etapie składania ofert, że części zamówienia nie będzie musiał wykonać. Argumentacja Wykonawcy jest tym bardziej niezrozumiała, że przed złożeniem oferty nie zadawał żadnych pytań dotyczących zakresu robót ani go nie kwestionował, w związku z czym należy uznać że oferta obejmuje zakres robót określony w SWZ niniejszego postępowania i w konsekwencji odpowiadające temu zakresowi koszty wykonania. Stanowisko Wykonawcy mogłoby odpowiadać formie oferty wariantowej, takiej opcji jednak Zamawiający w postępowaniu nie określił i nie ma ona zastosowania.

Na powyższej podstawie Wykonawca stwierdził, iż ta wiedza, pozwoliła mu na zoptymalizowanie rezerwy z tytułu nieplanowanych wydatków o co najmniej 250.000 złotych netto. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, że brak jest możliwości weryfikacji twierdzenia Wykonawcy, iż jego oferta jest tańsza od innych oferentów o wartość 250.000,00 złotych, bowiem Wykonawca nie wskazał metodologii wyliczenia tej kwoty. Teza, iż konkurenci na relatywnie wysokim poziomie uwzględnili w swoich ofertach ryzyko związane z nieplanowanymi/niemożliwymi do oszacowania na etapie oferty kosztami oraz niepewnością co do jakości i sposobu wykonania prac, nie ma żadnego uzasadnienia. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, że Wykonawca wielokrotnie wzywany przez Zamawiającego do usunięcia wad i usterek ujawnionych w trakcie odbioru technicznego, a wskazanych w protokole z tego odbioru z dnia 28 lutego 2022 roku, stał na stanowisku że są to żądania nieuzasadnione i pozbawione podstaw, a aktualnie powołuje się na szerszą wiedzę dającą przewagę nad innymi oferentami, jednocześnie twierdząc, że wykonane przez niego roboty w ramach Zamówienia DW nr 685 są pozbawione jakichkolwiek, a zarazem twierdząc, iż prace wykona w ramach gwarancji i rękojmi Zamówienia DW nr 685, co jest wewnętrznie sprzeczne.

Niezależnie od tego, że Zamawiający kwestionuje fakt dysponowania przez Wykonawcę materiałami do realizacji przedmiotowego zamówienia, to ponadto wskazuje, że wartość oszczędności z tego tytułu w kwocie 50.000 złotych jest niemożliwa do weryfikacji ze względu na brak podania metody jej obliczenia, bez podania ilości tych materiałów i miejsca ich składowania. Ponadto wbrew twierdzeniu Wykonawcy, przedmiotowe materiały, nie są zatwierdzone do stosowania na tym zadaniu, ponieważ zadanie się jeszcze nie rozpoczęło, tym bardziej, że stanowi ono nowe postępowanie i materiały użyte do realizacji przedmiotowego przedsięwzięcia będą musiały dopiero przejść procedurę zatwierdzenia.

W swoich wyjaśnieniach z dnia 17 października 2022 roku, Wykonawca twierdzi, że brak jest konieczności mobilizacji zaplecza dla realizacji zamówienia, które to założenie, w ocenie Wykonawcy pozwoliło na obniżenie kalkulowanych kosztów na poziomie ok. 230.000 złotych netto. Powyższe założenie jest błędne, bowiem Zamawiający wskazuje, że konieczność zapewnienia stałej łączności telefonicznej i elektronicznej z kierownikiem budowy oraz dostawy wszystkich mediów na teren budowy wraz z zapleczem technicznobiurowym na własny koszt Wykonawcy wynika wprost z Instrukcji dla wykonawców stanowiącej element SWZ. Powyższe wskazuje, iż Wykonawca nie przewidział w swojej ofercie wszystkich wymaganych elementów, tj. konieczności zapewnienia stałej łączności z zapleczem budowy, co stanowi o sprzeczności oferty z przedmiotem zamówienia i stanowi o zaniżeniu jej wartości.

Odnosząc się do kolejnego dowodu, tj. umowy 222 DW685 02 2022 TOBAS, Zamawiający ponownie wskazuje, że przedmiotowa umowa z Tobas jest nieaktualna, bowiem dotyczy poprzedniego Zamówienia DW nr 685. Ponadto umowa została zawarta w lutym 2022 i zakończyła się z końcem marca 2022 r.

W dalszej kolejności, Wykonawca wskazał, iż na poczet kosztów zatrudnienia pracowników nadzoru oraz pracowników fizycznych zabezpieczył kwotę ok. 419.200 złotych netto, jednak trudno się do tego odnieść, gdyż Wykonawca nie wskazał ilości pracowników fizycznych, którzy będą brali udział w pracach oraz jak długo będą wykonywali zadanie. Tym samym podana kwota, jako niepoparta jakimikolwiek konkretnymi wyliczeniami i kalkulacjami jest niewiarygodna. Ponadto Wykonawca wskazując, że koszty zatrudnienia ujął w kosztach pośrednich Wykonawcy i że stanowią one część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie, nigdzie nie wskazał w jaki sposób dokonał tych wyliczeń. Tym samym podana kwota, jako niepoparta jakimikolwiek konkretnymi wyliczeniami i kalkulacjami jest niewiarygodna i nie zawiera konkretnych składowych branych pod uwagę przy wyliczaniu kwoty, odsyłając jedynie do tabeli dotyczącej wysokości minimalnego wynagrodzenia nic nie obrazuje w przedmiotowym zamówieniu. (www.pit.pl/wynagrodzenie-minimalne/).

Oferta POLSERVICE Geo Sp. z o.o. z dnia 14.10.2022 r. potwierdzająca warunki przedstawione w wiadomości mailowej dnia 05.10.2022 r., wskazuje jedynie na wartości „około”. Brak jest rzetelnego "liczenia dla konkretnego czasu obsługi oraz zakresu robót. Podana w ofercie kwota około 40.000 złotych dotyczy jedynie pomiaru przekrojów stanu istniejącego. Z kolei, wymagania SWZ dotyczą również wykonania inwentaryzacji powykonawczej oraz bieżących pomiarów wykonywania robót. Kwota 60.000 złotych wskazana w kosztorysie Wykonawcy wydaje się być niewystarczająca na pełny zakres

wymaganych robót geodezyjnych, gdyż biorąc pod uwagę przewidywany czas trwania zamówienia tj. 9 m-cy, wyliczyć można z przedłożonej oferty potencjalnego podwykonawcy: 40,000 złotych inwentaryzacja + 9 m-cy x 20.000 złotych (koszt miesięczny zespołu geodezyjnego) = 220.000 złotych na całe zadanie.

Dokonując analizy przedłożonej przez Wykonawcę oferty LAB-TECH, Zamawiający stwierdza, że asortyment tejże oferty wykracza poza zakres zamówienia objętego niniejszym postępowaniem, bowiem w ofercie LAB-TECH wskazano m.in. badania materiałów betonowych, które nie są wymagane do wykonania na przedmiotowym zamówieniu, bowiem Zamawiający nie ujął ich w zamówieniu. Tym samym, taka oferta niewątpliwie budzi wątpliwości co do jej rzetelności. Ponadto w ofercie LAB-TECH Zamawiający stwierdza brak podania planowanej ilości badań na podstawie, których wyliczono ostateczną wartość oferty.

