

Sygn. akt: KIO 1029/22

WYROK
z dnia 10 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 i 5 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę **System – Barosz Gwimet Sp. z o.o. z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Finansów w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **BIT S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1029/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę **System – Barosz Gwimet Sp. z o.o. z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Ministerstwo Finansów [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *Rozbiórkę i Utylizację Lokalizacji lub Elementów lub Demontaż i Utylizacja Elementów IP KSPO, odpowiednio do zakresu wskazanego w Instrukcji Usunięcia Infrastruktury Przydrożnej* (znak postępowania: R/004/22/DPO/G/260).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 lutego 2022 r. pod numerem nr 2022/BZP 00046904/01.

W dniu 13 kwietnia 2022 r. wykonawca System – Barosz Gwimet Sp. z o.o. z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5, 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy BIT spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie [dalej „BIT”], w sytuacji, gdy oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu Zamówienia, a Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień nie udowodnił i nie wykazał, aby zaoferowana cena i koszty (w tym ich części składowe) nie były rażąco niskie;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 5, 6 ustawy Pzp w zw. z art 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad nieuczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawcy, uznając ofertę BIT S.A. za niebudzącą wątpliwości w zakresie ceny co doprowadziło do zaniechania uznania oferty tego wykonawcy za zawierającą rażąco niską cenę, zaś samo złożenie oferty w takiej formie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty;
3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez BIT S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy oferta złożona przez BIT S.A. jako zawierająca cenę rażąco niską powinna zostać odrzucona, a w jej miejsce za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego;
4. art. 226 ust. 1 lit. a) i b) ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia BIT S.A. z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej tj. dysponowania referencjami oraz zasobami

ludzkimi co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podjęte przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BIT S.A. w związku z faktem, że zaproponowana cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej;
4. ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wykluczenia BIT S.A. z postępowania w związku z faktem, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
5. orzeczenie na rzecz Odwołującej się uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, obejmujących w szczególności koszty uiszczanego wpisu, koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz koszty dojazdu na posiedzenie, określonych na podstawie rachunku, który zostanie przedłożony do akt sprawy.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy, jak również uzasadnienie prawne podniesionych zarzutów.

Odwołujący wskazał na uzasadnione wątpliwości dotyczące kalkulacji cenowej firmy BIT S.A. zgodnie z załącznikiem A1. Wskazał, że Wykonawca BIT S.A. wycenił dokładnie ten sam zakres robót określony w zakresie podstawowym oraz w opcji II w skrajnie różnych cenach. Ceny wskazane w zakresie podstawowym, Wykonawca BIT S.A. wycenił na realnym poziomie cenowym, w którym przedmiotowe zadanie jest możliwe do wykonania bez ponoszenia strat. Natomiast w przypadku opcji II Wykonawca ten wykazał ceny zasadniczych pozycji o ok. 300% niższe za wykonanie tego samego zakresu robót co w z zakresie podstawowym. Jako podmiot posiadający wieloletnie doświadczenie w budowie i demontażu bramownic, Odwołujący wskazał, że przedmiotowe zadanie jest nierealne do wykonania w cenach wskazanych w opcji II. W związku z powyższym kalkulacja firmy BIT S.A. nosi znamiona rażąco niskiej ceny. W piśmie z dnia 11 marca 2022 r. Odwołujący przygotował i przedstawił Zamawiającemu symulację cen oferty Wykonawcy BIT S.A. z uwzględnieniem cen przyjętych przez tego Wykonawcę dla zamówienia podstawowego. Zgodnie z symulacją kalkulacji cenowej łączna cena za wykonanie zadania to 18 296 756,76 zł, a nie wskazane w ofercie BIT S.A. 11 988 816,97 zł. Odwołujący dostarczył Zamawiającemu porównanie ofert, które jednoznacznie wskazuje, biorąc pod uwagę złożone

oferty w zakresie zadania podstawowego, że oferta Odwołującego jest o 1 432 814,70 zł niższa w stosunku do oferty BIT S.A., a w stosunku do wszystkich ofert najtańsza.

Odwołujący wskazał, że uwzględniając mocno zaniżoną przez BIT S.A. opcję II, łączna cena oferty BIT S.A. tylko z pozoru wydaje się konkurencyjna. Odwołujący podejrzewa, że wykonawca prawdopodobnie przewiduje wykorzystanie możliwości odstąpienia od umowy po zrealizowaniu zakresu podstawowego. Zgodnie z par.18, pkt 18.11, ppkt 20 projektu Umowy wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy z powodu okoliczności nie leżących po stronie Zamawiającego to tylko 100 000,00 zł. Powyższe wątpliwości Odwołujący wskazał Zamawiającemu w piśmie z dn. 11 marca 2022 r. Na pismo to Zamawiający nie udzielił odpowiedzi.

Odwołujący podkreślał, że przygotował ww. kalkulację w sposób rzetelny, bazując na długoletniej współpracy z GDDKiA, GITD, a obecnie z Ministerstwem Finansów i zdobytym w zakresie budowy i demontażu bramownic systemu KSPO doświadczeniem. Odwołujący podkreślał, że jako jeden z nielicznych Wykonawców w gronie oferentów może wykazać się faktycznym kompleksowym wykonawstwem usług w zakresie budowy i demontażu bramownic, czego w przypadku Wykonawcy BIT S.A. nie można stwierdzić z uwagi na brak przedstawienia referencji. Odwołujący posiada 10 letnie doświadczenie w realizacji projektów budowy i demontażu systemów KSPO. Firma wykonuje cały zakres prac własnymi zasobami i tym samym doskonale zna technologię prac i koszty, co stanowi o posiadanych kompetencjach i konkurencyjności.

Odnosząc się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedłożonych przez Wykonawcę BIT S.A. Wykonawca ten wskazał, że aby dana cena została uznana za rażąco niską musi ona odbiegać od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku, bądź też, nie pozwalać na utrzymanie rentowności wykonawcy w projekcie, być ceną pozostającą w rażącej dysproporcji do oferowanego świadczenia w sytuacji gdy realizacja zamówienia za taką cenę nie jest możliwa, ceną niewiarygodną i nierealną czy też niedającą możliwości osiągnięcia zysku. Odwołujący bazując na swoim doświadczeniu zapewnia że ceny wykazane w opcji II nie umożliwiają wykonania zadania z zachowaniem rentowności, wręcz przeciwnie z dużą stratą. Wyjaśnienie BIT S.A. stoi w sprzeczności ze sposobem przygotowania kalkulacji, zakładając iż zgodnie z zapisami SWZ i projektu umowy Zamawiający ma prawo w dowolny sposób zrealizować zamówienie podstawowe, prawo opcji I i opcji II.

W swoich wyjaśnieniach Wykonawca BIT S.A. wskazuje również że *„W zakresie wyjaśnień dotyczących rozbieżności cen jednostkowych tożsamyh pozycji Formularza ofertowego pragniemy wskazać, iż głównym celem prowadzenia działalności gospodarczej jest osiągnięcie maksymalnych korzyści finansowych, zapewnienie płynności finansowej oraz rentowności prowadzonych aktywności rynkowych. Pragniemy podkreślić, iż pozycje*

wymienione jako prawo opcji są to elementy oferty, które mogą, ale nie muszą się zmaterializować w okresie trwania umowy. Tym samym Wykonawca dokonując rzetelnej kalkulacji ofertowej oraz ograniczając ryzyko nie wydarzenia się prawa opcji - wszystkie koszty stałe niezbędne do poniesienia w okresie trwania umowy (...) zostały uwzględnione w zakresie podstawowym zamówienia. W ramach prawa opcji Wykonawca założył jedynie koszty bezpośrednio związane z realizacją dodatkowego zakresu prac.” Odwołujący wskazał, że tzw. opcja nie zawsze z zasady jest realizowana na końcu zadania. Istnieje możliwość rozpoczęcia przez Zamawiającego realizacji zadania od opcji II. W jaki wówczas sposób Wykonawca BIT S.A. wywiązałby się z przywołanych przez siebie z wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny osiągnięciu zysku, bądź też rentowności. Odwołujący podkreślał, że opcja II została w skalkulowana przez BIT S.A. w sposób zupełnie odbiegający od realiów rynkowych.

W dalszej kolejności odwołując się do treści uzasadnienia rażąco niskiej ceny przez BIT S.A. tj. *„W ramach opcji, która w opinii Wykonawcy jest mało prawdopodobna, aby zapewnić konkurencyjność oferty przyjęliśmy mniejsze narzuty marżowe”*. Odwołujący wskazał na pewne wątpliwości co do wiedzy, którą może posiadać Wykonawca BIT S.A. w zakresie prawdopodobieństwa zrealizowania opcji II. Z wyjaśnień wynika, że Wykonawca BIT S.A. przygotowując kalkulację założył, że opcja II nie zostanie zrealizowana. Na marginesie Odwołujący wskazał, że nawet w sytuacji rozpoczęcia realizacji zadania od zamówienia podstawowego, a opcje miałyby zostać zrealizowane w późniejszym czasie, to Wykonawca mając zamiar wykonać zadanie w wycenionej po zaniżonych cenach opcji II, nie wziął pod uwagę stałego wzrostu cen towarów i usług, inflacji, presję pracowników związaną z waloryzacją wynagrodzeń, zwiększenie kosztów pracowniczych itd. Odwołujący chciałby w tym miejscu wskazać na pewne wątpliwości co do sposobu przygotowania treści Specyfikacji Warunków Zamówienia. Co w przypadku, gdyby Wykonawcy przygotowali kalkulację w zakresie podstawowym w mocno zawyżonych cenach, a każdą z pozycji w opcji I i opcji II wycenili za przysłowiową złotówkę? Czy Zamawiający nadal przy wyborze wykonawcy sugerowałby się łączną wartością złożonej oferty?

Zgodnie z wyjaśnieniem BIT S.A. z dn. 16 marca 2022 r. Wykonawca ten wskazuje iż *„posiada zaplecze techniczne oraz zatrudnia własne zasoby, które zostaną przeznaczone do realizacji tego zamówienia. Zważywszy na fakt iż kadra pracownicza zarówno zarządcza, monterska, jak i specjalistyczna w tym informatycy i specjaliści w dziedzinie systemów zabezpieczeń wizyjnych...”* oraz *„Wykonawca nie poniósł zatem żadnych dodatkowych kosztów, warunkowanych np. dodatkowymi umowami cywilno-prawnymi, związanych z pozyskaniem zespołu specjalistów o kwalifikacjach i doświadczeniu wymaganych przez Zamawiającego.”* Wymienieni przez BIT S.A. specjaliści *„kadra pracownicza zarówno zarządcza, monterska, jak i specjalistyczna w tym informatycy i specjaliści w dziedzinie*

systemów zabezpieczeń wizyjnych...” to po prostu etatowi pracownicy związani z podstawową działalnością BIT S.A. zgodnie z KRS, a nie osoby które bezpośrednio będą zaangażowane w wykonanie zakresu prac określonych w przedmiotowym zadaniu. Z posiadanej przez Odwołującego wiedzy wykonawca BIT S.A. nie posiada zasobów do wykonania zasadniczej części zadania tj. demontaż konstrukcji stalowej wraz z fundamentami. Wykonawca BIT S.A. nie posiada doświadczenia oraz wiedzy związanej z demontażem konstrukcji stalowej i fundamentów które to stanowi główny przedmiot zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Wykonawca BIT S.A. w wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny wskazuje, że na cenę wpływ ma to iż *„zatrudnieni są w głównym oddziale firmy BIT S.A zlokalizowanym w Białymstoku gdzie średnie koszty wynagrodzeń są niższe niż w innych częściach kraju”*. Następnie wskazuje, że *„Wykonawca – BIT S.A. posiada terenowe oddziały i zespoły serwisowe na obszarze całej Polski, które zostaną wykorzystane do realizacji przedmiotowego zadania. Zespoły serwisowe wyposażone są w specjalistyczny sprzęt i narzędzia umożliwiające zarówno prowadzenie prac w pasie drogowym jak również ich zabezpieczenie. Zespoły Wykonawcy wyposażone są we własne systemy oznakowania robót prowadzonych w pasie drogowym zgodnie z wytworzonymi i zatwierdzonymi projektami organizacji ruchu.”*. Strona internetowa BIT S.A. nie wskazuje na to by spółka posiadała oddziały terenowe na obszarze całej Polski. Wobec tego zachodzą wątpliwości czy Wykonawca korzysta w określonym zakresie z własnych zasobów czy też korzysta z podwykonawców. Z drugiej strony, jeżeli Wykonawca stwierdza, że zadanie będą wykonywać oddziały terenowe, nie może tym samym podnosić w uzasadnieniu ceny niskich kosztów wynagrodzeń jedynie dla pracowników biura w Białymstoku ponieważ poziom wynagrodzeń na terenie kraju jest zróżnicowany.

W piśmie z dn. 16 marca 2022 r. Wykonawca BIT S.A. wskazuje również, że *„do wyceny przyjęta została pracochłonność robót oszacowana na podstawie doświadczenia przy przeprowadzonych rozbiórkach IP KSPO”* oraz *„podkreślamy, iż BIT S.A. poprzez wieloletnie świadczenie analogicznego zakresu usługi może w sposób najrealniejszy oszacować wszystkie koszty, tym samym założyć kompletną i konkurencyjną ofertę”*. Wykonawca BIT S.A. w swoich wyjaśnieniach wielokrotnie powołuje się na wieloletnie doświadczenie w zakresie realizacji zadań w ramach projektu IP KSPO. Wykonawca ten nie przedstawił jednak jakichkolwiek dowodów potwierdzający fakt posiadania wskazanego doświadczenia. Co więcej, według wiedzy Odwołującego, Wykonawca BIT S.A. nie posiada żadnego doświadczenia w rozbiórce KSPO. Podkreślenia wymaga, że wyjaśnienia składane przez Wykonawcę nie powinny być gołosłowne lecz zawsze poparte odpowiednimi dowodami wykazującymi prawdziwość twierdzeń przytoczonych w ramach składanych przez konkretnego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca BIT S.A. powołuje się na swoje bogate

doświadczenie - nie złożył jednak stosownych referencji, a w zakresie wykonania głównego i najbardziej skomplikowanego przedmiotu zadania korzysta z podwykonawcy.

Odwołujący wskazał, że do wykonania podstawowej i najbardziej skomplikowanej części zadania związanego z rozbiórką KSPO, Wykonawca BIT S.A. nie korzysta z własnych zasobów, a z usług podwykonawcy ERPLAST sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy. Tym samym Odwołujący wskazuje, że Wykonawca BIT S.A. ponownie niesłusznie powołał się na korzystanie z pracowników „którzy zatrudnieniu są w głównym oddziale firmy BIT S.A. zlokalizowanym w Białymstoku gdzie średnie koszty wynagrodzeń są niższe niż w innych częściach kraju”. Z uwagi na powyższe większość pracowników którzy będą zaangażowani w przedmiotowe zadanie to pracownicy firmy Erplast - wobec tego wskazana oszczędność dot. wynagrodzeń pracowników w rzeczywistości nie ma odzwierciedlenia. Wykonawca BIT S.A. nie ma wpływu na wysokość wynagrodzenia pracowników swojego podwykonawcy. Wobec tego należy również wskazać, że Wykonawca BIT SA podkreślając, że jego cena jest konkurencyjna z racji korzystania z własnych zasobów, jest stwierdzeniem nieprawdziwym.

Odwołujący zwracał uwagę, że zgodnie z kalkulacją BIT S.A., korzystając w dużej mierze z usług podwykonawcy, przedmiot zamówienia jest nierealny do wykonania. Tym samym Odwołujący ma uzasadnione wątpliwości co do faktycznego doświadczenia i umiejętności BIT S.A. w zakresie przedmiotowego zadania. Należy również wskazać, że Wykonawca BIT S.A. nie odniósł się do wszystkich punktów ujętych w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie określenia: szczegółowo kosztów robocizny, kosztu materiałów, pracy sprzętu dla pozycji wymienionych w wezwaniu tj. 1-5, 8-11, 14-50.

Oferta BIT S.A. w zakresie opcji II w znaczący sposób odbiega od realnego poziomu oraz poddają w wątpliwość wykonanie całości zadania. Odwołujący podnosił, iż wyjaśnienia złożone przez BIT S.A. są wobec tego niekompletne i nie potwierdzają okoliczności, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Podkreślał, że przyczyną wskazania ceny rażąco niskiej w porównaniu do innych ofert może być świadome działanie lub nierzetelność w dokonywaniu kalkulacji przez wykonawcę. Co istotne tego typu działanie może prowadzić do zagrożenia nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania w przyszłości.

Biorąc pod uwagę swoje doświadczenie, Odwołujący przygotował kalkulację kosztów rzeczywistych niezbędnych do wykonania zadania. Odwołujący bazując na swoim wieloletnim doświadczeniu w budowie i demontażu systemu KSPO zapewnia, że zadanie poniżej wskazanych w tabeli która stanowi załącznik nr 5 do niniejszego Odwołania, jest nierealne do wykonania. Dla przykładu BIT S.A w pozycji 32 swojej ofert wykazuje cenę netto 22 642,00 zł - jest to cena jednostkowa na którą się składa główny składnik kosztowy czyli rozbiórka i utylizacja konstrukcji stalowej wraz z fundamentami. Firma BIT S.A. bazuje tutaj w przeważającej mierze na ofercie Erplast sp. z o.o. która to wyceniła usługę rozbiórki i utylizacji konstrukcji stalowej wraz z fundamentami za cenę jednostkową wynoszącą netto

17 000,00 zł. Odwołujący przygotował dokładną i rzetelną kalkulację tej usługi która wynosi łącznie netto 34 990,00 zł. Tym samym Odwołujący przedstawia dowód na okoliczność, że firma Erplast sp. z o.o. rażąco zaniżyła koszty wykonania usługi, a co za tym idzie spowodowało to rażąco zaniżenie ceny przez Wykonawcę BIT S.A., co też z kolei może spowodować poważne zagrożenie niewykonania przedmiotowego zamówienia (tabela cz.1).

Odwołujący wskazał dla przykładu na przedstawione w ofercie BIT S.A. pozycję 49 - demontaż i utylizacja przyłącza energetycznego, która to została wyceniona na kwotę netto 15 000,00 zł. Dowód na okoliczność rażąco niskiej ceny w tym zakresie stanowi przygotowana przez Odwołującego kalkulacja kosztów niezbędnych do wykonania zadania.

Wobec powyższego Odwołujący wskazał, iż oferta złożona przez BIT S.A. zawiera cenę rażąco niską, przez co powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Wykonawca BIT S.A., udzielając wyjaśnień nie udowodnił, że nie zaoferował rażąco niskiej ceny. W ocenie Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Wykonawcy BIT S.A. zostały sporządzone w sposób niewystarczający, nierzetelny oraz niekompletny. Wyjaśnienia te zawierają błędne i nieprawdziwe stwierdzenia oraz nie przedstawiają konkretnych dowodów mających potwierdzać wskazywane przez siebie okoliczności w zakresie rażąco niskiej ceny na potwierdzenie zaoferowanej ceny, co z kolei powoduje konieczność uznania, że oferta ta winna podlegać odrzuceniu, gdyż zawiera cenę rażąco niską. W momencie wystosowania wezwania do wyjaśnienia ceny, po stronie wykonawcy powstaje obowiązek przedstawienia rzetelnych, wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień co do sposobu kalkulacji ceny, przyjętych założeń, uwzględnionych czynników kosztotwórczych i innych okoliczności mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Z kolei konsekwencją złożenia wyjaśnień, które to nie pozwalają stwierdzić, że zaoferowana cena jest realna, bądź też nie są wyczerpujące i poparte dowodami, jest - w świetle art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp obowiązek odrzucenia oferty. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nie powinien uwzględnić wyjaśnień złożonych przez BIT S.A. a w związku z tym odrzucić jego ofertę jako zawierającą rażąco niską cenę. Tym samym doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 5, 6 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. i 3. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonując badania i oceny oferty obowiązany jest również ustalić, czy jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał brzmienie art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz art. 15 ust. 1 pkt 1. Odwołujący wskazał, iż za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy m. in. manipulowanie ceną oferty przez określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, nie pozwalającym na pokrycie rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lipca 2020

r., KIO 1042/20). Podkreślał, że obowiązkiem Zamawiającego jest pełne zweryfikowanie oferty. Uwzględnienie przez Zamawiającego przedstawionych przez wykonawcę BIT S.A. wyjaśnień doprowadziło do sytuacji w której naruszono m.in zasadę uczciwej konkurencji. Dopuszczenie bowiem oferty zawierającą rażąco niską cenę uniemożliwia pozostałym uczestnikom postępowania konkurowania na równych i sprawiedliwych zasadach.

W związku z okolicznościami wskazanymi w niniejszym odwołaniu, Odwołujący wskazał również na zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp. Wybór oferty najkorzystniejszej dotyczy oferty, która nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w oparciu o zarzuty dotyczące naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W takim przypadku oferta Odwołującego otrzymałaby maksymalną liczbę punktów w ramach wszystkich kryteriów oceny ofert i to ta oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Wskazane w uzasadnieniu odwołania nieprawidłowości po stronie wykonawcy BIT S.A. zagwarantowały, że to oferta BIT S.A. w kryterium „Cena” uzyskała najwyższą korzystną ilość punktów. W ocenie Odwołującego działanie BIT S.A. należy uznać za świadome i nakierowane na eliminację z postępowania innych wykonawców. Tym samym obowiązkiem zamawiającego było odrzucenie oferty Przystępującego. Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty, która pozornie była najkorzystniejsza, podczas gdy cena zaoferowana przez BIT S.A. jest ceną rażąco niską. Cena zaoferowana w opcji II przez Wykonawcę BIT S.A. uniemożliwia wykonanie tego zakresu prac zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W ocenie Odwołującego wykonanie całości przedmiotowego zamówienia obejmującego również opcję I oraz II jest wątpliwe i najprawdopodobniej doprowadzi do niewykonania zobowiązania w całości. Podkreślał, że cena zaoferowana przez BIT S.A. w opcji II nie pozwoli na wykonanie tego zakresu robót. Dokonując wyboru oferty Zamawiający jest zobowiązany do należytego zbadania ofert, a co za tym idzie do dokonania również krytycznej analizy treści oferty (wyrok KIO z dnia 21.06.2019 r. sygn. akt: 1032/19). Nie wypełnienie tego obowiązku w sposób należyty doprowadziło do dopuszczenia, a następnie do wyboru oferty zawierającą rażąco niską cenę jako pozornie najkorzystniejszej. Zamawiający nie zbadał w sposób prawidłowy oferty oraz wyjaśnień wykonawcy BIT S.A., nie wziął pod uwagę realności zaoferowanej ceny w opcji II. Wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje które poparte są wiarygodnymi dowodami. Należy wskazać, że wyjaśnienia BIT S.A. nie sprostają tym wymaganiom ponieważ wykonawca ten nie udowodnił realności ceny oraz nie zapewnił prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnośnie zarzutu, o którym mowa w punkcie 4. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, że wykonawca BIT S.A. nie wykazał, że posiada doświadczenie wymagane w pkt 7.1.4. SWZ. Wykonawca BIT S.A. w przedłożonej ofercie nie dostarczył wykazu osób oraz referencji, mimo że zgodnie z zapisami SWZ par. 7, ppkt 7.1.4.1 oraz 7.1.4.2. warunkiem

udziału w postępowaniu jest wykazanie się referencjami oraz wykazem osób posiadających określone w SWZ kwalifikacje i uprawnienia. Wykonawca BIT S.A. dołączył jedynie pismo pt. „zastrzeżenie wykazu osób i wykazu robót budowlanych”, nie załączając przedmiotowych dokumentów. Tym samym zastrzegł tajemnicą dokumenty, których w ogóle nie złożył. Zamawiający w SWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i dysponowania zasobami. Został również określony zakres posiadanego doświadczenia w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Ponadto w 14 zapytaniach do treści SWZ niejednokrotnie został podnoszony temat doświadczenia i wykazu osób. Z dokumentacji przetargowej i korespondencji wynika, że Zamawiający najprawdopodobniej w ogóle nie wezwał BIT S.A. do uzupełnienia tej dokumentacji bazując jedynie na Oświadczeniu z załącznika D do SWZ - oświadczenie to stanowi dowód tymczasowo zastępujący wymagane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Odwołujący zwracał się pisemnie do Zamawiającego o udostępnienie wykazu robót i wykazu osób Wykonawcy BIT S.A. jednak w toku postępowania dokumenty te nie zostały udostępnione. W ocenie Odwołującego BIT S.A. nie dopełnił warunków wskazanych w SWZ bowiem nie wykazał, że dysponuje określonymi referencjami oraz zasobami ludzkimi oraz w związku z tym w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 kwietnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający na wstępie wskazał nieścisłość w zakresie stanu faktycznego zaprezentowanego przez Odwołującego dotyczącą zarzutu 4.

W zakresie zarzutów zawartych w punktach 1 – 3. *petitum* odwołania Zamawiający wskazał, że Odwołujący wskazuje, iż: *„Ceny wskazane w zakresie podstawowym Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna - wycenił na realnym poziomie cenowym, w którym przedmiotowe zadanie jest możliwe do wykonania bez ponoszenia strat.”* Zamawiający zaznacza, iż sam Odwołujący, w zamówieniu podstawowym wskazał niższe ceny w porównaniu do cen zaoferowanych przez Wykonawcę - BIT Spółka Akcyjna, co mogłoby oznaczać, bazując na przytoczonym stwierdzeniu Odwołującego, że to sam Odwołujący zaproponował ceny (w poszczególnych pozycjach Formularza Cenowego) niebędące na realnym poziomie, co mogłoby rzutować na wykonanie zadania poprzez poniesienie strat. Różnica cenowa pomiędzy analogicznymi pozycjami Załącznika A1 do Formularza Ofertowego – Formularz Cenowy, zwany dalej „Formularzem Cenowym” jest dość znacząca

i np. w zakresie pozycji nr 1 Formularza Cenowego dotyczącej – rozbiórki i utylizacji kompletnej IP KSPO (Infrastruktura Przydrożna Krajowego Systemu Poboru Opłat) z przyłączem oferta Odwołującego jest ofertą tańszą o ok 25 % względem oferty Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna.