Opisując z kolei, koszt przygotowania organizacji ruchu, Wykonawca stwierdził, że z uwagi na fakt, iż jest w posiadaniu TOR, jedynym kosztem jaki poniesie w tym zakresie jest koszt aktualizacji organizacji ruchu na poziomie 5.000,00 złotych, co jest niezgodne z SWZ, ponieważ nie obejmuje pełnego zakresu zamówienia.

Wbrew twierdzeniom Wykonawcy, z odpowiedzi Zamawiającego udzielonych dnia 03 października 2022 roku wynika, iż Wykonawca ma obowiązek zagospodarowania materiałów z rozbiórki zgodnie z Ustawą o odpadach, a tym samym winien dokonać utylizacji tychże materiałów, i nie ma możliwości ich dalszego wykorzystania, czy też Odsprzedaży. Tym samym stwierdzić należy, że w tej sytuacji utylizacja materiałów z rozbiórki stanowić będzie dodatkowy koszt Wykonawcy, a nie zysk Wykonawcy.

W zakresie elementu koniecznego do wykonania zgodnie z SWZ, tj. uzyskania zezwolenia na wykonanie robót w pasie drogowym dróg publicznych innych zarządców wraz z zabezpieczeniem i organizacją ruchu oraz utrzymania i zabezpieczenia objazdów po drogach publicznych innych zarządców dróg, Wykonawca w wyjaśnieniach wskazał, że elementy te zostały ujęte w kosztach pośrednich, jednak nie wykazał ich wartości, pomimo, że został wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

W wyjaśnieniach Wykonawcy z dnia 17 października 2022 roku, w zakresie kosztu ubezpieczeń tj. ubezpieczenia polisą CAR, pozyskania ZNW, utrzymania ZNW w okresie realizacji oraz koszty ZNW w okresie rękopimi, Wykonawca wskazał wartość 1,5% liczoną od wartości kontraktu, co biorąc pod uwagę okres trwania kontraktu wynosi 41.614,72 złotych.

Odnosząc się do konieczności zapewnienia przez Wykonawcę dysponowania we flocie pojazdów samochodów użytkowanych przy realizacji tego zadania odpowiednim udziałem pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym, co zgodnie z

przepisami ustawy z 11.01.2018 o elektromobilności i paliwach alternatywnych wynosi co najmniej 20% floty wykorzystywanej na danym zadaniu. Tym samym, aby poprawnie i rzetelnie wyjaśnić ten element składowy ceny, Wykonawca winien w pierwszej kolejności wskazać, jaka liczba aut będzie wykorzystana przez Wykonawcę do obsługi przedmiotowego zadania. Na skutek nie wskazania przez Wykonawcę punktu odniesienia, tj. ilości floty oddelegowanej przez Wykonawcę do realizacji tego zadania, nie jest możliwe wyliczenie tej kwoty, stąd wyjaśnienia Wykonawcy w tym zakresie są nierzetelne.

Odnosząc się do pozycji z oferty Wykonawcy — koszty przeglądów eksploatacyjnych wszystkich wykonanych urządzeń, przeglądów gwarancyjnych oraz Koszty napraw gwarancyjnych, Wykonawca przyjął je na poziomie 0,5% oferty netto, co stanowi kwotę 15.036,94 netto, a nie jak Wykonawca przyjął w analizie kosztów do wyjaśnień Wykonawcy RNC 12.000,00 złotych. W konsekwencji, oczywistym jest, że ta pozycja ofertowa wynagrodzenia Wykonawcy jest rażąco niska, co uzasadnia dokonanie odrzucenia oferty Wykonawcy.

Kolejnym potwierdzeniem, iż cena zaoferowana przez Wykonawcę jest rażąco niska jest okoliczność, że ze stanowiska Wykonawcy zawartego w piśmie wyjaśniającym rażąco nisko cenę, wynika teza, iż przedmiot aktualnego zamówienia zostanie wykonany przez podwykonawców w ramach gwarancji/rękojmi Zamówienia DW nr 685, czyli praktycznie bez kosztowo. W tym kontekście, skoro zgodnie z twierdzeniami Wykonawcy, prace w ramach niniejszego zadania rzekomo zostaną wykonane przez podwykonawców i to rzekomo w ramach rękojmi i gwarancji podwykonawców, którymi Wykonawca posługiwał się przy realizacji Zamówienia DW nr 685, to skoro taka sytuacja nie wygeneruje dodatkowych kosztów po stronie Wykonawcy, bowiem Wykonawca nie będzie musiał płacić dodatkowego wynagrodzenia podwykonawcom, wykonującym roboty będące przedmiotem niniejszego zamówienia w ramach gwarancji i rękojmi Zamówienia DW nr 685, to nasuwa się pytanie, w jaki sposób Wykonawca skalkulował swoją ofertę cenową w niniejszym postępowaniu. Tym samym, skoro Wykonawca nie przedłożył nowych umów, a powołuje się na umowy wygasłe, to powyższe świadczy o rażącym zaniżeniu ceny przez Wykonawcę, skoro de facto w niniejszym postępowaniu Wykonawca nie kalkulował pracy podwykonawców, uznając z niewiadomych względów iż podwykonawcy zrealizują niniejsze zamówienie na podstawie, nieobowiązujących, czy też wygasłych już umów podwykonawczych, a dotyczących Zamówienia DW nr 685.

Mając powyższe na uwadze, odrzucenie oferty Wykonawcy jest zasadne i konieczne.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż nie stwierdzono takich naruszeń ustawy Pzp, które miały lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem Izby oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 218 ust. 2 i art. 275 Pzp, jako niezgodna z przepisami ustawy.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie sprostął konieczności wskazania i wyjaśnienia, na czym miałyby polegać niezgodność oferty odwołującego z przepisami ustawy. Wskazany przez zamawiającego jako naruszony przepis art. 218 ust. 2 Pzp stanowi, że *Treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia*. W tym zakresie dostrzeżenia wymagało, że zamawiający nie wskazał, na czym miałyby polegać określona w tym przepisie niezgodność z wymaganiami zamawiającego, zawartymi w dokumentach zamówienia. W szczególności nie omówiono, o jakie konkretne wymagania zamawiającego określone w dokumentach zamówienia chodzi. Ponadto nie wyjaśniono, w jaki sposób owa niesprecyzowana niezgodność z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia miałyby powodować, że oferta jest niezgodna z ustawą.