Powyższe zdaniem Zamawiającego potwierdza realność i rynkową wartość oferty Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna w kontekście wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę w Postępowaniu. Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna został wezwany pismem Zamawiającego z dnia 10 marca 2022 r. do przedstawienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. W przedmiotowym wezwaniu Zamawiający wniósł o przedstawienie wyjaśnień m.in. w zakresie cen jednostkowych w tożsamych pozycjach Formularza Cenowego. Z przedstawionych wyjaśnień Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna wynikało, iż: *„(...) wszystkie koszty stałe niezbędne do poniesienia w okresie trwania umowy tj. wynagrodzenia pracowników, doposażenie stanowisk pracy (dodatkowe: zestawy znaków do zabezpieczenia prac na drodze (znaki pionowe, lampy ostrzegawcze), elektronarzędzia (klucze udarowe, szlifierki kątowe, młotowiertarki udarowe, wiertarko-wkrętarki), mobilne oświetlenia miejsca prac, przyczepa towarowa, podnośnik koszowy, auto osobowe z napędem 4x4, ostrzegawcza odzież robocza), leasing samochodów, koszty wynajmu powierzchni magazynowych, a także szkolenia personelu, obsługa prawna, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp. zostały uwzględnione w zakresie podstawowym zamówienia. W ramach prawa opcji Wykonawca założył jedynie koszty bezpośrednio związane z realizacją dodatkowego zakresu prac - bez ww. pozycji kosztowych oraz zysk Wykonawcy. Szczegółowe zestawienie zostało ujęte w Załączniku nr 1”*. Przedstawione powyżej wyjaśnienia Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna łączą się zdaniem Zamawiającego w logiczną, spójną i sensowną całość biorąc pod uwagę różnice w cenach pomiędzy Odwołującym, a Wykonawcą - BIT Spółka Akcyjna. Ta różnica jest więc różnicą niejako zaplanowaną, która wynika z różnego sposobu kalkulowania ofert przez każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu. Wyjaśnienia Wykonawcy - BIT Spółka Akcyjna wskazują, że przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie stanowiły wyłącznie próby uzasadnienia ceny zaoferowanej w swojej ofercie, jednak faktycznie wskazywały na „przerzucenie” pewnych kosztów do zamówienia podstawowego.

Zamawiający wskazał, iż Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna nie był jedynym z oferentów, którzy zaproponowali odmienne ceny jednostkowe dla zamówienia podstawowego i zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji. Tożsamy sposób kalkulacji Oferty sporządzili jeszcze dwaj inni wykonawcy, co oznacza, że większość oferentów zastosowała analogiczny sposób skalkulowania swojej oferty poprzez rozróżnienie cen jednostkowych dla tożsamych pozycji Formularza Cenowego.

Zamawiający wskazał, iż Wykonawca BIT S.A. pismem z dnia 16 marca 2022 r. przedstawił szereg wyjaśnień, w tym przedłożył ofertę nr 0063/B/MN/2022 Podwykonawcy: ERPLAST Sp. z o.o. Kalkulacja przedstawiona przez Podwykonawcę wraz z kalkulacją w zakresie kosztów własnych Wykonawcy stanowi całość cen jednostkowych obejmujących wykonanie poszczególnych zakresów robót wyszczególnionych w Formularzu cenowym, zarówno w zakresie zamówienia podstawowego jak i zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji. Podkreślał, iż przedstawiona przez Wykonawcę – BIT Spółka Akcyjna kalkulacja zawiera kwoty wyszczególnione na poczet zysku, co stanowi zaprzeczenie w kontekście tezy Odwołującego, który uważa, iż wykonanie zadania przy tak skalkulowanych cenach jednostkowych, nie jest możliwe do wykonania bez poniesienia strat.

W dalszej części Odwołania, Odwołujący wskazuje, iż Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna *„nie wziął pod uwagę stałego wzrostu cen towarów i usług, inflacji, presję pracowników związaną z waloryzacją wynagrodzeń, zwiększenie kosztów pracowniczych itd.”* Zamawiający zaznacza, iż Wykonawca nie miał obowiązku uwzględnienia powyższych czynników oraz ryzyk, które nie są możliwe do precyzyjnego oszacowania. Zamawiający wskazuje, iż w zapisach Załącznika nr 1 do SWZ - wzór umowy (dalej zwany „Wzór Umowy”) zamieścił zapisy dotyczące waloryzacji, mające zastosowanie w przypadku istotnej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, rozumianej, jako wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w Ofercie Wykonawcy.

Kolejną kwestią poruszaną przez Odwołującego w Odwołaniu jest teza mówiąca o tym, że *„Wykonawca BIT S.A. nie posiada zasobów do wykonania zasadniczej części zadania tj. demontaż konstrukcji stalowej wraz z fundamentami. Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna nie posiada doświadczenia oraz wiedzy związanej z demontażem konstrukcji stalowej i fundamentów, które to stanowi główny przedmiot zamówienia”*. Powyższe nie zostało poparte żadnymi argumentami oraz dowodami. Odwołujący stwierdził jedynie, iż posiada taką wiedzę, nie podając jednocześnie źródeł tejże wiedzy lub stosownych dowodów.

Podobnie, w dalszej części Odwołania wskazano, iż: *„według wiedzy Odwołującego, Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna nie posiada żadnego doświadczenia w rozbiórce KSPO”*. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna posiada doświadczenie w realizacji prac polegających na rozbiórce Infrastruktury Przydrożnej Krajowego Systemu Poboru Opłat, które uzyskał w ramach realizacji m.in. Umowy nr 62/2019 z dnia 1 kwietnia 2019 r. na Świadczenie Usługi Utrzymania Infrastruktury Przydrożnej oraz Rozbudowę i Przebudowę Infrastruktury Przydrożnej Krajowego Systemu Poboru Opłat. W ramach ww. Umowy Wykonawca otrzymywał od Zamawiającego Instrukcje Modyfikacji Sieci Dróg Płatnych, w ramach, których zlecane były prace polegające na m.in. usunięciu Lokalizacji

Infrastruktury Przydrożnej. Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna posiada więc doświadczenie w realizacji prac polegających na rozbiórce Infrastruktury Przydrożnej Krajowego Systemu Poboru Opłat. Jako członek konsorcjum realizujący Umowę nr 62/2019 z dnia 1 kwietnia 2019 r. na Świadczenie Usługi Utrzymania Infrastruktury Przydrożnej oraz Rozbudowę i Przebudowę Infrastruktury Przydrożnej Krajowego Systemu Poboru Opłat Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna był bezpośrednio zaangażowany w realizację prac rozbiórkowych na IP KSPO.

Zamawiający wskazał, iż formułowane w odwołaniu podejrzenia, jakoby Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna przewidywał możliwość odstąpienia od umowy po zrealizowaniu zamówienia podstawowego jest twierdzeniem gołosłownym i stanowi niczym niepotwierdzoną subiektywną ocenę Odwołującego. Podkreślał, że prezentowane twierdzenia Odwołującego zdaniem Zamawiającego świadczą o nieznamomości zapisów Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej zwany „OPZ”) w Postępowaniu.

Zgodnie z zapisami OPZ pkt 5.8: *Wykonawca zobowiązany będzie do realizacji prac objętych przedmiotem Umowy każdorazowo na podstawie wydanej przez Zamawiającego Instrukcji Usunięcia Infrastruktury Przydrożnej w celu wykonania Robót wskazanych w pkt 4.1 OPZ.* Dodatkowo, aby każdy z potencjalnych wykonawców mógł zaplanować skalę prac w danym okresie rozliczeniowym wprowadzone zostały przez Zamawiającego w OPZ limity dotyczące zlecanych do realizacji prac. Prace zlecane będą na podstawie wystawionej przez Zamawiającego Instrukcji Usunięcia Infrastruktury Przydrożnej (dalej zwane „IUIP”). Zgodnie z zapisami OPZ:

- a) Zamawiający zakłada zlecenie IUIP w celu realizacji zamówienia podstawowego – co do zasady - dla maksymalnie 12 Lokalizacji IP KSPO w danym Okresie Rozliczeniowym (pkt 5.10 OPZ);
- b) Zamawiający zakłada zlecenie IUIP w celu realizacji zamówienia w ramach prawa opcji część I - dla maksymalnie 30 Lokalizacji IP KSPO w danym Okresie Rozliczeniowym (pkt 5.11 OPZ);
- c) Zamawiający zakłada zlecenie IUIP w celu realizacji zamówienia w ramach prawa opcji część II - dla maksymalnie 20 Lokalizacji IP KSPO w danym Okresie Rozliczeniowym (pkt 5.12 OPZ).

Jednocześnie Zamawiający w OPZ podkreślił, iż ilości ujęte w Formularzu Cenowym dla danego zakresu prac w kontekście prawa opcji, stanowią wartości orientacyjne, a Zamawiający będzie wykorzystywał zakres prac zgodnie ze swym zapotrzebowaniem (pkt 5.22 OPZ).

Zamawiający podniósł, iż ukształtowanie zapisów OPZ, o których mowa powyżej miało na celu wprowadzenie obiektywnych i realnych warunków dla każdego z potencjalnych wykonawców pozwalających zabezpieczyć i zorganizować w sposób należyty infrastrukturę

niezbędną do realizacji przedmiotu Umowy. Z całą pewnością jednak nie można z powyższych zapisów wysnuć wniosku, iż Wykonawca skupi się wyłącznie na zrealizowaniu zamówienia podstawowego, a zakres prawa opcji nie zostanie przez niego wykonany. Wskazywanie przez Odwołującego, iż Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna będzie wolał ponieść koszty kar umownych naliczonych w związku z odstąpieniem od Umowy, aniżeli ją realizować w pełnym zakresie, po cenach zaproponowanych w złożonej ofercie, stanowi subiektywną ocenę Odwołującego, co więcej pozostaje w sprzeczności z zapisami OPZ, które wskazują, iż zamówienie podstawowe oraz zamówienie realizowane w ramach prawa opcji, co do zasady realizowane będą jednocześnie. Realizacja umowy w zakresie zamówienia podstawowego będzie rozciągnięta na cały okres obowiązywania Umowy, a IUIP realizowane w ramach zamówienia podstawowego oraz zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji będą zlecane do realizacji jednocześnie – o ile zajdzie taka uzasadniona potrzeba - co potwierdzają jasne i precyzyjne zapisy OPZ w tym zakresie. Nie można podzielić prezentowanej przez Odwołującego argumentacji, zgodnie z którą „Zamawiający ma prawo w dowolny sposób zrealizować zamówienie podstawowe, prawo opcji I i prawo opcji II”. Takie twierdzenia pozostają w ewidentnej sprzeczności z brzmieniem OPZ. Zamawiający wskazał, że możliwość odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę jest niejako zawsze w kalkulowana w ryzyko realizacji każdego kontraktu. Mając jednak na uwadze zaprezentowane powyżej zapisy OPZ brak jest podstaw do twierdzenia, że Wykonawca zrealizuje wyłącznie Umowę w zakresie podstawowym.

Zamawiający wskazał, że realizacja zamówienia w ramach zamówienia podstawowego składać się będzie z rozbiórki i utylizacji IP KSPO lub Demontażu i utylizacji IP KSPO w 62 Lokalizacjach. Wobec powyższego mając na uwadze limity dotyczące zleczanych do realizacji IUIP w danym okresie rozliczeniowym zakres zamówienia podstawowego zostanie rozbity na cały okres obowiązywania Umowy. Jeżeli bowiem zakładać, że ilości w zakresie zamówienia realizowanego w ramach zamówienia podstawowego zostaną zlecone w maksymalnych miesięcznych ilościach, tj. 12 Lokalizacji IP KSPO w danym Okresie Rozliczeniowym, to realizacja zamówienia podstawowego musi zostać rozłożona na co najmniej 6 miesięcy. Dodatkowo, okres realizacji zamówienia wynosi maksymalnie 45 dni liczonych od daty przekazania IUIP Wykonawcy przez Zamawiającego. Dodatkowo do wskazanego terminu należy również doliczyć czas na wykonanie czynności odbiorowych zrealizowanej IUIP – co Zamawiający szacuje na ok. 21 dni dla każdej IUIP. Wobec powyższego mając na uwadze, że przedmiotowa Umowa, co do zasady zawierana jest na okres 12 miesięcy (paragraf 3 – Wzoru Umowy) zakres prac, który zrealizowany ma być w zakresie zamówienia podstawowego zlecony zostanie do realizacji Wykonawcy w pierwszej kolejności po podpisaniu Umowy, bowiem tylko takie działanie warunkuje, że w okresie obowiązywania Umowy zamówienie podstawowe zostanie w pełnym zakresie

zrealizowane – do czego Zamawiający zobowiązał się w Postępowaniu (paragraf 9 ust. 9.6 – Wzoru Umowy).

Zamawiający wskazał, iż kwestia szeroko rozumianej rozbiórki i utylizacji IP KSPO nie jest arbitralną i dowolną decyzją Zamawiającego, która może zostać podjęta niejako z dnia na dzień. Aby dana infrastruktura we wskazanej lokalizacji (IP KSPO) mogła zostać usunięta na podstawie IUIP należy postępować zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 21 października 2019 r. w sprawie szczegółowego sposobu gospodarowania składnikami rzeczowymi majątku ruchomego Skarbu Państwa (Dz.U. 2019, poz. 2004 z późn. zm., dalej, jako „Rozporządzenie”). Z § 5 ust. 2 Rozporządzenia wynika, że przypadku stwierdzenia w toku bieżącej działalności albo w trakcie inwentaryzacji, że składniki rzeczowe majątku ruchomego spełniają kryteria do zakwalifikowania, jako zbędne lub zużyte składniki rzeczowe majątku ruchomego, organ albo kierownik jednostki powołuje komisję do oceny przydatności tych składników do dalszego użytkowania. Komisja przedstawia organowi albo kierownikowi jednostki propozycje dotyczące dalszego użytkowania albo zakwalifikowania tych składników do kategorii majątku zbędnego lub zużytego, z przeznaczeniem do zagospodarowania w sposób określony w § 2a ust. 1 lub 2 lub § 42 ust. 2 Rozporządzenia. Z powyższego wynika, że organ albo kierownik jednostki powołuje komisję do oceny przydatności danych składników do dalszego ich użytkowania. Infrastruktura przydrożna jest środkiem trwałym, który nie może w dowolny sposób zostać rozebrany i zutilizowany przez Zamawiającego a do gospodarowania tym majątkiem stosuje się przepisy Rozporządzenia. W zakresie zamówienia podstawowego Zamawiający posiada już potwierdzenie, że prace mogą być realizowane, bowiem warunki formalno-prawne pozwalają na rozbiórkę wskazanej w zamówieniu podstawowym IP KSPO. W pozostałym zakresie – a więc w zakresie prawa opcji – na chwilę obecną nie ma wiążących decyzji, jaka część prawa opcji zostanie uruchomiona. Mając na uwadze pewne obostrzenia natury proceduralnej – opisane powyżej – uruchomienie zamówienia w zakresie realizacji prawa opcji nie nastąpi przed uruchomieniem zamówienia podstawowego.