Jak się wydaje uzasadnieniem faktycznym dla tej podstawy odrzucenia oferty odwołującego miało być rzekome kwestionowanie przez odwołującego przedmiotu i zakresu niniejszego zamówienia. Zamawiający utrzymywał bowiem, że skoro wykonawca stwierdza, że nie przyznaje wadliwości lub niekompletności prac wykonywanych w ramach zamówienia DW nr 685, to tym samym miał kwestionować OPZ w tym postępowaniu. Jednakże okoliczność, iż wykonawca nie przyznaje wadliwości lub niekompletności prac wykonywanych w ramach Zamówienia DW nr 685 nie była jednoznaczna z tym, jakoby miał kwestionować OPZ w tym postępowaniu. Wykonawca w formularzu ofertowym złożył szereg oświadczeń, świadczących o tym, iż zamierza wykonać roboty objęte opisem przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu:

3. Oświadczamy, że roboty stanowiące przedmiot zamówienia wykonamy w terminie określonym w Specyfikacji warunków zamówienia.

4. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją warunków zamówienia, nie wnosimy do niej zastrzeżeń i uznajemy się za związanych określonymi w SWZ postanowieniami i zasadami postępowania.

5. Oświadczamy, że zawarty w Specyfikacji warunków zamówienia wzór umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku przyznania nam zamówienia, do zawarcia umowy na wymienionych warunkach, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego.

6. Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze wszystkimi warunkami zamówienia i akceptujemy je.

Owszem, w wyjaśnieniach ceny odwołujący złożył także oświadczenie, że *Jakiegokolwiek wyjaśnienia złożone w niniejszym piśmie nie powinny być traktowane jako przyznanie wadliwości lub niekompletności prac wykonanych w ramach Zamówienia DW nr 685. Okoliczności te mają charakter sporny, zaś ich rozstrzygnięcie może nastąpić w odrębnym postępowaniu.* Jednakże z powyższego oświadczenia nie wynikało, że nie zamierza wykonać prac objętych przedmiotem zamówienia, a jedynie, że nie uważa, iż prace które zobowiązał się wykonać, są wynikiem wadliwości lub niekompletności prac wykonanych przez niego w ramach zamówienia DW nr 685. W związku z tym nie można było utrzymywać, że odwołujący kwestionował OPZ w tym postępowaniu.

Nie można było się także zgodzić z kolejną przywołaną przez zamawiającego podstawą faktyczną i prawną odrzucenia oferty, zgodnie z którą *działanie Wykonawcy, na podstawie art. 8 p.z.p. w zw. z art. 83 k.c. można potraktować jako działanie pozorne i sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i zmierzające do obejścia prawa, co w konsekwencji na podstawie art. 8 p.z.p. w zw. z art. 58 k.c., skutkuje nieważnością takiego oświadczenia woli jako złożonego jedynie dla pozorów i sprzecznego z zasadami współzycia społecznego, a zarazem zmierzającego do obejścia prawa, co w konsekwencji wypełnia kolejną przesłankę uzasadniającą odrzucenie oferty Wykonawcy, tj. przesłankę z art. art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako oferty nieważnej na podstawie odrębnych przepisów.*

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający w sposób niedostateczny opisał w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty odwołującego, na czym miałyby polegać pozorność czynności prawnej odwołującego, polegającej na złożeniu oferty w tym postępowaniu. Zgodnie z powołanym przez zamawiającego przepisem art. 83 § 1 Kodeksu cywilnego, *Nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozorów. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności.* Jak wynikało z przywołanego przepisu, dla zaistnienia skutku nieważności konieczne jest, aby oświadczenie, składane drugiej stronie dla pozorów, zostało złożone za jej zgodą. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający nie wskazał, że złożenie przez odwołującego oferty dla pozorów odbyło się za jego zgodą. Przeciwnie, uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty odwołującego świadczyło o tym, iż zamawiający nie zgadzał się z działaniami odwołującego.

Po drugie zaś zamawiający nie wyjaśnił w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, jaką czynność prawną odwołujący rzekomo miał ukryć pod pozorem czynności złożenia oferty zamawiającemu w tym postępowaniu. Próby uzupełniania uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty odwołującego podjęte w trakcie rozprawy należało uznać za spóźnione i niedopuszczalne.

Według Izby zamawiający nie wykazał także, na czym miałyby polegać sprzeczność oferty złożonej przez odwołującego z zasadami współzycia społecznego. W szczególności zamawiający nie sprostął konieczności nie tylko wykazania ale i wskazania, jaka konkretna zasada współzycia społecznego została naruszona przez działania odwołującego.

Zdaniem Izby zamawiający nie wykazał także, na czym miałyby polegać obejście prawa przez odwołującego. Jeśli zamawiający zdecydował się na powołanie takiej podstawy prawnej to powinien wskazać, jaką czynność zabronioną przez prawo odwołujący zamierzał obejść przez złożenie oferty w tym postępowaniu. Takiemu obowiązkowi zamawiający jednak nie sprostął.

Zdaniem Izby zamawiający nie wykazał także, aby oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który stanowi, że *czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców*. Jedyne uzasadnienie faktyczne towarzyszące ww. podstawie prawnej odrzucenia oferty odwołującego, jakie zamawiający przedstawił, sprowadzało się do jednego zdania, a mianowicie, że istniały różnice w wartościach ofert złożonych przez odwołującego i dwóch pozostałych oferentów. Zdaniem Izby tego rodzaju argumentacja nie wypełniała znamion powołanego przez zamawiającego czynu nieuczciwej konkurencji. Różnice w wartościach oferty złożonych przez różnych oferentów nie świadczą jeszcze same przez się o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, jako zawierającą rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby, wyjaśnienia składane w reakcji na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 224 Pzp powinny stanowić podstawę oceny przez

zamawiającego, czy zaoferowano mu cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, czy też nie. Jak wynika z treści art. 224 ust. 5 ustawy Pzp *obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy*. Polski ustawodawca przesądził w przywołanym przepisie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy Pzp, ma obowiązek udowodnić zamawiającemu, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej. Z przepisu tego wynika zatem domniemanie, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zaoferował cenę rażąco niską. Wyjaśnienia i dowody na ich poparcie, składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, muszą zaś obalić owo domniemanie. Nie ulega również wątpliwości, że udowodnienie realności ceny powinno nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia przed zamawiającym, a nie w toku postępowania odwoławczego przed Izbą. Jeżeli wykonawca ciężaru obalenia domniemania rażąco niskiej ceny w postępowaniu przed zamawiającym nie udźwignie, to jego oferta podlega odrzuceniu. Przepis art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *podlega odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu*.

Izba stwierdziła, że rację ma zamawiający, który uznał, że odwołujący nie sprostął ciężarowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny i zasadnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Na wstępie nie podzielono stanowiska odwołującego, jakoby treść wezwania zamawiającego do wyjaśnienia ceny z dnia 12.10.2022 r. była lakoniczna, zaś wyznaczony termin na udzielenie odpowiedzi - zbyt krótki. Odnośnie terminu na złożenie wyjaśnień, to odwołujący nie wykazał, aby w okolicznościach danej sprawy, był on nieodpowiedni. Wyznaczony przez zamawiającego termin obejmował 5 dni kalendarzowych. Wykonawca nie był zatem zobowiązany do złożenia wyjaśnień niejako z dnia na dzień. Izba wzięła również pod uwagę, że skoro odwołujący był w stanie skalkulować cenę oferty, w tym ceny jednostkowe, to powinien już na moment ofertowania dysponować dowodami w postaci ofert wstępnych, jak również dowodami, na powoływane przez siebie okoliczności umożliwiające obniżenie ceny, które również musiały istnieć w momencie ofertowania. Jeżeli zaś odwołujący nie zgadzał się z czynnością zamawiającego, to mógł wnieść odwołanie wobec czynności wezwania zamawiającego, czego jednak nie uczynił.

Odnośnie pierwszej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – niewykazania **oszczędności z powodu powierzenia prac dotychczasowym podwykonawcom** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **zasadna**.

W wyjaśnieniach ceny odwołujący wskazał, że:

Umowy z podwykonawcami nadal obowiązują, a podwykonawcy na ich mocy są zobowiązani do usuwania usterek wykonanych przez siebie prac w ramach udzielonych gwarancji / rękojmi. Istotną część prac objętych przedmiotem zamówienia pokrywa się z zakresem prac objętych udzielonymi gwarancjami / rękojmią. Powyższe powoduje, że Wykonawca może potencjalnie zrealizować istotną część prac siłami podwykonawców, którzy już wcześniej otrzymali od niego wynagrodzenie na ten cel - a zatem bez ponoszenia dodatkowych kosztów.

Odwołujący wskazał, że z ww. powodu był w stanie obniżyć cenę oferty o kwotę 500.000 zł.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo dostrzegł, że odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie wyjaśnił, w jaki sposób wskazywana przez niego okoliczność umożliwiła mu obniżenie ceny akurat o wskazaną przez niego kwotę. Twierdzenia odwołującego w tym zakresie nie poddawały się jakiegokolwiek weryfikacji.

Jeśli wykonawca powoływał się na ww. czynnik to powinien po pierwsze przedstawić wykaz tej części prac z OPZ, które jego zdaniem pokrywają się zakresem z robotami objętymi uprawnieniami gwarancyjnymi lub z tytułu rękojmi przysługującymi mu względem podwykonawców. Następnie powinien wyjaśnić i udowodnić dlaczego uważa, że dane prace są objęte gwarancją i rękojmią podwykonawców. Kolejno powinien przedstawić w charakterze dowodu wiążące umowy łączące go z podwykonawcami, przewidujące uprawnienia z tytułu gwarancji czy rękojmi względnie przedstawić oświadczenia lub oferty podwykonawców, że rzeczywiście dane prace wykonają bez odrębnego wynagrodzenia. Jednakże odwołujący nie złożył dowodów w tym zakresie, a nawet jakichkolwiek szczegółowych wyliczeń (zestawień) jako oświadczenia własnego. Odwołujący złożył w tym zakresie jedynie ofertę jednego z dotychczasowych podwykonawców P.H.U.B. P. P.z dnia 4.10.2022 r. Jednakże ww. oferta okazała się niezwykle lakoniczna. W ofercie tej ww. podmiot oświadczył jedynie: *potwierdzamy, że jesteśmy zainteresowani dalszą współpracą i wykonaniem prac w ramach tego zlecenia. Znamy zakres prac oraz ofertę firmy Rubau Polska i oświadczamy, że jesteśmy w stanie wykonać prace w ramach przyznanego budżetu.* Analiza ww. oferty nie pozwalała na ustalenie zakresu umówionego świadczenia. Była w niej mowa jedynie o bliżej niesprecyzowanych pracach w ramach zlecenia. Oferta nie wskazywała w szczególności, czy, a jeżeli tak to jakie prace spośród robót objętych OPZ, ww. podwykonawca zobowiązał się wykonać za darmo. Ponadto w ofercie tej jest mowa o wykonaniu prac „w ramach przyznanego budżetu”. Zauważyć należy, że sformułowanie to cechuje się dużym stopniem ogólności i nie jest jasne o jaki budżet chodzi, w tym sformułowanie to nie sugeruje, że prace będą wykonane w ramach rękojmi czy gwarancji, tj. za darmo. Ww. wyjaśnienia wraz z dowodami nie dowodziły zatem możliwości obniżenia przez odwołującego ceny oferty o 500 tysięcy złotych.

Niezależnie od niewykazania zgody podwykonawców na wykonanie ww. prac za darmo, odwołujący nie uwzględnił w swej wycenie ryzyka odmowy przez podwykonawców wykonania tych bliżej niesprecyzowanych prac za darmo. Ryzyko to było o tyle istotne, że – jak wynikało z oświadczeń odwołującego - on sam, jako generalny wykonawca, kwestionował, iż odpowiada za powstanie wad i usterek objętych OPZ. Skoro tak, to nie sposób było wykluczyć, że na analogicznych zasadach podwykonawcy będą usiłowali uwolnić się od swej odpowiedzialności za ww. wady względem odwołującego, w szczególności uwzględniając fakt, że w ramach poprzedniego zakończonego zamówienia odwołujący w czasie od lutego do sierpnia 2022 roku nie wyegzekwował od podwykonawców naprawy tych wad.

Odnośnie dalszej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – niewykazania **oszczędności z powodu dysponowania materiałami do realizacji przedmiotowego zadania** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **zasadna**.

W wyjaśnieniach odwołujący oświadczył, że posiada materiały zgłoszone i zatwierdzone do stosowania przez zamawiającego, pozostające w rezerwie z kontraktu zasadniczego i przeznaczone do wykorzystania w ramach napraw gwarancyjnych. Wskazał, że dostępne materiały pozwoliły na oszczędność w kwocie ok. 50.000 zł netto.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo dostrzegł, że odwołujący nie tylko nie udowodnił, ale nawet nie wyjaśnił, w jaki sposób wskazywana przez niego okoliczność umożliwiła mu obniżenie ceny akurat o wskazaną przez niego kwotę. Twierdzenia odwołującego w tym zakresie nie poddawały się jakiegokolwiek weryfikacji. Brak było bowiem informacji o tym, jakie są to materiały, jaka jest ich ilość, gdzie się znajdują i jaka jest ich cena. Ponadto na tę okoliczność nie złożono żadnego dowodu. Dostrzeżenia wymagało, że odwołujący dopiero w pkt 53 odwołania, a więc na etapie postępowania odwoławczego, przedstawił zestawienie materiałów. Wobec powyższego twierdzenia odwołującego, jakoby z ww. tytułu miał zaoszczędzić kwotę 50 tysięcy złotych nie zostało wykazane, co słusznie zostało podniesione przez zamawiającego w uzasadnieniu faktycznym czynności odrzucenia oferty.

Odnośnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – **zaniżenia kosztów dokonania wymiany balustrad olsztyńskich** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **zasadna**.

W swych wyjaśnieniach ceny odwołujący wskazał, że *cena oferty uwzględnia:*

a) dla zakresu stanowiącego największy udział w kosztach – t.j.: wymiana balustrad olsztyńskich (zgodnie z odp. 43 wyjaśnień z dnia 3.10.2022 r.):

- koszty dostawy elementów na podstawie oferty firmy Giera;
- koszty montażu na podstawie umowy z firmą AZ Ogrodzenia;
- koszty prac rozbiórkowych realizowane siłami własnymi;
- uzysk z odsprzedaży elementów rozbiórkowych tudzież np. ponownego wykorzystania gruzu po jego przekruszeniu.