Mając na uwadze przedstawiony powyżej wywód, twierdzenia Odwołującego, jako że: *„Należy wskazać, że tzw. opcja nie zawsze z zasady jest realizowana na końcu zadania. Istnieje możliwość rozpoczęcia przez Zamawiającego realizacji zadania od opcji II. W jaki wówczas sposób Wykonawca BIT S.A. Wywiązałby się z przywołanych przez siebie z wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny osiągnięciu zysku, bądź też rentowności. Należy jeszcze raz podkreślić, że opcja II została w skalkulowana przez BIT S.A. w sposób zupełnie odbiegający od realiów rynkowych”*- w okolicznościach niniejszej sprawy jest sytuacją, która w zaistniałych okolicznościach faktycznych i prawnych nie nastąpi. Zamawiający nie neguje, iż w innych okolicznościach faktycznych może dojść teoretycznie do realizacji zamówienia w ramach prawa opcji przed zamówieniem realizowanym w ramach zamówienia

podstawowego jednak nie w przedmiotowej sprawie. Zamawiający wskazał, że sposób kalkulacji ceny oferty należy do każdego z Wykonawców, a przerzucenie pewnych kosztów do części zamówienia, które jest zamówieniem pewnym (zamówienie podstawowe), względem części zamówienia, które jest przyszłe i niepewne – jakim jest realizacja zamówienia w ramach prawa opcji – nie jest sprzeczne z przepisami ustawy Pzp. Każdy z wykonawców może kreować postanowienia swojej oferty według własnego uznania uwzględniając i rozkładając zauważalne przez siebie ryzyka, którymi obarczone jest *de facto* każde postępowanie.

Zamawiający wskazał, iż twierdzenia Odwołującego, jako że: „(...) Wykonawca BIT S.A. przygotowując kalkulację założył, że opcja II nie zostanie zrealizowana”, stanowią nadinterpretację. Zamawiający wyartykułował wprost w § 9 ust. 9.5 – wzoru Umowy, że realizacja zamówienia w ramach prawa opcji stanowi uprawnienie Zamawiającego. Potwierdzeniem powyższych zapisów Wzoru Umowy są zapisy OPZ, które wskazują, że ilości ujęte w Formularzu Cenowym dla danego zakresu prac w zakresie prawa opcji, stanowią wartości orientacyjne, a Zamawiający będzie wykorzystywał zakres prac zgodnie ze swym zapotrzebowaniem (pkt 5.22 OPZ). Zdaniem Zamawiającego przedstawione powyżej okoliczności pozwalały na przyjęcie przez Wykonawcę – BIT Spółka Akcyjna, że zdefiniowane przez tego wykonawcę ryzyka zostaną ujęte w obszar przyszły i pewny dla tego wykonawcy, co posłużyć miało zoptymalizowaniu wartości oferty Wykonawcy – BIT.

Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że: „Wymienieni przez BIT S.A. specjaliści „kadra pracownicza zarówno zarządcza, monterska, jak i specjalistyczna w tym informatycy i specjaliści w dziedzinie systemów zabezpieczeń wizyjnych...” to po prostu etatowi pracownicy związani z podstawową działalnością BIT S.A. zgodnie z KRS, a nie osoby które bezpośrednio będą zaangażowane w wykonanie zakresu prac określonych w przedmiotowym zadaniu. Z posiadanej przez Odwołującego wiedzy wykonawca BIT S.A. nie posiada zasobów do wykonania zasadniczej części zadania tj. demontaż konstrukcji stalowej wraz z fundamentami. Wykonawca BIT S.A. nie posiada doświadczenia oraz wiedzy związanej z demontażem konstrukcji stalowej i fundamentów które to stanowi główny przedmiot zamówienia”. Powyższe stanowi wyłącznie polemikę niepopartą żadnymi dowodami uzasadniającymi twierdzenia Odwołującego. Wykonawca przedłożył w przedmiotowym postępowaniu między innymi oświadczenie, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu określone przez Zamawiającego w Ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz wskazał, iż część zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom. Podkreślał, że Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna posiada własne zasoby oraz zasoby podwykonawcy – ERPLAST Sp. z o.o., 85-778 Bydgoszcz, ul. Witebska 27, którymi zamierza realizować przedmiot Umowy. Zamawiający nie widzi więc podstaw do

formułowania twierdzeń wskazujących na to, że Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna nie posiada wiedzy i doświadczenia niezbędnego do realizacji przedmiotu Umowy.

Zakres korzystania z podwykonawców został przez Wykonawcę – BIT Spółka Akcyjna określony w złożonej przez ten podmiot ofercie. Tym bardziej zdaniem Zamawiającego wykazywanie na stronie internetowej Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna oddziałów terenowych – co zarzuca Odwołujący – nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna wykazał dla każdej z pozycji, że zawiera ona zakładany zysk na przybliżonym poziomie ok. 40 %. Wskazywanie natomiast przez Odwołującego, że wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny odnoszą się do personelu i pracowników ulokowanych w Białymstoku i nie uwzględniają lokalizacji na terenie całego kraju gdzie mogą być prowadzone prace na podstawie Umowy, zdaniem Zamawiającego nie ma znaczenia dla niniejszej sprawy. Wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna miały zdaniem Zamawiającego wypuklić, że koszty te w mniejszych aglomeracjach miejskich są niższe i można w zaproponowanych stawkach przez Wykonawcę – BIT Spółka Akcyjna zrealizować przedmiot Umowy. Zdecydowana część lokalizacji infrastruktury przydrożnej jest właśnie ulokowana poza dużymi obszarami miejskimi i centrami miast, dlatego też założone zostały niższe stawki wynagrodzenia dla pracowników Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna. Oczywiście zakładany i wykazany przez Wykonawcę – BIT Spółka Akcyjna zysk pozostawia pewien bufor, bowiem jeżeli prace związane z realizacją przedmiotu Umowy miałyby być prowadzone miejscu, gdzie koszty pracowników są większe to Wykonawca może dokonywać pewnych korekt, bowiem w ramach wykazanego zysku ma takie możliwości. Wobec powyższe nie ma, więc w przedstawionych przez Wykonawcę – BIT Spółka Akcyjna informacjach okoliczności pozwalających sądzić, że zaproponowany sposób kalkulacji nie pozwala zrealizować zakładanych prac z zyskiem.

Zamawiający podkreślał, że nieprawdziwe są twierdzenia Odwołującego sformułowane w Odwołaniu, że: *„(...) Wykonawca BIT S.A. nie korzysta z własnych zasobów, a z usług podwykonawcy ERPLAST sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy.”* oraz *„(...) większość pracowników, którzy będą zaangażowani w przedmiotowe zadanie to pracownicy firmy Erplast - wobec tego wskazana oszczędność dot. wynagrodzeń pracowników w rzeczywistości nie ma odzwierciedlenia. Wykonawca BIT S.A. nie ma wpływu na wysokość wynagrodzenia pracowników swojego podwykonawcy”*. Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna w złożonej ofercie wskazując część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom wskazał, że – demontaż, rozbiórka i utylizacja konstrukcji stalowych wraz z fundamentami dla części lokalizacji wykonywać będzie podwykonawca: ERPLAST Sp. z o.o. Z oferty wynika, więc wprost, że wskazanie podwykonawcy odnosi się tylko do części lokalizacji, w których będą realizowane prace – należy więc racjonalnie zakładać że część

prac w lokalizacjach Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna może wykonać we własnym zakresie. Dodatkowo wskazanie podwykonawcy i zakresu prac, który będzie mu powierzony jest tylko zamierzeniem, a nie kategoriowym zobowiązaniem, które choćby w okresie realizacji przedmiotu umowy nie może ulec zmianie zarówno, co do zakresu prac jak i co do podmiotu, który został wskazany, jako podwykonawca. Kategoriowe stwierdzenia, że Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna nie korzysta z własnych zasobów, bądź, że większość pracowników zaangażowanych do realizacji przedmiotu umowy to pracownicy podwykonawcy jest twierdzeniem sprzecznym ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym i stanowi wyłącznie subiektywną ocenę Odwołującego, co Zamawiający powyżej wykazał.

Zamawiający wskazał, że twierdzenia Odwołującego, że: „(...) zgodnie z kalkulacją BIT S.A., korzystając w dużej mierze z usług podwykonawcy, przedmiot zamówienia jest nierealny do wykonania. Tym samym Odwołujący ma uzasadnione wątpliwości co do faktycznego doświadczenia i umiejętności BIT S.A. w zakresie przedmiotowego zadania” nie zasługują na uwzględnienie. Tak jak wskazano powyżej na chwilę obecną nieuprawnionym jest budowanie twierdzeń, że Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna korzysta w dużej mierze z podwykonawców. Zakres podwykonawstwa i jego skala nie jest ostatecznie przesądzona, tak więc budowanie tego typu zarzutów jest nieuzasadnione i nieprawdziwe oraz nie znajduje umocowania w materiale dowodowym.

Odwołujący zarzuca również Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna, iż: „Wykonawca BIT S.A. nie odniósł się do wszystkich punktów ujętych w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie określenia: szczegółowo kosztów robocizny, kosztu materiałów, pracy sprzętu dla pozycji wymienionych w wezwaniu tj. 1-5, 8-11, 14-50.” Zamawiający wskazał, iż w piśmie z dnia 10 marca 2022 r., skierowanym do Wykonawcy - BIT Spółka Akcyjna, ujęty został pożądanym przez Zamawiającego podział wynagrodzenia na części składowe tj.: Koszty robocizny (R); Koszty materiałów (M); Koszty pracy sprzętu (S); Koszty pośrednie (Kp); Zys kalkulacyjny (Z). Powyższe wskazywało jedynie na sugestię dla Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna dotyczącą oczekiwanego rozbicia, jednak powyższe nie miało w żadnym zakresie charakteru wiążącego względem tego wykonawcy. Zamawiający, wskazując ww. sposób przedstawienia kalkulacji udzielił jedynie wskazówki poszczególnym oferentom, w jaki przykładowy sposób należy przedstawić wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna w załączniku nr 1 do odpowiedzi z dnia 16 marca 2022 r. w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, dokonał rozbicia nie tylko pozycji wskazanych w piśmie Zamawiającego z dnia 10 marca 2022 r., ale wszystkich pozycji Formularza cenowego poprzez podanie kwot w zakresie poszczególnych składowych tworzących wartość ceny jednostkowej dla danej pozycji Formularza cenowego. Składowe zostały przedstawione przez Wykonawcę - BIT Spółka Akcyjna w następujący sposób:

a) Koszt prac własnych, b) Ilość roboczogodzin, c) Koszt 1rbh (monter/serwisant), d)

Pozostałe koszty (np. administracyjne, finansowe, doposażenie), e) Koszt usług Zewnętrznych, f) Zysk, g) Zakres usług zewnętrznych, h) Zakres prac własnych. Przedstawiona przez Wykonawcę - BIT Spółka Akcyjna kalkulacja w zakresie wyliczenia kosztu oraz istotnych części składowych, w zakresie pozycji wskazanych w załączniku A1 do formularza ofertowego jest wystarczająca i zdaniem Zamawiającego czyni zadość przesłankom wskazanym w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego zarzuty Odwołującego zdaniem Zamawiającego nie zasługują na uwzględnienie, są bowiem bezpodstawne.

Odwołujący dołączył również do Odwołania Tabelę cz. 1 i cz. 2, w której dokonał odpowiednio wyliczenia w zakresie rozbiórki i utylizacji konstrukcji stalowej wraz z fundamentami oraz w zakresie demontażu i utylizacji przyłącza energetycznego. Zamawiający zaznacza, iż przedstawiona kalkulacja zawiera subiektywne wyliczenie Odwołującego, potwierdzające własną kalkulację. Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna może wykonywać przedmiotowe roboty innym sprzętem lub inną ilością zasobów ludzkich, co zostało potwierdzone w załączniku nr 1 do odpowiedzi z dnia 16 marca 2022 r. w zakresie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, co w konsekwencji rzutuje na ostateczne wartości poszczególnych cen jednostkowych.

Ponadto Zamawiający wskazuje, iż w dołączonych przez Odwołującego Tabelach cz. 1 i cz. 2, niektóre składowe mogą sugerować tożsamy zakres, np. „dojazd pracowników na lokalizację” i „środki transportu pracowników”. Pomijając powyższe, tabelaryczne zestawienie składowych dla wyliczonej ceny jednostkowej, dołączone przez Odwołującego, pozbawione jest wielu kluczowych kwestii, które mogłyby pozwolić na analizę oraz szczegółowe odniesienie się przez Zamawiającego. Dla przykładu, Odwołujący nie zamieścił informacji, czy podane wartości są kwotami netto/brutto, lub czy wskazane kwoty dotyczą roboczogodzin, dniówek, kompletu, sztuki, ceny za 1 km itd.

Odwołujący przedłożył również symulację oferty Wykonawcy - BIT Spółka Akcyjna, poprzez zastosowanie cen jednostkowych z zamówienia dotyczącego prawa opcji w miejsce cen jednostkowych dla zamówienia podstawowego. Poprzez powyższą symulację Odwołujący dokonał próby udowodnienia, iż jego oferta zawierała korzystniejszy bilans cenowy w porównaniu do oferty Wykonawcy BIT S.A. Zamawiający nie potrafi stwierdzić, dlaczego Odwołujący dokonał podstawienia wyższych cen jednostkowych w miejsce niższych, a nie na odwrót. Zamawiający zaznacza, iż nie wprowadził w treści SWZ zasady, zgodnie, z którą wycena tożsamy prac dla Zamówienia Podstawowego i Prawa Opcji miałyby być identyczna.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący w dużej części Odwołania zacytował przepisy ustawy Pzp oraz orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej dotyczące materii związanej z rażąco niską ceną. Brak jest jednak odniesienia cytowanych przepisów prawa oraz

orzecznictwa do działania Zamawiającego, które miałyby być z nimi sprzeczne. Zamawiający powziął wątpliwość, co do rażąco niskiej ceny w ofercie Wykonawcy - BIT Spółka Akcyjna, dlatego też wezwał wykonawcę do przedstawienie stosownych wyjaśnień w tej materii. Zamawiający nie skupił się na wyjaśnieniu globalnej kwoty, jaką zaproponował Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna, tylko zwrócił się o przedstawienie stosownych wyjaśnień względem poszczególnych pozycji Załącznika A1 do Formularza Ofertowego – Formularz Cenowy, zwany dalej „Formularzem Cenowym”.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z pismem z dnia 10 marca 2022 r. wezwał Wykonawcę - BIT Spółka Akcyjna do przedstawienia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, a Wykonawca ten przedstawił w tej materii stosowne wyjaśnienia. W wezwaniu Zamawiającego wprost wskazano między innymi, że Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna powinien odnosić się do poszczególnych pozycji Formularza Cenowego wskazując, o jakie pozycje Zamawiającemu chodzi a więc Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna, powinien odnosić się do poszczególnych pozycji Formularza Cenowego, a nie globalnej ceny oferty. Zamawiający w piśmie z dnia 10 marca 2022 r. wniósł również o przedstawienie szczegółowych wyjaśnień w zakresie cen jednostkowych w tożsamych pozycjach Formularza Cenowego. Powyższe jest dowodem na to, że Zamawiający zweryfikował ofertę Wykonawcy - BIT Spółka Akcyjna również w obszarach, o których pisze Odwołujący w Odwołaniu. Zamawiający wyjaśnił, że ustalając wartość zamówienia ustalił ją również w oparciu o możliwą wolumetrię (ilość) poszczególnych prac, które mogą być zlecone danemu wykonawcy w zakresie prawa opcji. Sam Formularz Cenowy uwzględnia podział zamówienia na zakres pewny i opcjonalny.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 4. *petitum* odwołania Zamawiający wskazał na postanowienia rozdziału 8 pkt 8.1, pkt 8.5 – 8.6 SWZ. Zamawiający wskazał również na treść art. 273 ustawy Pzp i uzasadnił, że ustawodawca nie narzucił obowiązku żądania podmiotowych środków dowodowych pozostawiając Zamawiającym możliwość kreowania postanowień SWZ w tym zakresie. Każdorazowo Zamawiający określa w SWZ zakres żądanych dokumentów. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych podmiotowych środków dowodowych, jakich będzie żądał od potencjalnych wykonawców w Postępowaniu poza tymi określonymi w rozdziale 8 pkt 8.6 SWZ. Wskazał, że możliwość, a nie obowiązek żądania podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w postępowaniu o udzielenie zamówienia znajduje również potwierdzenie w piśmiennictwie.

Mając na uwadze zaistniały stan faktyczny Zamawiający nie był uprawniony do żądania od Wykonawcy żadnego dokumentu ponad te, które zostały określone w SWZ. Stanowisko powyższe potwierdza również nadal aktualne orzecznictwo Krajowej Izby

Odwoławczej z dnia 26 marca 2015 r. sygn. akt: KIO 511/15, zgodnie z którym każdy żądany dokument przez Zamawiającego jest zobowiązany odnieść do określonego w specyfikacji wymagania. Należy podkreślić, że SWZ jest kluczowym i podstawowym dokumentem w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w którym Zamawiający każdorazowo określa wzajemne prawa i obowiązki wynikające z uczestnictwa w danym postępowaniu. Treść SWZ należy traktować, jako oświadczenie woli Zamawiającego, do wykładni, którego należy stosować zasady określone w art. 65 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1740 z późn. zm.), na które to oświadczenie potencjalni wykonawcy odpowiadają, składając oferty na określonych warunkach w danym postępowaniu. Jeżeli postanowienia SWZ określone przez danego zamawiającego we właściwym trybie oraz przypisanym terminie nie zostaną podważone, poprzez zaskarżenie SWZ przez potencjalnych wykonawców, wiążą zarówno wykonawców, jak i zamawiającego, w takim znaczeniu, że zamawiający nie może odstąpić w toku badania i oceny ofert od ich stosowania. W procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający musi, zatem kierować się, co do zasady, literalnymi postanowieniami specyfikacji, którą przekazał wykonawcom (podobnie wyrok z dnia 18 lutego 2015 r., sygn. akt: KIO 225/15). Zamawiający wskazuje w SWZ lub ogłoszeniu o zamówieniu m.in., jakich oświadczeń lub dokumentów żąda od potencjalnych wykonawców w danym zamówieniu publicznym. Określenie tych dokumentów jest o tyle istotne, że zapewnia potencjalnym wykonawcom pełną wiedzę na temat okoliczności i dokumentów, w oparciu, o które Zamawiający zweryfikuje spełnienie postawionych warunków udziału w postępowaniu (podobnie wyrok z dnia 7 kwietnia 2021 r. sygn. akt: KIO 687/21). Zamawiający nie może wyjść poza katalog tych dokumentów, ponieważ byłoby to działanie, które narusza zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający wykazał, iż z przepisów ustawy Pzp wynika, że Zamawiający w Postępowaniu może dokonać oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie oświadczeń złożonych przez Wykonawcę - BIT Spółka Akcyjna, w tym wypadku w oparciu o Załącznik D do SWZ. Wykonawca - BIT Spółka Akcyjna przedstawił razem z ofertą oświadczenie, o którym mowa w zdaniu poprzedzającym.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 273 ustawy Pzp, jako „gospodarz” postępowania określa i podejmuje decyzje, jakich dokumentów zażąda od wykonawców, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oczywiście decyzje te nie mogą pozostawać w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a więc ustawy Pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415).

Zamawiający wskazał, iż przedstawiony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. a) i b) ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wskazał, że Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna w przedmiotowym postępowaniu przedłożył wraz z ofertą dokument w postaci oświadczenia potwierdzający, iż Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W przedmiotowym stanie faktycznym zupełnie niezrozumiały jest, zatem podniesiony zarzut dotyczący wykluczenia Wykonawcy – BIT Spółka Akcyjna, bowiem wykonawca ten dołączył do oferty oświadczenie, które stanowiło podstawę do uznania, przez Zamawiającego, iż Wykonawca BIT Spółka Akcyjna nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Mając na uwadze art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp należy stwierdzić, że Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na tej podstawie wyłącznie w przypadku, gdy podanie nieprawdziwych informacji było zamierzonym działaniem danego wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa. W przedmiotowym stanie faktycznym Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna, przedłożył wymagane w SWZ przez Zamawiającego dokumenty, nie sposób, więc uznać, że w wyniku zamierzonego działania wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Zamawiający podkreślał, że w zadanych pytaniach potencjalni wykonawcy odnosili się do treści SWZ dotyczącej doświadczenia i wykazu osób, jednak żadne z pytań nie dotyczyło zakresu dokumentów, jakich w przedmiotowym postępowaniu żądał Zamawiający od potencjalnych wykonawców. Wobec powyższego podniesione w treści Odwołania twierdzenia, jako że: „(...) w zapytaniach do SWZ niejednokrotnie został poruszony temat doświadczenia i wykazu osób”, w kontekście postawionych przez Odwołującego zarzutów nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy. Zamawiający nie dokonał modyfikacji treści SWZ w odpowiedziach na pytania wykonawców, które miały by wpływać na rozstrzygnięcie niniejszej sprawy, tak więc poprowadzenie w tym zakresie polemiki jest bezprzedmiotowe.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 14 kwietnia 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę BIT S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 15 kwietnia 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Jednocześnie Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z uwagi na uchybienie terminowi, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do treści art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Wykonawca Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w dniu 21 kwietnia 2022 r., podczas gdy termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 18 kwietnia 2022 r. Z uwagi zatem na uchybienie terminowi, o którym mowa w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że ww. Wykonawca nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu wraz ze zmianami, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę BIT wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do BIT oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 4 i 5 maja 2022 r., w tym odpowiedź na odwołanie, pisma Odwołującego z dnia 4 i 5 maja 2022 r., pisma procesowe Przystępującego z dnia 2 i 5 maja 2022 r. oraz pisma Zamawiającego z dnia 4 i 5 maja 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. ofertę GOSOHO;
2. ofertę Euro Dukt;
3. ofertę Ogrody B.;
4. fv 28/07/2021 z 2021 r.;

5. fv 44/04/20 z 2020 r. z zał. A-F;
6. ofertę C. Koparki;
7. fv 31/04/2022;
8. ofertę Neko Energia;
9. ofertę EI-link Serwis;
10. analizę własną Odwołującego;
11. umowę z Erplast z 2013 r.;
12. fv 3/RS6/2018 z 2018 r.;
13. fv 45/2020/FAK z 2020 r.;
14. 3 zdjęcia.

Jednocześnie Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Przystępującego, tj.:

1. referencje z dnia 31.07.2019 r., 30.12.2021 r., 02.03.2022 r. oraz 22.02.2022 r.;
2. ofertę KRIS-BUD K.G.;
3. ofertę Transdźwig Z. Sp. j. z siedzibą w Augustowie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 2 SWZ:

2.1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie w terminach i na zasadach określonych we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik H do SWZ oraz załącznikach do niej, następujących Prac przez Wykonawcę:

2.1.1. świadczenie w imieniu i na rzecz Zamawiającego, Rozbiórki i Utylizacji Lokalizacji IP KSPO lub Demontażu i Utylizacji Elementów IP KSPO, o której mowa w załączniku nr 1 do OPZ, będącego załącznikiem do Załącznika H do SWZ – wzór umowy - Wykaz Lokalizacji IP KSPO do rozbiórki i utylizacji lub demontażu i utylizacji Elementów IP KSPO w ramach zamówienia podstawowego,

2.1.2. świadczenie w imieniu i na rzecz Zamawiającego, Demontażu i Utylizacji Elementów IP KSPO lub Utylizacji Elementów IP KSPO, o której mowa w załączniku nr 2 do OPZ - Wykaz Elementów IP KSPO do demontażu i utylizacji lub utylizacji Elementów IP KSPO w ramach prawa opcji – część I, zgodnie z żądaniem Zamawiającego,

2.1.3. świadczenie w imieniu i na rzecz Zamawiającego, Rozbiórki i Utylizacji Lokalizacji IP KSPO lub Rozbiórki i Utylizacji Elementów IP KSPO lub Demontażu i Utylizacji Elementów IP KSPO, zgodnie z żądaniem Zamawiającego – zakres realizowany w ramach prawa opcji – część II, które: a) ulegną uszkodzeniu m.in. w wyniku działania osób trzecich, sił przyrody, lub b) zostały wskazane przez Zamawiającego.

2.2 Zakresem zamówienia podstawowego są objęte Roboty wskazane w ust. 2.1.1. powyżej.

2.3 Zakresem zamówienia realizowanego w ramach prawa opcji objęte są Roboty wskazane w ust. 2.1.2. powyżej oraz w ust. 2.1.3. powyżej.

2.4 Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia został określony we Wzorze Umowy stanowiącym Załącznik H do SWZ, w tym również obowiązki i wymagania wobec Wykonawcy, zostały opisane w załącznikach do Wzoru Umowy, w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia - OPZ.

Zgodnie z punktem 5.1 SWZ, Wykonawca będzie zobowiązany do realizacji przedmiotu zamówienia przez okres 12 miesięcy, liczonych od dnia zawarcia Umowy lub do wyczerpania całkowitego maksymalnego wynagrodzenia należnego Wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z punktem 6.1 SWZ, Zamawiający wykluczy Wykonawcę z postępowania w przypadkach wskazanych w przepisie art. 108 ust. 1 oraz przepisie art. 109 ust. 1 pkt 1, 4 i 8 ustawy Pzp.