Koszt wykonania zamówienia w tym zakresie Wykonawca oszacował na poziomie 1.824.467,88 zł netto.

Po pierwsze dostrzeżenia wymagało, że zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zakwestionował koszty demontażu oraz wymiany dotychczasowych balustrad, a nie koszty dostawy na podstawie oferty firmy Giera. W związku z tym zarzut odwołującego, jakoby zamawiający pominął przy ocenie dowód w postaci oferty firmy Giera, nie zasługiwał na uwzględnienie. Przeciwnie, jak wynikało z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający ten dowód uwzględnił przy swej ocenie. Zamawiający kwestionując wysokość kosztu w zakresie wymiany balustrad, od ceny ofertowej wykonawcy w tym zakresie wynoszącej 197,71 zł/m odejmował stawkę 147zł/m z oferty Giera, obejmującą koszt samego zakupu balustrad wraz z ich dostawą.

Kolejno Izba stwierdziła, że w zakresie kosztów montażu, kwestionowanych przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia, odwołujący nie złożył umowy z firmą AZ Ogrodzenia, na którą powoływał się w wyjaśnieniach ceny. Na okoliczność kosztu montażu nie złożono zatem wzmiankowanego dowodu. Niezależnie od powyższego, w dalszej części w swoich wyjaśnieniach odwołujący oświadczył, iż koszty geodezji, laboratorium, ubezpieczenia, ryzyko itp. zawarte są w cenach jednostkowych innych robót, czyli także w cenie wymiany balustrad (kwocie 50,71zł).

Następnie stwierdzono, że - jak odwołujący sam wskazywał - warunkiem zaoferowania tak niskiej ceny w tym elemencie było założenie zysku z tytułu odsprzedaży elementów rozbiórkowych starych balustrad. Z tytułu zysku ze sprzedaży materiałów rozbiórkowych odwołujący założył ogólnie kwotę 361.409,31. Jednakże odwołujący nie wskazał, jak wyliczył ww. kwotę. Na tę okoliczność nie przedstawiono zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu.

Dopiero w treści odwołania odwołujący wyjaśniał, że *będzie mógł sprzedać stare balustrady po cenie złomu, tj. na dzień dzisiejszy po ok. 1000-1150 zł/t— zakładając ekstremalny scenariusz wymiany 9228 mb balustrad, materiału może być nawet ok. 200 t, co daje już kwotę ok. 200.000 zł.* Tak więc argumentację w tym zakresie należało uznać za spóźnioną. Tym niemniej jednak nawet ta spóźniona argumentacja okazała się nietrafna.

Zamawiający w trakcie rozprawy złożył dowód przeciwny (*wyliczenia wartości pozyskania środków ze sprzedaży – utylizacji – balustrad U-12 A odzyskanych z rozbiórki na podstawie TIOMAN*). Z dowodu tego wynikało, że masa 1 mb demontowanej balustrady wyniosła 5,61 kg. Przyjmując wartość ceny złomu z zakresu podanego przez odwołującego w odwołaniu – 1,15 zł/kg, przy założeniu wymiany 9228 mb balustrad, otrzymamy 51 769,08 kg, a więc 51,769 t, a nie 200 ton, jak utrzymywał odwołujący. W konsekwencji umożliwiałoby to obniżenie ceny co najwyżej o 59.534,35 zł (51,769 t x 1150), a nie o 200.000 zł, jak utrzymywał odwołujący w odwołaniu.

Odnośnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – **niewykazania kosztów pracowniczych** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **zasadna**.

Odwołujący w wyjaśnieniach ceny oświadczył, że na poczet zatrudnienia pracowników nadzoru oraz pracowników fizycznych na przedmiotowym zadaniu zabezpieczył kwotę ok. 419.200zł netto. Jednakże brak było danych umożliwiających przeanalizowanie prawidłowości kalkulacji kosztów na tym poziomie. Jak słusznie wskazał zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego, powyższe było wynikiem tego, że odwołujący zaniechał podania precyzyjnej informacji na temat liczby pracowników fizycznych, jakich zamierza zatrudnić na przedmiotowym zadaniu. Jeśli chodzi o pracowników fizycznych odwołujący w wyjaśnieniach poprzestał na wskazaniu, że zamierza zatrudnić 3-5 osób (*w miarę potrzeby*). Brak było zatem precyzyjnych danych na temat konkretnej liczby osób, jakie zamierza zatrudnić. Po drugie wykonawca nie sprecyzował, jak długo będą oni wykonywali zadanie. Wykonawca zadeklarował też, że globalna kwota 419.200 zł netto uwzględnia wszelkie składki i podatki wymagane w przepisach prawa. Jednakże w tym zakresie także nie podał żadnych danych.

Ponadto odwołujący powołał się na umowę nr 222_DW685_02_2022_TOBAS. o świadczenie usług przez Podwykonawcę TOBAS. Jednakże, jak wynikało z jej treści, umowa ta wygasła, gdyż obowiązywała do 31 marca 2022 r.. Nie było zatem żadnej pewności, że wykonawca może na jej podstawie pozyskać pracowników za podane tam stawki. Powyższe zaniechania odwołującego uniemożliwiały zweryfikowanie, czy cena oferty jest zgodna z przepisami prawa pracy i ubezpieczeń społecznych.

Odnośnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – **niewykazania kosztów wynajęcia biura i wynajęcia go w miejscu nieodpowiadającym wymaganiom SWZ** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **zasadna**.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia wykonawcy w tym zakresie wraz z przedstawionymi dowodami okazały się niespójne.

Odwołujący oświadczył, że będzie miał możliwość wykorzystania istniejącego zaplecza, w tym biura i ujawnił miesięczny koszt najmu w wysokości 2000 zł/netto. Jednakże na tę okoliczność wraz z wyjaśnieniami ceny nie przedstawił żadnego dowodu. Nie złożył w szczególności żadnego dowodu na okoliczność przedłużenia dotychczasowej umowy z właścicielem biura lub dowodu na okoliczność, że dotychczasowa umowa jeszcze trwa.

Niezależnie od powyższego wykonawca załączył do wyjaśnień przykładowe oferty najmu pow. biurowych w Białymstoku (55km od m. Narew). Te dowody po pierwsze okazały się niespójne z wyjaśnieniami. Jeśli wykonawca rzeczywiście miał możliwość skorzystania z dotychczasowego biura w okolicach Narwi, co miało skutkować możliwą optymalizacją ceny, to niezrozumiałe było niezłożenie dowodów na tę okoliczność, przy jednoczesnym złożeniu dowodów z ofertami najmu z Białegostoku, sugerującymi, że jednak odwołujący nie chce korzystać z dotychczasowego biura. Ponadto dostrzeżenia wymagało, że wynajęcie biura w Białymstoku, zlokalizowanym 55 km od miejsca realizacji robót w Narwi, okazało się niezgodne z postanowieniami SWZ, w której zamawiający zastrzegł, że biuro budowy musi być zlokalizowane na budowie lub w jego bezpośrednim sąsiedztwie.