Zgodnie z punktem 7.1 SWZ, Zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu:

7.1.4 dot. zdolności technicznej lub zawodowej: Wykonawca spełni warunki:

7.1.4.1 jeżeli wykaże się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem, w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonaniem co najmniej jednej umowy lub wielu umów spełniających warunki:

7.1.4.1.1 każda z umów musi obejmować łącznie opracowanie i uzyskanie u zarządcy drogi zatwierdzenia Projektów Czasowej Organizacji Ruchu (COR) na czas prowadzenia robót oraz Projektów Stałej Organizacji Ruchu (SOR) oraz wykonywaniu robót w zakresie budowy lub usunięcia i utylizacji:

7.1.4.1.1.1 obiektów budowlanych znajdujących się w pasie drogowym, lub

7.1.4.1.1.2 urządzeń znajdujących się w pasie drogowym, składających się z konstrukcji nośnych oraz fundamentów, zlokalizowanych w pasie drogowym,

7.1.4.1.2 wszystkie umowy muszą obejmować wykonie robót w zakresie budowy lub usunięcia i utylizacji łącznie co najmniej 20 odpowiednio obiektów budowlanych lub urządzeń znajdujących się w pasie drogowym o których mowa w pkt 7.1.4.1.1.1 i 7.1.4.1.1.2

7.1.4.2 jeżeli wykaże się dysponowaniem:

7.1.4.2.1 co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika budowy, która łącznie spełnia poniższe wymagania:

7.1.4.2.1.1 posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi, pozwalające pełnić samodzielne funkcje techniczne w budownictwie w specjalności konstrukcyjno - budowlanej wpisaną na listę członków właściwej izby samorządu

zawodowego i posiadają wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, co jest potwierdzone aktualnym zaświadczeniem wydanym przez tę izbę,

7.1.4.2.1.2 posiada biegłą znajomość języka polskiego

7.1.4.2.2 co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję kierownika robót elektrycznych, która łącznie spełnia poniższe wymagania:

7.1.4.2.2.1 posiada uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w specjalności elektrycznej bez ograniczeń, wpisaną na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego i posiadającą wymagane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, co jest potwierdzone aktualnym zaświadczeniem wydanym przez tę izbę,

7.1.4.2.2.2 biegłą znajomość języka polskiego.

Zgodnie z punktem 8.1 SWZ, do oferty Wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, zgodnie z treścią Załącznika D do SWZ. W celu prawidłowego złożenia oświadczenia należy je uzupełnić zgodnie z instrukcją zawartą w ww. Załączniku.

Zgodnie z punktem 8.5 SWZ, zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych (jeżeli dotyczy).

Zgodnie z punktem 8.6 SWZ, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, Zamawiający będzie żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile Wykonawca wskazał w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1, dane umożliwiające dostęp do tych środków – art. 274 ust. 4 ustawy Pzp.

Postanowienia opisu przedmiotu zamówienia:

Zgodnie z punktem 5.22., szacunkowe ilości ujęte w Formularzu Cenowym stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy dla danego zakresu prac w zakresie prawa opcji, stanowią wartości orientacyjne, a Zamawiający będzie wykorzystywał zakres prac zgodnie ze swym zapotrzebowaniem.

Zgodnie z punktem 5.8., Wykonawca zobowiązany jest do realizacji wydanej przez Zamawiającego Instrukcji Usunięcia Infrastruktury Przydrożnej w celu wykonania Robót wskazanych w pkt 4.1 OPZ.

Zgodnie z punktem 5.10., Zamawiający zakłada zlecenie Instrukcji Usunięcia Infrastruktury Przydrożnej w celu realizacji czynności wskazanych w pkt 4.1.1. OPZ dla maksymalnie 12 Lokalizacji IP KSPO w danym Okresie Rozliczeniowym. Strony dopuszczają możliwość zlecenia większej ilości zleceń IUIP w danym Okresie Rozliczeniowym niż określone w zdaniu poprzedzającym, jeżeli Wykonawca wyrazi zgodę na zwiększenie. (...)

Zgodnie z punktem 5.11., Zamawiający zakłada zlecenie Instrukcji Usunięcia Infrastruktury Przydrożnej w celu realizacji czynności wskazanych w pkt 4.1.2. OPZ dla maksymalnie 30 Lokalizacji IP KSPO w danym Okresie Rozliczeniowym. Strony dopuszczają możliwość zlecenia większej ilości zleceń IUIP w danym Okresie Rozliczeniowym niż określone w zdaniu poprzedzającym, jeżeli Wykonawca wyrazi zgodę na zwiększenie. (...)

Zgodnie z punktem 5.12., Zamawiający zakłada zlecenie Instrukcji Usunięcia Infrastruktury Przydrożnej w celu realizacji czynności wskazanych w pkt 4.1.3.2 OPZ dla maksymalnie 20 Lokalizacji IP KSPO w danym Okresie Rozliczeniowym. Strony dopuszczają możliwość zlecenia większej ilości zleceń IUIP w danym Okresie Rozliczeniowym niż określone w zdaniu poprzedzającym, jeżeli Wykonawca wyrazi zgodę na zwiększenie. (...)

Postanowienia wzoru umowy (załącznik H do SWZ)

Zgodnie z § 3 ust. 3.1. wzoru umowy, Umowa została zawarta na okres 12 miesięcy, liczonych od dnia zawarcia Umowy lub do wyczerpania całkowitego maksymalnego wynagrodzenia Wykonawcy, określonego w § 9 ust. 9.1. Umowy z zastrzeżeniem ust. 3.4. poniżej.

Zgodnie z §9 ust. 9.5. wzoru umowy: wykonawca nie jest uprawniony do żądania zapłaty za niewykonane lub niezlecone Roboty składające się na Przedmiot Umowy. Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania zapłaty za niepowierzenie Wykonawcy świadczenia Robót przewidzianych w ramach prawa opcji. W celu uniknięcia wątpliwości, Strony potwierdzają, że Zamawiający jest uprawniony do zlecenia Wykonawcy, realizacji Robót w ramach prawa opcji w całości lub w części, a skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji w części nie uprawnia Wykonawcy do formułowania jakichkolwiek roszczeń wobec Zamawiającego o niepowierzenie do wykonania prawa opcji.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło pięciu wykonawców, tj. Odwołujący z ceną 14 661 643,05 zł (zamówienie podstawowe i opcjonalne), BIT S.A. z siedzibą w Warszawie z ceną 11 988 816,97 zł (zamówienie podstawowe i opcjonalne), Kapsch Telematic Services Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z ceną 16 968 110,37 zł (zamówienie podstawowe i opcjonalne), G. Znaki Drogowe Sp. j. z siedzibą w Olsztynie z ceną 48 658 800,00 zł (zamówienie podstawowe i opcjonalne) oraz

Trax Elektronik A. M., M. T., L. T. Sp. j. z siedzibą w Krakowie z ceną 29 138 700,00 zł (zamówienie podstawowe i opcjonalne) .

Pismem z dnia 10 marca 2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BIT S.A. na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, w zakresie pozycji wskazanych w załączniku A1 do formularza ofertowego:

- a) poz. od 1 do poz. 5,
- b) poz. od 8 do poz. 11,
- c) poz. od 14 do poz. 50

a także w zakresie ceny całkowitej za zamówienie podstawowe oraz ceny całkowitej za zamówienie w ramach prawa opcji.

Zamawiający wskazał, że wyjaśnienia w zakresie cen jednostkowych dla pozycji Formularza cenowego, które zostały wyszczególnione powyżej można przedstawić wg poniższych składowych:

Koszty robocizny (R) – iloczyn ilości robót, norm kosztorysowych czasu (wyrażonych w roboczogodzinach) i stawek jednostkowych.

Koszty materiałów (M) – iloczyn ilości robót, norm kosztorysowych zużycia materiałów i ich cen jednostkowych.

Koszty pracy sprzętu (S) – iloczyn ilości robót, norm czasu pracy sprzętu i stawek jednostkowych (cen) pracy sprzętu.

Koszty pośrednie (Kp) – koszty ponoszone przez wykonawcę (a które nie są zaliczane do kosztów bezpośrednich) związane z działalnością produkcyjną wykonawcy na placach budowy oraz zarządzania całym przedsiębiorstwem.

Zysk kalkulacyjny (Z) – kwota zysku, jaki wykonawca skalkulował w ramach danej pozycji.

Zamawiający prosił o przedstawienie szczegółowych wyjaśnień, dlaczego ceny jednostkowe tożsamyh pozycji Formularza cenowego różnią się względem siebie, tj.:

- a) poz. 1 i poz. 33,
- b) poz. 2 i poz. 34,
- c) poz. 3 i poz. 35,
- d) poz. 4 i poz. 36,
- e) poz. 5 i poz. 37.

Pismem z dnia 16 marca 2022 r. wykonawca BIT S.A. przedstawił wyjaśnienia ceny oferty wraz ze szczegółową kalkulacją (załącznik nr 1), ofertą na utylizację sprzętu i ofertą podwykonawcy ERPLAST Sp. z o.o. Jak wyjaśnił Zamawiający w toku rozprawy, wyjaśnienia ceny oferty wraz z dowodami złożone przez BIT S.A. zostały skutecznie odtajnione.

W dniu 8 kwietnia 2022 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy BIT S.A. z siedzibą w Warszawie. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BIT, w sytuacji gdy oferta ta zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie udowodnił i nie wykazał, aby zaoferowana cena i koszty (w tym ich części składowe) nie były rażąco niskie. Jednocześnie zdaniem Odwołującego złożenie oferty przez BIT w takiej formie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia ww. oferty.

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

Stosownie do treści art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Stosownie do ust. 2 ww. przepisu, 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.

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.

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 (art. 224 ust. 4 ustawy Pzp). W myśl art. 224 ust. 5 ustawy Pzp, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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. 224 ust. 6 ustawy Pzp).

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Oznacza to cenę znacząco odbiegającą od cen przyjętych, wskazującą na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów wytworzenia usługi, dostawy, roboty budowlanej. W orzecznictwie wskazuje się również, że o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, iż przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Analiza przepisów ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że zamawiający może powziąć wątpliwości co do wystąpienia podejrzenia rażąco niskiej ceny nie tylko na podstawie całościowej ceny oferty, ale także analizując poszczególne, istotne części składowe, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż ciężar wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Tym samym złożone przez wykonawcę wyjaśnienia w zakresie ceny oferty lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, winny być konkretne, wyczerpujące i rozwiewające wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie

z wymaganiami określonymi w specyfikacji lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia. To na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, jakie obiektywne czynniki pozwoliły mu na obniżenie ceny oferty oraz w jakim stopniu dzięki tym czynnikom cena oferty została obniżona. Wyjaśnienia złożone przez wykonawcę powinny poparte być stosownymi dowodami.

W tym miejscu Izba wskazuje, iż ciężar dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny jest ukształtowany odwrotnie do reguły, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na stronie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne (por. art. 534 ust. 1 i art. 537 ustawy Pzp). Jednocześnie pomimo, modyfikacji reguły ciężaru dowodu wykonawca zarzucający zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty z rażąco niską ceną w dalszym ciągu jest obowiązany dowodzić faktów, które pozwalają stawiać tezę o rażąco niskiej cenie. Odwrócony ciężar dowodu nie zwalnia strony odwołującej z obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni ona podstawą swoich zarzutów, jak również przedstawienia kontrdowodów wobec tych, które przedłożyli przeciwnicy.

Jednocześnie w okolicznościach niniejszej sprawy w ocenie Izby niezbędne jest przedstawienie uwag natury ogólnej dotyczącej konstrukcji zarzutów odwołania. Wskazać należy, iż zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp, odwołanie zawiera wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, zwięzłe przedstawienie zarzutów, żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania. Tym samym to właśnie określone w ww. przepisach wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu. Podsumowując stwierdzić należy, że to na wykonawcy, będącym profesjonalistą, spoczywa ciężar przedstawienia w treści odwołania jasnych i szczegółowych zarzutów zbudowanych z dwóch warstw, tj. prawnej i faktycznej, które

wyznaczają granice rozstrzygnięcia Izby, która może orzekać wyłącznie w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu (arg. z art. 555 ustawy Pzp).

Uwzględniając powyższe rozważania prawne, jak również okoliczności faktyczne niniejszej sprawy Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący nie podważył kalkulacji ceny oferty złożonej przez BIT. Przede wszystkim podkreślić należy, że stanowisko Odwołującego w dużej mierze oparte zostało na nieuzasadnionych wątpliwościach i przypuszczeniach Wykonawcy oraz doświadczeniu Odwołującego, które niejako miało stanowić wyznacznik przy ocenie prawidłowości kalkulacji poziomu ceny sporządzonej przez BIT.