Podkreślenia wymagało też, że odwołujący dopiero do odwołania załączył umowę zawartą z panem A. O. na najem powierzchni biurowej w m. Narew przy ul. Bielskiej 47 B. Jednakże skoro dowodu tego nie załączył do wyjaśnień ceny, to nie mógł oczekiwać, że zamawiający uwzględni ten dowód przy ocenie tych wyjaśnień.

Odnosnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – **niewykazania możliwości obniżenia kosztów o kwotę 230.000 zł netto z powodu braku konieczności mobilizacji zaplecza dla realizacji zamówienia** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **zasadna**.

W wyjaśnieniach ceny, uzasadniając możliwość obniżenia kosztów o kwotę 230.000 zł netto, odwołujący wskazał, że *fakt wykonania przez niego jako lidera konsorcjum Wykonawcy Zamówienia DW nr 685, powoduje, że Wykonawca nie będzie ponosił kosztów związanych z mobilizacją zaplecza kadrowego, sprzętowego oraz biurowego.*

Jak Izba stwierdziła wcześniej, odwołujący nie wykazał, że nie będzie ponosił kosztów związanych z mobilizacją zaplecza biurowego. Na tę okoliczność wykonawca nie przedstawił przy wyjaśnieniach ceny żadnego dowodu. Przeciwnie, przedstawił dowody w postaci ofert biur z Białegostoku, mogące świadczyć, że takie koszty mobilizacji będzie ponosił. Odwołujący dopiero do odwołania załączył umowę zawartą z panem A. O. na najem powierzchni biurowej w m. Narew przy ul. Bielskiej 47 B, co było spóźnione.

Jak Izba stwierdziła wcześniej, odwołujący nie wykazał także, że nie będzie ponosił kosztów związanych z mobilizacją zaplecza kadrowego. Umowa nr 222_DW685_02_2022_TOBAS. o świadczenie usług zawarta z TOBAS, na podstawie której zamierzał zatrudniać pracowników wygasła, gdyż obowiązywała do 31 marca 2022 r. Nie było zatem żadnej pewności, że wykonawca może na jej podstawie pozyskać pracowników za podane tam stawki.

Odwołujący nie wykazał też, że nie będzie ponosił kosztów związanych z mobilizacją zaplecza sprzętowego. W tym zakresie w wyjaśnieniach ceny nie przedstawiono jakiegokolwiek wyводу. Nie wiadomo zatem, o jakim konkretnie zmobilizowanym zapleczu sprzętowym wykonawca wspominał. Natomiast w wyjaśnieniach znalazł się fragment, w którym odwołujący wskazał, że dopiero planuje wynająć auto o napędzie elektrycznym. Świadczyło to o tym, że taki sprzęt dopiero będzie mobilizowany, a nie, że jest już zmobilizowany.

Odnośnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – **niewykazania możliwości obniżenia kosztów prac rozbiórkowych do kwoty ok. 360.000 zł netto z powodu wykorzystania gruzu i elementów stalowych balustrad** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **częściowo zasadna**.

Odwołujący wskazał w wyjaśnieniach ceny, że biorąc pod uwagę odpowiedzi zamawiającego na pytania dotyczące treści SWZ, w których Zamawiający wyjaśnił, że materiały z rozbiórek stają się własnością wykonawcy, *założył uzysk z odsprzedaży materiałów z rozbiórki (np. elementów stalowych demontowanych balustrad olsztyńskich), uzysk z przekazania gruzu betonowego do wbudowania jako warstwa podbudowy pod posadzkę i/lub ewentualnie do przekruszenia z przeznaczeniem do ponownego wykorzystania*. Powyższe pozwoliło mu na obniżenie kosztu prac rozbiórkowych do kwoty ok. 360.000 zł netto.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego, jakoby w świetle odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ niedopuszczalne, co do zasady, byłoby sprzedanie gruzu betonowego pochodzącego z rozbiórki. Sprzedanie gruzu lub wykorzystanie go do własnych celów zgodnych z prawem, np. wbudowanie, nie może być traktowane jako niezgodne z ustawą o odpadach. Zamawiający ponadto nadinterpretował wyjaśnienia odwołującego. W wyjaśnieniach tych odwołujący nie wskazywał, że gruz zamierza ponownie wykorzystać w ramach realizacji tego zadania, co zamawiający w świetle postanowień SST uważał za niedopuszczalne. Niezależnie jednak od powyższego Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostął obowiązkowi wykazania, w jaki sposób oszacował możliwość obniżenia kosztów z tego tytułu. Na tę okoliczność nie przedstawiono zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu.

Co do możliwości osiągnięcia zysku z tytułu odsprzedaży elementów stalowych balustrad odwołujący również nie wskazał w wyjaśnieniach ceny, jak wyliczył ww. kwotę. Na tę okoliczność nie przedstawiono zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu.

Dopiero w treści odwołania odwołujący wyjaśniał, że *będzie mógł sprzedać stare balustrady po cenie złomu, tj. na dzień dzisiejszy po ok. 1000-1150 zł/t— zakładając ekstremalny scenariusz wymiany 9228 mb balustrad, materiału może być nawet ok. 200 t, co daje już kwotę ok. 200.000 zł.* Tak więc argumentację w tym zakresie należało uznać za spóźnioną. Tym niemniej jednak nawet ta spóźniona argumentacja okazała się nietrafna. Zamawiający w trakcie rozprawy złożył dowód przeciwny (*wyliczenia wartości pozyskania środków ze sprzedaży – utylizacji – balustrad U-12 A odzyskanych z rozbiórki na podstawie TIOMAN*). Z dowodu tego wynikało, że masa 1 mb demontowanej balustrady wyniosła 5,61 kg. Przyjmując wartość ceny złomu z zakresu podanego przez odwołującego w odwołaniu – 1,15 zł/kg, przy założeniu wymiany 9228 mb balustrad, otrzymamy 51 769,08 kg, a więc 51,769 t, a nie 200 ton, jak utrzymywał odwołujący. W konsekwencji umożliwiło to obniżenie ceny co najwyżej o 59.534,35 zł (51,769 t x 1150), a nie o 200.000 zł, jak utrzymywał odwołujący w odwołaniu.

Odnosnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – **niewykazania kosztów geodezji** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **zasadna**.

Izba stwierdziła, że wyjaśnienia odwołującego wraz ze złożonymi dowodami okazały się niespójne. W dokumencie „analiza kosztów”, stanowiącym załącznik nr 10 do wyjaśnień ceny odwołującego, odwołujący wskazał, że na pełną obsługę geodezyjną przewidział kwotę 60.000 zł. W wyjaśnieniach ceny wykonawca ujawnił, co następuje:

Koszty wykonania zamówienia w powyższym zakresie szacuje się na poziomie:

- 40 000 zł netto oraz
- Koszt utrzymania zespołu geodezyjnego na poziomie 20 000 zł netto
- jeden dzień pracy zespołu to koszt 1 200 zł netto (10 h/dzień, co daje stawkę godzinową na poziomie 120 zł netto).

Ponadto w ofercie podwykonawcy Polsuper, stanowiącej załącznik nr 6 do wyjaśnień ceny, wskazano na następujące założenia:

- pomiar lokalizacyjny miejsc usterek wraz z dokumentacją fotograficzną oraz pomiar przekrojów stanu istniejącego, wraz z porównaniem ich do projektu. - Cena około 40 000 netto.
- Miesięczny koszt zespołu to około 20 000 zł netto, a jeden dzień pracy zespołu to około 1200 zł netto, przy założeniu maksymalnie 10 godzin pracy dziennie.

Jak wynikało z przywołanych wyjaśnień i oferty podwykonawczej, sam koszt wykonania jedynie pomiaru przekrojów stanu istniejącego wynosił 40.000 złotych. Na wykonanie inwentaryzacji powykonawczej oraz bieżących pomiarów pozostało zatem jedynie 20.000 zł z ogólnej kwoty 60.000 zł przeznaczonej przez odwołującego na koszty geodezji. Wykonawca przy tym ujawnił dwa odrębne sposoby obliczania wynagrodzenia w ww. zakresie: miesięcznie za 20.000 zł netto lub 1200 zł netto za 1 dzień pracy zespołu. Wykonawca w wyjaśnieniach nie wskazał jednak, ile dni czy miesięcy pracy zespołu założył. W tej sytuacji nie wiadomo było, czy kwota 20.000 zł na wykonanie tego elementu okaże się wystarczająca.

Biorąc pod uwagę, że zamówienie będzie realizowane przez 9 miesięcy, kwota ta wystarczała na zaledwie 1 miesiąc pracy zespołu przy rozliczaniu ryczałtem miesięcznym. Gdyby natomiast uwzględnić rozliczanie przy pomocy podanej stawki za jeden dzień pracy zespołu, dawało to możliwość pracy przez około 16 dni. Jednakże wobec niesprecyzowania, przez jaki czas wykonawca planuje wykonywanie spornego elementu, brak było możliwości weryfikacji, czy wystarczy na to pozostająca kwota 20.000 zł.

Odnosnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – **niewykazania kosztów uzyskania zezwolenia na wykonanie robót w pasie drogowym dróg publicznych innych zarządców wraz z zabezpieczeniem i organizacją ruchu oraz utrzymanie i zabezpieczenie objazdów po drogach publicznych innych zarządców dróg** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **zasadna**.

Jeśli chodzi o ten element OPZ odwołujący w swych wyjaśnieniach ceny ograniczył się do stwierdzenia, że *Koszty ewentualnych zezwoleń na roboty w pasie drogowym, koszty utrzymania i zabezpieczenia objazdów zostały ujęte w kosztach pośrednich i stanowią część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie.*

Odnosząc się do tak sporządzonego fragmentu wyjaśnień ceny odwołującego należało wskazać, że powyższe twierdzenia odwołującego nic nie wnosily do sprawy. Jak słusznie wskazał zamawiający, odwołujący tym samym nie wykazał wysokości tych kosztów. Nie wiadomo bowiem było, jaka jest wysokość tych kosztów, w jakiej wysokości została ujęta w kosztach pośrednich i w cenach jednostkowych w kosztorysie.

Odnosnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – **niewykazania kosztów zobowiązania do dysponowania we flocie pojazdów samochodów użytkowanych przy realizacji tego zadania odpowiednim udziałem pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym** - Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty odwołującego okazała się **zasadna**.

Odwołujący w wyjaśnieniach ceny wskazał, że *Wykonawca planuje wynająć auta o napędzie elektrycznym. Zgodnie z ofertą od Mar-Auto roczny koszt wynajmu jednego takiego auta to 24.000zł netto. Zakładany udział pojazdów elektrycznych we flocie Wykonawca przyjął w wymiarze minimalnym tj. 20%. Wskazać należy, że koszty wynajmu aut elektrycznych wchodzi w koszty ogólne firmy a w związku z tym Wykonawca do kosztów ogólnych dla tego kontraktu doliczył koszty najmu w kwocie 5.000zł netto.*

Odwołujący załączył do wyjaśnień ofertę Mar-Auto, w której wskazano, że roczny koszt wynajmu jednego takiego auta to 24.000zł netto, a więc 2.000 zł miesięcznie. Jednocześnie jednak w kalkulacji ceny (załącznik nr 10 do wyjaśnień ceny) odwołujący wskazał, że na elektromobilność przeznaczono kwotę 4.800 zł, co wystarczało jedynie na ponad 2 miesiące świadczenia usługi. Tymczasem zgodnie z pkt 7 SWZ, termin realizacji robót określono jako 9 miesięcy od dnia podpisania umowy. Nawet uwzględniając ewentualnie dodatkowe 5.000 zł za najem pojazdu elektrycznego ujęte w kosztach ogólnych, to wystarczało to na kolejne 2,5 miesiąca użytkowania auta. Biorąc powyższe pod uwagę, uzasadnione są wątpliwości zamawiającego, czy odwołujący zapewnił minimalny 20% udział pojazdów elektrycznych we flocie w okresie realizacji zamówienia, biorąc pod uwagę, że wykonawca zaniechał podania informacji, ile ogólnie pojazdów będzie wchodziło w skład jego floty.

Odnośnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – niedoszacowania **kosztów przeglądów eksploatacyjnych wszystkich wykonanych urządzeń, przeglądów gwarancyjnych oraz kosztów napraw gwarancyjnych** – Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty okazała się **niezasadna**.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał, że *Odnosząc się do pozycji z oferty Wykonawcy — koszty przeglądów eksploatacyjnych wszystkich wykonanych urządzeń, przeglądów gwarancyjnych oraz Koszty napraw gwarancyjnych, Wykonawca przyjął je na poziomie 0,5% oferty netto, co stanowi kwotę 15.036,94 netto, a nie jak Wykonawca przyjął w analizie kosztów do wyjaśnień Wykonawcy RNC 12.000,00 złotych.*

Odnosząc się do tak podanej podstawy faktycznej odrzucenia oferty Izba stwierdziła, że zamawiający nieprawidłowo uznał, że odwołujący w kalkulacji kosztów (załącznik nr 10 do wyjaśnień odwołującego) na ten element przeznaczył jedynie kwotę 12.000 zł. Faktycznie taka kwota wynikała z pkt 12 kalkulacji, zatytułowanego *przeglądy eksploatacyjne i gwarancyjne*. Jednakże uszło uwadze zamawiającego, że kalkulacja kosztów obejmowała również pozycję nr 14 - *naprawy gwarancyjne* w wysokości 14.383,22 zł. Po zsumowaniu wartości obu pozycji otrzymujemy kwotę 26.383,22 zł, która przewyższała poziom 0,5 %

ceny oferty netto, wynoszący 15.036,94 zł. Oferta odwołującego w tym zakresie nie okazała się zatem niedoszacowana.

Odnosnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – niedoszacowania **kosztów pozyskania polis ubezpieczeniowych** – Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty **okazała się zasadna**.

W wyjaśnieniach ceny odwołujący wskazał, że:

Szacunkowa stawka pozyskania polis kształtuje się na poziomie 1,5% wartości kontraktu z Vat w stosunku rocznym. Wykonawca koszty te koszty uwzględnił w kosztach pośrednich i stanowią one część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie. Przyjęty dla wyceny oferty koszt ubezpieczeń to min. 14 000 zł netto. Do wyjaśnień odwołujący załączył dowód - ofertę kancelarii brokerskiej Aspergo Sp. z o.o. z dnia 4.10.2022 r., w której informuje, że szacowana składka ubezpieczeniowa dla tego zdania wyniesie ok. 14.000 zł.

Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zwrócił uwagę, że podana przez odwołującego wartość 1,5% liczona od wartości kontraktu, biorąc pod uwagę okres trwania kontraktu, wynosi 41.614,72 złotych, a nie 14.000 zł.

Odnosząc się do ww. kwestii Izba stwierdziła, że w kalkulacji ceny odwołujący w pozycji 10 – ubezpieczenia – ujawnił jedynie kwotę 14.000 zł, a więc odpowiadającą wysokością ofercie Aspergo. Natomiast w dalszym ciągu nie została omówiona i wyjaśniona pozostała kwota, to jest 27.614,72 zł. Odwołujący w tym zakresie poprzestał tylko na stwierdzeniu, że kwota jest uwzględniona *w kosztach pośrednich i stanowi część narzutu dodanego do każdej pozycji i ceny jednostkowej w kosztorysie*. Wykonawca nie wyjaśnił zatem, w jaki sposób wyliczył pozostałą część kosztu pozyskania ubezpieczeń i co się na nią składa. Z pewnością bowiem nie jest to koszt ubezpieczenia z oferty Aspergo opisany w poz. 10 kalkulacji.

Odnosnie kolejnej podstawy odrzucenia oferty odwołującego – niedostatecznego wyjaśnienia **kosztów badania zgodnie z SST oraz obowiązującymi przepisami** – Izba stwierdziła, że ta podstawa odrzucenia oferty **okazała się częściowo zasadna**.

W swych wyjaśnieniach ceny odwołujący ograniczył się do stwierdzenia, że *w kalkulacji ceny ofertowej, na potrzeby wykonania badań założył kwotę ok. 40.000 zł. Wykonawca te koszty uwzględnił w części ogólnej i stanowią one część narzutu dodanego do każdej ceny jednostkowej w kosztorysie*. Ponadto odwołujący złożył w charakterze dowodu ofertę LAB-TECH.

W pierwszej kolejności nie podzielono stanowiska zamawiającego, jakoby w cenie oferty nie należało uwzględniać kosztów badań betonu. Izba wzięła pod uwagę treść

odpowieź zamawiającego na pytanie 43 z dnia 03.10.2022 r. o treści: „*Pozycie od 1 do 26 należy wycenić jako wymianę uszkodzonych balustrad na nowe — zatwierdzone zgodnie z wymaganiami projektu. Zamawiający nie dopuszcza doraźnych napraw powierzchni malarskich elementów malowanych proszkowo. Roboty dotyczące pobocza będą rozliczane zgodnie z ceną ofertową dotyczącą poboczy*”. Jak wynikało z przywołanej odpowiedzi, balustrady powinny być nowe. Powyższe oznaczało, że nowe powinny być także ich fundamenty, wykonywane z betonu klasy C25/30 (zgodnie z pkt. 2.4 SST D.07.06.02). Z kolei dla partii betonu konieczne będą badania ich parametrów: wytrzymałości, nasiąkliwości, wodoszczelności i mrozoodporności. Ponadto na fakt, że będzie konieczny nowy materiał betonowy do stabilizacji balustrad zamawiający wskazywał choćby na str. 29 odpowiedzi na odwołanie.

Dokonując natomiast analizy dowodu – oferty LAB-TECH - Izba stwierdziła, że ujawniono tam tylko ceny jednostkowe badań pozostających w ofercie LAB-TECH oraz cenę jednostkową za przyjazd. Jednakże odwołujący nie sprecyzował, jak oszacował przyjętą do kalkulacji kwotę 40.000 zł. Jak słusznie zarzucił zamawiający, nie podano szacowanej ilości badań na podstawie, których wyliczono ostateczną wartość oferty. Podana kwota 40.000 zł pozostała zatem de facto niewyjaśniona.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, z powodu niewykazania przez odwołującego, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie ponownego wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień ceny. Wbrew stanowisku odwołującego przedstawionym w odwołaniu, jego pierwsze wyjaśnienia ceny z 17 października 2022 r. nie okazały się wyczerpujące, z przyczyn wskazanych wcześniej. Pomimo prawidłowego wezwania zamawiającego, dla wielu elementów cenotwórczych nie przedstawiono jakichkolwiek wyliczeń. Nie złożono także w wielu obszarach wymaganych przez zamawiającego dowodów, które potwierdziłyby oświadczenia przedstawione w wyjaśnieniach. W orzecznictwie Izby dopuszczono wprawdzie możliwość ponownego skierowania do wykonawcy wezwania do wyjaśnień ceny w trybie art. 224 Pzp, ale tylko w sytuacji, gdyby takie wezwanie służyło rozwianiu wątpliwości co do już złożonych wyjaśnień i dowodów. Niedopuszczane jest natomiast w tym trybie ponowienie wezwania do złożenia wciąż brakujących wyjaśnień i dowodów, które mogły i powinny być złożone w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Dostrzeżenia bowiem wymaga, że wezwanie dotyczyło nie tyle wyjaśnienia istotnych części składowych ceny, co wyjaśnienia całej ceny, zatem odwołujący powinien był kompleksowo wyjaśnić wysokość zaoferowanej ceny, w tym szczegółowo i

wyczerpująco opisać okoliczności ją uzasadniające. Tymczasem pierwsze wyjaśnienia nie nosiły tych cen, a źródłem wątpliwości były złożone wyjaśnienia, które nie były wyczerpujące, ani nie zostały poparte rzetelnymi dowodami, przeciwnie – nie poddawały się weryfikacji. Taka okoliczność nie uzasadnia ponownego wezwania. Wobec powyższego ww. zarzut podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.*

W analizowanej sprawie nie stwierdzono takich naruszeń ustawy Pzp, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania. Jak stwierdzono wcześniej, oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 3 w związku z art. 218 ust. 2 i art. 275 Pzp, jako niezgodna z przepisami ustawy,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 8 Pzp oraz w zw. z art. 83 i 58 k.c., jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt. 7 ustawy Pzp, jako została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego na ww. podstawach prawnych naruszył wymienione wyżej przepisy ustawy Pzp. Jednakże naruszenia te nie miały i nie mogą mieć wpływu na wynik postępowania. Izba stwierdziła bowiem jednocześnie, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp, z powodu niewykazania przez odwołującego, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. W rezultacie zamawiający prawidłowo wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawcę Budrex sp. z o.o. Wynik postępowania okazał się zatem prawidłowy.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 pkt b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego, o kosztach postępowania orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....