Izba wskazuje, iż wykonawca BIT w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył wyjaśnienia ceny oferty oraz szczegółową kalkulację ceny w zakresie żądanym przez Zamawiającego zawierającą założenia cenotwórcze dotyczące kosztów prac własnych, ilości roboczogodzin, kosztu 1 rbh monter/serwisanta, pozostałych kosztów (np. administracyjnych, finansowych, doposażenia), kosztów usług zewnętrznych, zysku, zakresu usług zewnętrznych oraz zakresu prac własnych. Złożone przez BIT wyjaśnienia ceny oraz szczegółowa kalkulacja zostały poparte dowodem w postaci oferty podwykonawcy ERPLAST Sp. z o.o. oraz oferty R. Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą RAF-METAL RECYKLING w zakresie sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Podkreślić zatem należy, iż rolą Odwołującego jako podmiotu kontestującego rzetelność wyjaśnień poziomu ceny złożonych przez BIT popartych dowodami było podważenie wyliczeń i założeń wynikających przede wszystkim ze szczegółowej kalkulacji i wykazanie, że mają one charakter nierynkowy. Tymczasem lektura odwołania prowadzi do wniosku, iż Odwołujący w ogóle nie zakwestionował założeń cenotwórczych przyjętych przez BIT w szczegółowej kalkulacji ceny. Odwołujący we wniesionym środku odwoławczym w zakresie kalkulacji ceny oferty BIT zaakcentował, że Przystępujący wycenił dokładnie ten sam zakres robót określony w zakresie podstawowym oraz opcji II w skrajnie różnych cenach uszczegóławiając, że gdyby BIT wycenił zakres zamówienia objęty opcją II po cenach przyjętych w ramach zamówienia podstawowego, to wówczas cena oferty BIT wynosiłaby 18 296 756,76 zł, a nie 11 988 816,97 zł. Ponadto Odwołujący wskazał jako przykładowe poz. 32 i 49 oferty BIT, które w jego ocenie były nierealne do wykonania za cenę zaoferowaną przez BIT, przedstawiając jako dowodów na nierealność cen kalkulację własną. Izba wskazuje, iż dopiero w toku rozprawy w związku ze złożonym do akt sprawy pismem procesowym z dnia 4 maja 2022 r. Odwołujący podjął rzeczową polemikę z założeniami kalkulacyjnymi BIT, co należy jednak uznać za działanie spóźnione w świetle zawitego terminu na wniesienie odwołania. To w rzeczonym piśmie Odwołujący w szczególności zaczął kwestionować założenia BIT dotyczące wysokości przyjętego zysku – uzupełnione zresztą pismem z dnia 5 maja 2022 r., wskazywał, że udział robocizny BIT wynikający z kalkulacji ceny stanowił tylko 16%, podczas gdy udział podwykonawcy ERPLAST w realizacji robót miał wynosić 80%

całości zadania, dokonał analizy kalkulacji składników cenowych przyjętych przez BIT w kontekście kategorii kosztów zmiennych i stałych, jak również zakwestionował stanowisko BIT, że koszty stałe zostały przeniesione z opcji I i II do zadania podstawowego. Wreszcie dopiero przy piśmie z dnia 4 maja 2022 r. Odwołujący przedstawił w ramach załącznika nr 10 szczegółową analizę własną wyjaśnień BIT z uwzględnieniem założeń przyjętych przez Przystępującego. Ponadto dopiero w toku rozprawy Odwołujący zakwestionował ofertę R.Ż. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą RAF-METAL RECYKLING w zakresie utylizacji sprzętu elektrycznego i elektronicznego na 0 zł. Podnieść należy, iż okoliczności faktyczne wynikające z pisma 4 i 5 maja 2022 r. jako wykraczające poza podstawę faktyczną zarzutu odwołania nie mogły zostać objęte rozważaniami Izby po myśli art. 555 ustawy Pzp.

Odnosząc się zatem do okoliczności faktycznych wynikających z treści wniesionego odwołania Izba wskazuje, że zaoferowanie przez BIT w tożsamyach pozycjach załącznika A1 do Formularza ofertowego różnych cen jednostkowych było przedmiotem wezwania Zamawiającego z dnia 10 marca 2022 r. Z wyjaśnień złożonych przez BIT wynikało, iż *„W zakresie wyjaśnień dotyczących rozbieżności cen jednostkowych tożsamyach pozycji Formularza ofertowego pragniemy wskazać, iż głównym celem prowadzenia działalności gospodarczej jest osiągnięcie maksymalnych korzyści finansowych, zapewnienie płynności finansowej oraz rentowności prowadzonych aktywności rynkowych. Pragniemy podkreślić, iż pozycje wymienione jako prawo opcji są to elementy oferty, które mogą, ale nie muszą się zmaterializować w okresie trwania umowy. Tym samym Wykonawca dokonując rzetelnej kalkulacji ofertowej oraz ograniczając ryzyko nie wydarzenia się prawa opcji - wszystkie koszty stałe niezbędne do poniesienia w okresie trwania umowy tj. wynagrodzenia pracowników, doposażenie stanowisk pracy (dodatkowe: zestawy znaków do zabezpieczenia prac na drodze (znaki pionowe, lampy ostrzegawcze), elektronarzędzia (klucze udarowe, szlifierki kątowe, młotowiertarki udarowe, wiertarko-wkrętarki), mobilne oświetlenia miejsca prac, przyczepa towarowa, podnośnik koszowy, auto osobowe z napędem 4x4, ostrzegawcza odzież robocza), leasing samochodów, koszty wynajmu powierzchni magazynowych, a także szkolenia personelu, obsługa prawna, koszty zabezpieczenia należytego wykonania umowy itp. zostały uwzględnione w zakresie podstawowym zamówienia. W ramach prawa opcji Wykonawca założył jedynie koszty bezpośrednio związane z realizacją dodatkowego zakresu prac -bez ww. pozycji kosztowych oraz zysk Wykonawcy. Szczegółowe zestawienie zostało ujęte w Załączniku nr 1”*

Powyższe wyjaśnienia BIT zawierają zatem przyczyny wystąpienia różnicy pomiędzy cenami jednostkowymi w zakresie tożsamyach pozycji załącznika 1A do Formularza ofertowego w ramach zamówienia podstawowego oraz opcji wskazujące na ujęcie szeregu kosztów stałych w zamówieniu podstawowym przy jednoczesnym ujęciu w ramach prawa opcji kosztów bezpośrednio związanych z realizacją dodatkowego zakresu prac i zysku.

Zauważyć należy, iż przyjęty przez BIT sposób kalkulacji ceny oferty zastosowali także dwaj inni wykonawcy uczestniczący w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, co oznacza, że większość oferentów zastosowała analogiczny sposób skalkulowania swojej oferty poprzez rozróżnienie cen jednostkowych dla tożsamych pozycji w ramach zamówienia podstawowego oraz opcji. Uzupełniająco wskazać należy, iż w świetle postanowień specyfikacji warunków zamówienia nie była zakazana wycena tożsamych pozycji załącznika A1 do Formularza ofertowego na odmiennym poziomie. Tym samym w świetle zapisów specyfikacji oraz przyjętej przez BIT metodyki kalkulacji ceny oferty brak jest podstaw do uznania, że w opcji II Przystępujący obowiązany był przyjąć ceny jednostkowe tożsame jak w ramach zamówienia podstawowego. Ponadto, jak już wskazano powyżej, okoliczność uwzględnienia przez BIT kosztów stałych w zamówieniu podstawowym nie została zakwestionowana w odwołaniu. We wniesionym odwołaniu Wykonawca skoncentrował się na możliwej kolejności realizacji zamówienia podstawowego oraz opcji, nie zaś na ujęciu kosztów stałych w ramach zamówienia podstawowego.

Z lektury wyjaśnień złożonych przez BIT w ocenie Izby nie można również wyprowadzić wniosku Odwołującego jakoby Przystępujący przygotowując kalkulację założył, że opcja II nie zostanie zrealizowana. Wskazać należy, iż okoliczność, że BIT ograniczył ryzyko niewydarzenia się prawa opcji czy też że w opinii Wykonawcy jest ona mało prawdopodobna nie oznacza, iż pełen zakres zamówienia nie został objęty wyceną.

Odnosząc się do zawartego w odwołaniu podejrzenia jakoby BIT przewidywał możliwość odstąpienia od umowy po zrealizowaniu zamówienia podstawowego z uwagi na niską karę umowną przewidzianą przez Zamawiającego w takim przypadku wskazać należy, iż „podejrzenia” Wykonawcy nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia Izby. Co więcej, podejrzenia Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w opisie przedmiotu zamówienia. Zgodnie bowiem z punktem 5.8 OPZ, wykonawca zobowiązany będzie do realizacji prac objętych przedmiotem umowy każdorazowo na podstawie wydanej przez Zamawiającego Instrukcji Usunięcia Infrastruktury Przydrożnej [dalej „IUIP”] w celu wykonania Robót wskazanych w pkt 4.1 OPZ. Jak wyjaśnił Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, aby każdy z potencjalnych wykonawców mógł zaplanować skalę prac w danym okresie rozliczeniowym wprowadzone zostały przez Zamawiającego w OPZ (p. 5.10. – 5.12.) limity dotyczące zlecanych do realizacji prac. Zamawiający uzasadniał, że ukształtowanie zapisów OPZ w powyższy sposób miało na celu wprowadzenie obiektywnych i realnych warunków dla każdego z potencjalnych wykonawców pozwalających zabezpieczyć i zorganizować w sposób należyty infrastrukturę niezbędną do realizacji przedmiotu Umowy. Powyższe postanowienia specyfikacji zdaniem Zamawiającego potwierdzają, iż zamówienie podstawowe oraz zamówienie realizowane w ramach prawa opcji, co do zasady realizowane będą jednocześnie, a realizacja umowy w zakresie zamówienia podstawowego będzie

rozciągnięta na cały okres obowiązywania umowy. Ponadto jak wynika z postanowień SWZ, realizacja zamówienia w ramach zamówienia podstawowego składać się będzie z rozbiórki i utylizacji IP KSPO lub Demontażu i utylizacji IP KSPO w 62 Lokalizacjach. Zakładając przy tym, że ilości w zakresie zamówienia realizowanego w ramach zamówienia podstawowego zostaną zlecone w maksymalnych miesięcznych ilościach, tj. 12 Lokalizacji IP KSPO w danym Okresie Rozliczeniowym, to realizacja zamówienia podstawowego musi zostać rozłożona na co najmniej 6 miesięcy. Jednocześnie jak wskazał Zamawiający, okres realizacji zamówienia wynosi maksymalnie 45 dni liczonych od daty przekazania IUIP Wykonawcy przez Zamawiającego. Dodatkowo do wskazanego terminu należy również doliczyć czas na wykonanie czynności odbiorowych zrealizowanej IUIP – co Zamawiający szacuje na ok. 21 dni dla każdej IUIP. Wobec powyższego mając na uwadze, że umowa w sprawie zamówienia publicznego, co do zasady zawierana jest na okres 12 miesięcy zakres prac, który zrealizowany ma być w zakresie zamówienia podstawowego zlecony zostanie do realizacji Wykonawcy w pierwszej kolejności po podpisaniu umowy, bowiem tylko takie działanie warunkuje, że w okresie obowiązywania umowy zamówienie podstawowe zostanie w pełnym zakresie zrealizowane – do czego zobowiązał się Zamawiający.

W tym miejscu zaakcentować również należy, iż Odwołujący nie polemizował z Zamawiającym, iż kwestia rozbiórki i utylizacji IP KSPO nie jest arbitralną i dowolną decyzją Zamawiającego, która może zostać podjęta niejako z dnia na dzień. Jak wyjaśnił Zamawiający, aby dana infrastruktura we wskazanej lokalizacji (IP KSPO) mogła zostać usunięta na podstawie Instrukcji Usunięcia Infrastruktury Przydrożnej należy postępować zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 21 października 2019 r. w sprawie szczegółowego sposobu gospodarowania składnikami rzeczowymi majątku ruchomego Skarbu Państwa (Dz.U. 2019, poz. 2004 z późn. zm.). Tym samym czynności objęte przedmiotem zamówienia podlegają ściśle określonej procedurze. Co więcej, jak wskazał Zamawiający, w przypadku zamówienia podstawowego Zamawiający posiada już potwierdzenie, że prace mogą być realizowane, bowiem warunki formalno-prawne pozwalają na rozbiórkę wskazanej w zamówieniu podstawowym IP KSPO. W pozostałym zakresie – a więc w zakresie prawa opcji – na chwilę obecną nie ma wiążących decyzji, jaka część prawa opcji zostanie uruchomiona. Mając zatem na uwadze obostrzenia natury proceduralnej uruchomienie zamówienia w zakresie realizacji prawa opcji nie nastąpi przed uruchomieniem zamówienia podstawowego.

Wobec powyższego stanowisko Odwołującego jakoby Zamawiający miał prawo w dowolny sposób zrealizować zamówienie podstawowe, prawo opcji I i prawo opcji II, czy uwagi Odwołującego dotyczące tego, że opcja nie zawsze jest realizowana na końcu

zadania oraz że istnieje możliwość rozpoczęcia przez Zamawiającego realizacji zadania od opcji II nie znajdują potwierdzenia w realiach sprawy.

Co do zarzucanej przez Odwołującego kwestii jakoby BIT nie uwzględnił w kalkulacji ceny stałego wzrostu cen towarów i usług, inflacji, presji pracowników związanej z waloryzacją wynagrodzeń, zwiększenie kosztów pracowniczych Izba wskazuje, że Odwołujący nie odparł twierdzeń Zamawiającego dotyczących postanowień umownych (§ 20 ust. 20.4 pkt 8 wzoru umowy) przewidujących możliwość waloryzacji wynagrodzenia w przypadku istotnej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia, rozumianej, jako wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy zawartego w ofercie wykonawcy.

Następnie Izba wskazuje, iż twierdzenia Odwołującego jakoby wykonawca BIT nie posiadał doświadczenia w rozbiórce Infrastruktury Przydrożnej Krajowego Systemu Poboru Opłat są gołosłowne i nie znajdują potwierdzenia w rzeczywistości. Złożone przez Przystępującego w toku rozprawy dowody potwierdzają, że wykonawca BIT jako członek konsorcjum realizujący Umowę nr 62/2019 z dnia 1 kwietnia 2019 r. na Świadczenie Usługi Utrzymania Infrastruktury Przydrożnej oraz Rozbudowę i Przebudowę Infrastruktury Przydrożnej Krajowego Systemu Poboru Opłat Wykonawca – BIT Spółka Akcyjna był bezpośrednio zaangażowany w realizację prac rozbiórkowych na IP KSPO. Ponadto jak wyjaśnił Zamawiający w ramach ww. umowy Przystępujący otrzymywał od Zamawiającego Instrukcje Modyfikacji Sieci Dróg Płatnych, w ramach, których zlecane były prace polegające na m.in. usunięciu Lokalizacji Infrastruktury Przydrożnej. Tym samym okoliczność, że Przystępujący posiada doświadczenie przy realizacji zamówień o zbliżonym przedmiocie zamówienia jest znana Zamawiającemu i nie wymaga dodatkowego dowodzenia w ramach procedury rażąco niskiej ceny, której podstawowym celem jest wyjaśnienie sposobu kalkulacji ceny oferty, a nie weryfikacja posiadanego przez wykonawcę doświadczenia, która w postępowaniu o zamówienie publiczne badana jest w kontekście postawionych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu.

Nie znajduje także potwierdzenia w stanie faktycznym niniejszej sprawy argumentacja Odwołującego jakoby wykonawca BIT nie odniósł się do wszystkich punktów ujętych w wezwaniu do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie określenia: szczegółowo kosztów robocizny, kosztu materiałów, pracy sprzętu dla pozycji wymienionych w wezwaniu, tj. 1 - 5, 8 - 11, 14 – 50. Izba wskazuje, iż Odwołujący błędnie interpretuje wezwanie skierowane do BIT w przedmiocie wyjaśnień poziomu ceny. W przedmiotowym piśmie Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia w zakresie cen jednostkowych dla pozycji Formularza cenowego można przedstawić wg poniższych składowych: koszty robocizny, koszty materiałów, koszty pracy sprzętu, koszty pośrednie, zysk. Z powyższego wynika zatem, że Zamawiający

wskazał Wykonawcy możliwy sposób wyjaśnienia cen jednostkowych. Powyższa sugestia Zamawiającego nie miała i nie mogła mieć charakteru wiążącego dla Przystępującego, z tej prostej przyczyny, iż sposób kalkulacji ceny oferty jest podstawową domeną wykonawcy. Jednocześnie Wykonawca BIT w załączniku nr 1 do odpowiedzi z dnia 16 marca 2022 r. dokonał rozbicia nie tylko pozycji wskazanych w piśmie Zamawiającego z dnia 10 marca 2022 r., ale wszystkich pozycji Formularza cenowego poprzez podanie kwot w zakresie poszczególnych składowych tworzących wartość ceny jednostkowej dla danej pozycji Formularza cenowego. Tym samym wbrew twierdzeniom Odwołującego złożone przez BIT wyjaśnienia czyniły zadość żądaniu Zamawiającego.

Za nieuzasadnione i gołosłowne Izba uznała stanowisko Odwołującego, który wskazywał, że wymienieni przez BIT specjaliści tj. kadra pracownicza, zarządcza, monterska, jak i specjalistyczna w tym informatycy i specjaliści w dziedzinie systemów zabezpieczeń wizyjnych, to po prostu etatowi pracownicy związani z podstawową działalnością BIT zgodnie z KRS, a nie osoby które bezpośrednio będą zaangażowane w wykonanie zakresu prac określonych w przedmiotowym zadaniu. W ocenie Izby nie zostało wyjaśnione na jakiej podstawie Odwołujący przyjął, iż ww. specjaliści nie będą brali udziału w realizacji niniejszego zamówienia. Ponadto z załącznika do wyjaśnień ceny oferty złożonego przez BIT wynika, że do kalkulacji ceny oferty przyjęto m.in. koszt 1 rbh montera/serwisanta, co oznacza, iż osoby dedykowane na to stanowisko będą niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie gdyby nawet przyjąć, że część osób wskazanych przez Przystępującego nie będzie bezpośrednio zaangażowana w wykonanie zamówienia, to nie można wykluczyć ich pośredniego udziału przy wykonaniu kontraktu.

W przedmiocie podnoszonej przez Odwołującego kwestii, iż strona internetowa BIT S.A. nie wskazuje na to, by spółka posiadała oddziały terenowe na obszarze całej Polski oraz wątpliwości Odwołującego dotyczących tego, czy BIT korzysta w określonym zakresie z własnych zasobów czy też korzysta z podwykonawców wskazać należy, że z treści oferty BIT wynika, że Wykonawca będzie realizował niniejsze zamówienie przy użyciu zasobów własnych oraz zasobów podmiotu trzeciego, tj. ERPLAST Sp. z o.o. Jednocześnie zakres korzystania z zasobów podmiotu trzeciego wynika z treści zobowiązania ERPLAST Sp. z o.o. oraz treści oferty i wbrew stanowisku Odwołującego nie wynika z nich, że do realizacji zamówienia większość pracowników zostanie skierowana przez ERPLAST. Zauważyć należy, iż na obecnym etapie postępowania szczegółowy zakres podziału zadań i obowiązków między Przystępującym a ERPLAST nie jest jeszcze znany. Ponadto jak wyjaśnił w toku rozprawy Przystępujący główny zakład Wykonawcy znajduje się w Białymstoku, w którym zatrudniona jest przeważająca część kadry pracowniczej, co z kolei przekłada się na obniżenie kosztów zatrudnienia względem innych dużych miast w kraju. Powyższe nie stoi jednak w sprzeczności z faktem posiadania przez BIT oddziałów

terenowych i skierowania tych oddziałów do realizacji zamówienia. Jednocześnie jak wskazał Zamawiający zdecydowana część lokalizacji infrastruktury przydrożnej jest ulokowana poza dużymi obszarami miejskimi i centrami miast, dlatego też założone zostały niższe stawki wynagrodzenia dla pracowników BIT. Ponadto powoływanie się na stronę internetową Przystępującego jako źródło informacji o posiadaniu przez BIT oddziałów terenowych jest nietrafione.

Odnosząc się do załączonych do odwołania kalkulacji dotyczących wyliczenia kosztów w zakresie rozbiórki i utylizacji konstrukcji stalowej wraz z fundamentami (poz. 32 formularza) oraz w zakresie demontażu i utylizacji przyłącza energetycznego (poz. 49 formularza) Izba wskazuje, iż przedmiotowe kalkulacje stanowią wyliczenia własne Odwołującego i nie dowodzą nieprawidłowości w wycenie oferty sporządzonej przez Przystępującego. Słusznie również zauważył Zamawiający, iż przedmiotowe kalkulacje nie zawierają informacji dotyczących wartości przyjętych przez Odwołującego, tzn. czy wskazane w nich kwoty są kwotami netto/brutto, lub czy wskazane kwoty dotyczą roboczogodzin, dniówek, kompletu, sztuki, ceny za 1 km itd., co z kolei podważa ich wiarygodność. Odwołujący dopiero w piśmie z dnia 4 maja 2022 r. uzupełnił ww. tabele o brakujące dane i jednostki miary. Co kluczowe, we wniesionym odwołaniu Odwołujący nie odniósł danych wynikających z tabeli dotyczącej rozbiórki i utylizacji konstrukcji stalowej wraz z fundamentami oraz demontażu i utylizacji przyłącza energetycznego do wartości wynikających z kalkulacji Przystępującego. W szczególności nie zostało omówione i wskazane, które konkretnie elementy świadczenia wynikające z wyjaśnień poziomu ceny złożonych przez Przystępującego mają charakter oderwany od rzeczywistości. Jak już wskazano powyżej zadaniem Odwołującego było przede wszystkim podważenie sposobu kalkulacji i założeń cenotwórczych przyjętych przez BIT, nie zaś przedstawienie własnej, lepszej – w ocenie Odwołującego – kalkulacji. Ponadto stwierdzić należy, iż porównanie sposobu kalkulacji ceny oferty przedstawionej przez Przystępującego w załączniku nr 1 do wyjaśnień ceny z kalkulacją Odwołującego jest w istocie niemożliwe z uwagi na odmienną metodykę sporządzenia kalkulacji.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż wykonawca BIT w sposób niedopuszczalny na etapie postępowania odwoławczego uzupełnił dowody w ramach procedury rażąco niskiej ceny. Wskazać należy, iż złożone przez Przystępującego dowody miały na celu odparcie twierdzeń Odwołującego dotyczących nierealnego i nierynkowego poziomu cen przyjętych przez BIT w kalkulacji. Co więcej, złożone przez BIT dowody dotyczące ceny za czarnoziem, piasek zasypowy, pracy dźwigu wraz z dojazdem, pracy koparki potwierdzają, że możliwe jest nabycie ww. towarów, czy też świadczenie usług po cenach niższych niż wskazane przez Odwołującego w złożonych dowodach. Ponadto wskazać należy, iż złożone przez Odwołującego faktury dotyczące usługi hotelowej, usługi

sprzętowej, dźwigowej, tymczasowej organizacji ruchu przy demontażu bramownicy potwierdzą koszty poniesione przez Odwołującego, co nie oznacza, iż nie jest niemożliwe nabycie na rynku ww. usług po cenach niższych. Jednocześnie na podstawie złożonych przez Odwołującego faktur nie można jednoznacznie ustalić, co było konkretnie przedmiotem świadczenia. Jednocześnie jak wskazał Zamawiający w toku rozprawy w zakresie załącznika nr 5A do pisma procesowego Odwołującego z dnia 4 maja 2022 r. przedmiotowy raport dotyczy dźwigu DEMAG AC80-Z o udźwigu 80 ton, podczas gdy najcięższy element objęty zamówieniem (rygiel) ma wagę ok. 1,5 tony. Dowody stanowiące załączniki 1 i 2 do pisma Odwołującego z dnia 4 maja 2022 r. Izba uznała za niemiernodajne w okolicznościach sprawy, skoro Przystępujący wyjaśnił, iż zatrudnia projektanta, tworzy własne projekty organizacji ruchu dla danego rejonu obejmującego kilka lokalizacji, co pozwala zoptymalizować koszty osobowe i sprzętowe. Dalej wskazać należy, iż z dowodu nr 8 do pisma Odwołującego z dnia 4 maja 2022 r. pt. „Oferta” nie wynika co konkretnie było jej przedmiotem. Sporna w toku rozprawy kwestia utylizacji gruzu nie była akcentowana przez Odwołującego w odwołaniu, a złożona przez Odwołującego przy piśmie z dnia 5 maja 2022 r. faktura 45/2020/FAK za utylizację gruzu dla 1 lokalizacji w kwocie 45 zł netto/tonę jest sprzeczna ze stawką przyjętą przez Odwołującego w tabeli nr 1 dotyczącej rozbiórki i utylizacji konstrukcji stalowej wraz z fundamentami wynoszącą 100 zł netto/tonę. Prawidłowości kalkulacji Przystępującego nie podważa także złożona przez Odwołującego umowa z 25 marca 2013 r.

Mając na względzie całokształt okoliczności faktycznych niniejszej sprawy oraz rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie podważył wyjaśnień ceny oferty złożonych przez BIT, w tym szczegółowej kalkulacji oraz złożonych dowodów, wobec czego brak było podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na rażące zaniżenie elementów składowych przedmiotu zamówienia.

W konsekwencji powyższego za nietrafione Izba uznała stanowisko Odwołującego, iż złożenie oferty przez BIT stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Odwołujący nie wykazał, że oferta BIT została skalkulowana poniżej kosztów wytworzenia czy świadczenia usługi w celu eliminacji innych przedsiębiorców z rynku. W niniejszej sprawie Odwołujący w istocie upatrywał czyn nieuczciwej konkurencji w złożeniu przez BIT oferty zawierającej cenę rażąco niską, co nie zostało wykazane z przyczyn omówionych powyżej. Odwołujący nie przedstawił szerszej argumentacji wskazującej, że działania BIT w rozpoznawanej sprawie są niejako wymierzone w sytuację podmiotową Odwołującego mającą na celu wyeliminowanie wykonawcy z rynku. Brak było zatem podstaw do uznania, że złożenie oferty przez BIT w takiej formie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia BIT z postępowania, pomimo przedłożenia przez tego wykonawcę w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa informacji, które wprowadziły Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dysponowania referencjami lub zasobami ludzkimi, co mogło mieć istotny wpływ na decyzję podjętą przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania lub niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

W myśl art. 273 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie: 1) braku podstaw wykluczenia; 2) spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Nie ulega wątpliwości, iż w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego poniżej tzw. progów unijnych to w gestii zamawiającego pozostaje decyzja, czy i jakich podmiotowych środków dowodowych będzie żądał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Oczywiście decyzje te nie mogą pozostawać w sprzeczności z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, a więc ustawy Pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415).

Odnosząc się do ww. zarzutu Izba wskazuje, iż stanowisko przedstawione przez Zamawiającego tak co do faktów, jak i przepisów prawa było prawidłowe. Zamawiający zgodnie z rozdziałem 8 pkt 8.1 SWZ żądał, aby do oferty potencjalni wykonawcy dołączyli oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, zgodnie z treścią Załącznika D do SWZ. W okolicznościach rozpoznawanej sprawy wykonawca BIT wraz z ofertą złożył rzeczony oświadczenie. Z kolei w rozdziale 8 pkt 8.5 – 8.6 SWZ Zamawiający precyzyjnie określił, jakich dokumentów będzie żądać od wykonawców w postępowaniu oraz określił termin, w którym będzie ich żądać. Zamawiający nie wskazał żadnych podmiotowych środków

dowodowych poza odpisem lub informacją z Krajowego Rejestru Sądowego lub Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, których mógłby żądać w przedmiotowym postępowaniu.

Wobec powyższego stwierdzić należy, iż Zamawiający związany treścią specyfikacji warunków zamówienia nie miał możliwości żądania od wykonawcy BIT żadnych dodatkowych dokumentów podmiotowych poza tymi określonymi w SWZ. W następstwie wykonawca BIT nie był zobowiązany do przedstawienia wykazu osób ani referencji, bowiem z postanowień SWZ nie wynikał taki obowiązek. Postawiony warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej weryfikowany był na podstawie złożonego przez wykonawcę BIT oświadczenia dołączonego do oferty, co pozostaje w zgodzie z przepisami ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, iż Odwołujący wbrew regule wynikającej z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp nie przedstawił żadnych dowodów wskazujących, że złożone przez BIT oświadczenie w załączniku D było niezgodne z rzeczywistością.

Mając na względzie powyższe nie sposób uznać, iż wykonawca BIT w wyniku zamierzonego działania czy rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Tym samym zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i b ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp były niezasadne.

W konsekwencji powyższego nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez BIT S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: