

**WYROK**

**z dnia 5 sierpnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Ewa Sikorska

**Członkowie:** Irmina Pawlik

Magdalena Rams

**Protokolant:** Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2021 r. przez wykonawcę **NeoStrain Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **SHM System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Krakowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Skarbowi Państwa - Generalnemu Dyrektorowi Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Katowicach** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy **SHM System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Krakowie** i dokonanie ponownej oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SHM System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Krakowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **NeoStrain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy **SHM System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Krakowie** na rzecz wykonawcy **NeoStrain Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** kwotę **19 042 zł 80 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy czterdzieści dwa złote osiemdziesiąt groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Skarb Państwa - Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie Oddział w Katowicach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest bieżące utrzymanie systemu oraz infrastruktury systemu wraz z prowadzeniem monitoringu podłoża autostrady A1 w obszarze występowania deformacji terenu wywołanych eksploatacją górnictw.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 11 lipca 2021 r. wykonawca NeoStrain Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu tj.:

- czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę - SHM Sp. z o.o. Sp. k,
- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SHM Sp. z o.o. Sp. k.;
- zaniechanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 1 - 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SHM Sp. z o.o. Sp. k., pomimo że SHM Sp. z o.o. Sp. k. wbrew wezwaniu do wyjaśnienia ceny całkowitej oferty nie złożył wyjaśnień w zakresie ceny oferty, wbrew wezwaniu wyjaśnieniami co do ceny objął wyłącznie niektóre pozycje formularza cenowego, przez co nie zrealizował ciążącego na nim obowiązku wyjaśnienia ceny oferty, nie wykazał że cena ta w całości jest realna i rynkowa, co powinno skutkować odrzuceniem oferty SHM Sp. z o.o. Sp. k.

2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 1 – 3 ustawy P.z.p., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SHM Sp. z o.o. Sp. k., pomimo że SHM Sp. z o.o. Sp. k. wbrew wezwaniu do wyjaśnienia cen jednostkowych nie złożył wyjaśnień w zakresie wszystkich cen objętych wezwaniem, przez co nie zrealizował ciążącego na nim obowiązku

wyjaśnienia cen jednostkowych oferty w zakresie objętym wezwaniem, co powinno skutkować odrzuceniem oferty SHM Sp. z o.o. Sp. k.

3. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z 90 ust. 1 – 3 ustawy P.z.p., poprzez błędną ocenę wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k. i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SHM Sp. z o.o. Sp. k., pomimo że wyjaśnienia nie zostały opracowane w sposób rzetelny, wiarygodny i wyczerpujący, nie rozwiewają wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia oraz potwierdzają, że ceny jednostkowe są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno skutkować negatywną oceną wyjaśnień wykonawcy SHM Sp. z o.o. Sp. k. i prowadzić do odrzucenia oferty SHM Sp. z o.o. Sp. k. przez zamawiającego

4. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 z zw. z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1913), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SHM Sp. z o.o. Sp. k. z powodu dopuszczenie się przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na takim manipulowaniu cenami jednostkowymi, że w pozycjach 2, 4, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 21, 22 zostały one określone poniżej kosztów realizacji zamówienia albo z pominięciem istotnych kosztów realizacji zamówienia w zakresie tych pozycji, wyłącznie po to, aby cena oferty z poz. 1 – 25 formularza cenowego mieściła się w wyznaczonym przez Zamawiającego limicie 30% ceny całkowitej netto

5. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 89 ust.1 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SHM Sp. z o.o. Sp. k. z powodu jej niezgodności z pkt 15.1. w zw. z 15.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), polegającej na tym, że w pozycjach 2, 4, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 21, 22 formularza cenowego nie uwzględniono kosztów pracy Specjalisty SHM, pomimo że z wyjaśnień złożonych przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. w dniu 22 lutego 2021 r. wynika, że poniesienie kosztu pracy tego specjalisty w tych pozycjach jest niezbędne, przy jednoczesnym przeniesieniu kosztu pracy tego specjalisty w całości do poz. 26 formularza cenowego dotyczącej innego zakresu zamówienia, przez co ceny jednostkowe w poz. 2, 4, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 21, 22 nie obejmują całkowitego kosztu wykonania tych pozycji, jak wymagał zamawiający w pkt 15.1 s.i.w.z., co skutkuje naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wnioskował o:

1. nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy SHM Sp. z o.o. Sp. k., jako najkorzystniejszej;

2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania oraz oceny ofert;
3. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty SHM Sp. z o.o. Sp. k.;
4. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wniósł także o:

1. dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
2. przyznanie odwołującemu zwrotu kosztów postępowania wywołanych wniesieniem odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 lipca 2021 roku oświadczył, że uwzględni odwołanie w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca SHM Sp. z o.o. Sp. k. (dalej także: przystępujący). Przystępujący na posiedzeniu Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2021 roku oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Ponadto przystępujący wniósł o:

- oddalenie odwołania,
- dopuszczenie dowodów wskazanych w treści pisma procesowego z dnia 2 sierpnia 2021 roku,
- przyznanie kosztów postępowania w postaci kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Wartość zamówienia wynosi 4 462 514,31 zł netto, co stanowi równowartość 1 045 256,67 euro. W postępowaniu wpłynęły dwie oferty: oferta odwołującego z ceną 5 146 652, 10 zł brutto oraz oferta przystępującego z ceną 3 810 343, 20 zł brutto (*dowód: protokół postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego*).

W dniu 8 lutego 2021 roku zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. wezwał przystępującego do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia jego ceny, w celu ustalenia, czy istotne części składowe oferty zawierają rażąco niską cenę oraz czy uwzględniają wszystkie wymagania zawarte w s.i.w.z. Zamawiający

wskazał, że cena oferty ogółem wynosi 3 810 343,20 PLN brutto i jest niższa o 30,58% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, wynoszącej 5 488 892,60 PLN brutto

Zamawiający wskazał, iż wątpliwości budzą następujące pozycje formularza ofertowego: 2, 4, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 17, 19, 21, 22, 28, 30, 31, 32, 33, 34, 38, 40, 41, 42.

Zamawiający poprosił o złożenie wyjaśnień w zakresie wskazanym poniżej (wraz z przedłożeniem dowodów np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych w odniesieniu do każdej z ww. w tabeli pozycji):

1. *W jaki sposób Wykonawca dokonał kalkulacji elementów cen, w zakresie wskazanych powyżej pozycji formularza cenowego. Należy przedstawić założenia, dowody (np. w postaci kalkulacji cenowej z rozbiciem poszczególnych elementów cenotwórczych) przedstawiających sposób wyliczenia kosztów (w tym zakładany poziom zysku), jakie Wykonawca zastosował w celu ustalenia ceny dla ww. pozycji.*

2. *Należy potwierdzić, że ceny jednostkowe poszczególnych pozycji formularza cenowego w ww. zakresie uwzględniają wszystkie elementy wykonania prac wynikających z SIWZ.*

2. 1. *koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) oraz Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 roku w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę (wraz ze wskazaniem w jaki sposób Wykonawca dokonał wyceny powyższych elementów rozliczeniowych w rozbiciu na poszczególne koszty pracownika i pracodawcy oraz koszty narzutu Wykonawcy - odrębnie dla każdej z ww. istotnych części składowych ceny);*

2.2. *powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy (wraz ze wskazaniem w jakim zakresie oraz jakie efekty ekonomiczne przynoszą). Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający wzywa do złożenia informacji na temat sposobu uwzględnienia elementów mających wpływ na cenę oferty ogółem, w szczególności w kwestiach wskazanych powyżej, ale również innych, które uważacie Państwo za istotne, mając na uwadze m.in. zaangażowanie osobowe, rzeczowe, sprzętowe, finansowe i związane z tym niezbędne do poniesienia koszty a także zakładany poziom zysku.*

*Ocena wyjaśnień dokonywana przez Zamawiającego ma na celu ustalenie, czy cena skalkulowana była rzetelnie i czy Wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie. Przedstawione przez Wykonawcę wyjaśnienia muszą być merytoryczne, a Wykonawca*

*musi dostarczyć wystarczający materiał do sformułowania przez Zamawiającego oceny zaoferowanej w ofercie kwoty, za którą Wykonawca ma zamiar wykonać przedmiot zamówienia. Dlatego prosimy o przesłanie wszystkich informacji oraz dowodów, które uznacie Państwo za istotne, na temat sposobu obliczenia przez Państwa ceny zamówienia, a których Zamawiający nie wymienił powyżej. (dowód: pismo z dnia 8 lutego 2021 roku).*

Przystępujący pismem z dnia 22 lutego 2021 roku udzielił odpowiedzi, w której wskazał na sposoby kalkulacji pozycji wymienionych w piśmie zamawiającego z dnia 8 lutego 2021 roku. (dowód: pismo z dnia 22 lutego 2021 roku). Wyjaśnienia wraz ze stanowiskiem przystępującego zawarte są w części uzasadnienia, zawierającej rozstrzygnięcie poszczególnych zarzutów.

Wyjaśnienia przystępującego częściowo zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa. Zamawiający pismem z dnia 5 marca 2021 roku poinformował, że odtajnia informacje i dokumenty, w jakim zostały one objęte tajemnicą przedsiębiorstwa z uwagi na brak wykazania przesłanek do zastrzeżenia tych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa (dowód: pismo z dnia 5 marca 2021 roku).

Pismem z dnia 1 lipca 2021 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu (dowód: pismo z dnia 1 lipca 2021 roku).

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest zasadne.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte przed 1 stycznia 2021 r., jednakże odwołanie wnoszone jest po tej dacie, a zatem zgodnie z art. 98 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Przepisy wprowadzające ustawę — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), do niniejszego postępowania odwoławczego stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 – dalej: ustawa n.P.z.p.).

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

#### *Stanowisko odwołującego co do pozycji 31-34 formularza ofertowego:*

Odwołujący zakwestionował pozycje 31-34 formularza cenowego przystępującego. Wskazał, że są one niewiarygodne już z tego powodu, że różne pozycje cenowe i kosztowe połączono w jedno i omówiono wspólnie, nawet wówczas, gdy w każdej z tych pozycji

występowały różne koszty o różnej wysokości. Zakresy tych pozycji opisano precyzyjnie (i odrębnie) w punktach 5.5. - 5.7 oraz 5.9 OPZ, dlatego też nie jest zasadne przyjmowanie, że w każdym przypadku są to te same czynności, wykonywane w ramach tych samych kosztów, jak sugeruje się to w wyjaśnieniach. Dla każdej z tych pozycji należało i możliwe było określenie kosztów, czasu (roboczogodzin) zaangażowania pracowników, czy kosztów zmiennych (wydruki, raporty itp.) – takich wyjaśnień jednak nie złożono. W wyjaśnieniach nie tylko nie zaprezentowano kalkulacji każdej z pozycji cenowych – jak żądał tego zamawiający w wezwaniu, ale wbrew treści wezwania dokonano uogólnienia łącząc pozycje formularza cenowego w jeszcze większe grupy, tylko w oparciu o znane SHM Sp. z o.o. Sp. k. założenia. W wyjaśnieniach wskazano, że w realizacji zamówienia w poz. 31 - 34 uczestniczyć będą trzy kategorie pracowników: 1) Geolog Górniczy, 2) Specjalista Drogowy oraz 3) Specjalista SHM. Z wyjaśnień w żadnym zakresie nie wynika jednak, w jaki sposób rozkładają się koszty realizacji zadań w poz. 31 – 34 formularza cenowego w wycenie kosztów pracy pomiędzy Geologa Górniczego, Specjalistę Drogowego oraz Specjalistę SHM. Nie wiadomo jakie zaangażowanie czasowe przewidziano na realizację tych zadań przez wszystkich trzech specjalistów, jaka jest ich stawka jednostkowa (godzinowa RB) oraz czy jest to w ogóle stawka rynkowa, a w efekcie czy wynagrodzenie podane w wyjaśnieniach jest w ogóle wyższe od minimalnego. W Wykazie Osób wskazano, że SHM Sp. z o.o. Sp. k. dysponuje Geologiem Górniczym oraz Specjalistą Drogowym na podstawie umowy cywilnoprawnej – umowy zlecenie. Do wyjaśnień nie dołączono jednak tych umów na potwierdzenie wskazanych w wyjaśnieniach kwot wynagrodzenia – zatem kwoty tych wynagrodzeń pozostają gołosłowne. Nie wiadomo zatem, czy podane w wyjaśnieniach kwoty są w ogóle kwotami, na jakie faktycznie zawarto z tymi osobami umowy cywilnoprawne.

Odwołujący wskazał, że łączne wynagrodzenie Geologa Górniczego oraz Specjalisty Drogowego wynosi zgodnie z deklaracją SHM Sp. z o.o. Sp. k. łącznie 777 600 zł – tj. po 388 800 zł na każdego z nich, tyle że żadna z poz. 31 – 34 nie obejmuje kwoty, która mogłaby to wynagrodzenie pokryć – wszystkie kwoty w tych pozycjach są niższe. Oznacza to, że wynagrodzenie tych specjalistów jednak w jakiś – bliżej nikomu nieznanym sposób i wykazany przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. – rozkłada się pomiędzy pozycje 31 – 34, albo jeszcze inne poz. formularza cenowego, jednak SHM Sp. z o.o. Sp. k. tych danych w wyjaśnieniach nie ujawnił. Nie wiadomo zatem, czy w poz. 31 – 34 formularza cenowego, po uwzględnieniu w każdej z nich z osobna realne jest osiągnięcie rentowności – nie wiadomo bowiem jakie koszty występują w każdej z tych pozycji z osobna ani w jakiej części koszty te to wynagrodzenie Geologa Górniczego oraz Specjalisty Drogowego. Prowadzi to do sytuacji, w której nie dość, że podano całkowicie nieweryfikowalne wynagrodzenie Geologa Górniczego oraz Specjalisty Drogowego, to jeszcze w ogóle nie wiadomo, czy i jak

umieścić je w kosztach realizacji każdej z poz. 31 – 34. Innymi słowy, ani kwota wynagrodzenia ww. specjalistów, ani jej udział w kosztach poz. 31 -34 nie została w żaden sposób wyjaśniona i jest nieweryfikowalna, to zaś potwierdza, że wyjaśnienia w tym zakresie nie zostały złożone w sposób wyczerpujący i należyty.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach dla poz. 17 wskazano, że w ramach wynagrodzenia Specjalisty Drogowego ujętej w poz. 31 – 34, tj. kwocie 388 800 zł brutto uwzględniono także koszt wykonania projektu organizacji ruchu, o którym mowa w poz. 17. Jednak w wyjaśnieniach do poz. 17 ani do poz. 31 – 34 w żaden sposób nie wyartykułowano ile wynosi koszt projektu drogowego, a co więcej, kwoty wynagrodzenia Specjalisty Drogowego podawane w wyjaśnieniach do poz. 31 – 34 (388 800 zł) wskazywano jako koszty realizacji tylko tych pozycji i żadnych innych. Okazuje się jednak, że o ile w wyjaśnieniach do poz. 31 – 34 twierdzi się, że kwota 388 800 zł brutto to wynagrodzenie Specjalisty Drogowego za wykonanie zadań w tych pozycjach, to jednak już przy poz. 17 twierdzi, że w tym wynagrodzeniu jest zawarte jeszcze wykonanie projektu organizacji ruchu. Czyli w wyjaśnieniach do poz. 17 wykonawca przeczy swoim wyjaśnieniom z poz. 31 – 34. To zaś oznacza, że wynagrodzenie Specjalisty Drogowego w kwocie 388 800 zł wskazane w wyjaśnieniach do poz. 31 – 34, wbrew treści tych wyjaśnień, nie jest wynagrodzeniem Specjalisty za realizację poz. 31 – 34, bowiem kwota tego wynagrodzenia miałaby obejmować wykonanie poz. 31 – 34, a dodatkowo projektu organizacji ruchu z poz. 17 i może jeszcze jakiś innych zadań.

Wyjaśnienia w tym zakresie pozostają wewnętrznie sprzeczne. O ile bowiem w ramach poz. 31 – 34 wykazana zostaje jakaś kwota, która ma stanowić wynagrodzenie Specjalisty Drogowego (388 000zł), to jednak z dalszych wyjaśnień okazuje się, że w tej kwocie są jednak ujęte jakieś inne świadczenia z innych pozycji – jak projekt drogowy z poz. 17. Wewnętrzna sprzeczność wyjaśnień jest zaprzeczeniem ich wiarygodności i rzetelności. Wyjaśnienia w poz. 17 uważać należy jako celowe ukrycie kosztów realizacji projektu drogowego. W ten sposób okazuje się, że na podstawie wyjaśnień wykonawcy, nie można ustalić: 1) ani ile wynosi wynagrodzenie Specjalisty Drogowego z tytułu wykonania każdej z poz. 31 – 34, 2) ani ile wynosi wynagrodzenie Specjalisty Drogowego z tytułu wykonania projektu organizacji ruchu w poz. 17. W wyjaśnieniach podano jakąś kwotę wynagrodzenia (388 800 zł) ale mając na uwadze powyższe nie wiadomo, czego ta kwota dotyczy, w jakiej wysokości koszty tej kwoty rozkładają się na poz. formularza cenowego, nie wiadomo czy wynagrodzenie Specjalisty Drogowego jest rynkowe, ani chociażby wyższe od minimalnego.

Odwołujący wskazał, że w wyjaśnieniach do poz. 31 – 34 popełniono także błąd matematyczny, który doprowadził do zaniżenia pozycji wartości pozycji o ok. 80 000 zł. Prawidłowe sumowanie kwot podanych w wyjaśnieniach powinno wyglądać następująco:

Wynagrodzenia:  $388\,800 \times 2 = 777\,600$  zł

Koszty zmienne:  $900 + 180 + 2100 + 62\,262$  zł = 65 442 zł

Łącznie koszty zmienne dla pozycji 33 (5 opracowań), 34 (1 opracowanie) - 6 opracowań: 8 220 zł

SUMA= 851 262 zł zamiast 779 262,00 zł (różnica: 72 000 zł)

Koszty ogólne 15% = 127 689,30 zł zamiast 116 889,30 zł (różnica: 10 800 zł)

Razem koszty (bez zysku) to zatem: 978 951,30 zł zamiast 940 958,87 zł

To zaś oznacza, że wyłącznie po sprostowaniu błędu matematycznego, różnica pomiędzy oferowaną ceną a kosztami realizacji wynosi zaledwie 18 048,70 zł ( $997\,000 - 978\,951,30$ ), z początkowo deklarowanej przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. kwoty aż 100 848,71 zł ( $56\,041,14 + 44\,807,57$ ). Mowa tu jednak o pozycji, która realizowana będzie cały okres 36 miesięcy realizacji zamówienia. Owa kwota 18 048,70 zł miałaby zabezpieczać cały zysk wykonawcy w ciągu 3 lat świadczenia usług objętych zamówieniem oraz stanowić rezerwę na wszelkie nieprzewidywane koszty i ryzyka. Na pokrycie ryzyka w kalkulacji ceny przewidziano 56 041 zł, to oznacza to, że w ramach pozycji 31 – 34 formularza cenowego wykonawca może odnieść stratę w wysokości 37 992,30 zł ( $56\,041 - 18\,048,70$ ), co widoczne jest wyłącznie po sprostowaniu błędu matematycznego.

*Stanowisko przystępującego co do pozycji 31-34 formularza ofertowego:*

Przystępujący stwierdził, że zarzut ten jest o tyle chybiony, że z żadnego przepisu ustawy PZP czy też z samej treści wezwania do wyjaśnienia ceny nie wynika konkretny sposób, w jaki wykonawca ma formułować swoje wyjaśnienia dotyczącego tego przedmiotu.

Przystępujący wskazał, że wobec komplementarności usług o których mowa w poz. 31-34 celowo nie wskazywał przewidywanego zaangażowania czasowego poszczególnych specjalistów do realizacji prac z tych pozycji. Rzetelne dokonanie takich estymacji jest, z uwagi na charakter prac, niemożliwe. Przystępujący wyraźnie jednak wskazał, że zamierza osoby te zaangażować w wymiarze czasu pracy odpowiadającym pełnemu etatowi, tak aby zapewnić sobie możliwość elastycznego reagowania na zmieniające się w trakcie realizacji zamówienia potrzeby. Takie działanie, i tylko takie, jest racjonalne i uzasadnione ekonomicznie. Nie sposób bowiem za prawidłowe uznać zakontraktowanie jednej i tej samej osoby do realizacji konkretnych czynności nie znając ich dokładnego wymiaru — doszłoby

bowiem do sytuacji takiej, że osoba ta od np. godziny 08-10 pozostawałaby w gotowości do realizacji pozycji 31, od 10-12 do realizacji pozycji 32, od 12-14 do realizacji pozycji 33, a od 14-16 do realizacji pozycji 34 — a w sytuacji, w której występująca potrzeba wymagałaby innego działania, osoba ta nie byłaby do tego zobowiązana. Stąd też nie wskazywano i nie kalkulowano dokładnego rozkładu kosztów pracy na te i inne pozycje, zwłaszcza, że zamawiający nie przedstawił żadnych założeń do takich wyliczeń.

W ocenie przystępującego nie sposób również twierdzić, że przewidziana w wyjaśnieniach stawka wynagrodzenia za pełen etat nie jest stawką rynkową. Jednocześnie przystępujący zarówno w ramach wykazu osób, jak i przedłożonych wyjaśnień wskazywał, że wymaganymi specjalistami dysponuje. Przystępujący na rozprawie przedstawił zobowiązania panów: W. P. i J. K., zastrzegając je jednocześnie jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Przystępujący stwierdził, że celowo przewidział w wyjaśnieniach wyższą kwotę wynagrodzenia Projektanta drogowego i Geologa Górniczego niż wynikające z przedłożonych dokumentów, w celu zachowania dodatkowego poziomu rezerwy finansowej na ewentualny wzrost wynagrodzeń i inne koszty „okołosobowe” w czasie trwania kontaktu. Podniósł, że stawka rynkowa jest niczym innym jak stawką, którą za daną usługę/pracę ktoś jest z jednej strony gotów zapłacić, a z drugiej strony ktoś jest gotów pracy się podjąć.

Przystępujący wskazał, że na etapie przygotowywania oferty skontaktował się z GDDKiA o/ Katowice i uzyskał informację, że projekty organizacji ruchu dla typowych zadań (a takim jest instalacja czujnika drogowego), są przekazywane przez GDDKiA wykonawcom realizującym umowy dla GDDKiA nieodpłatnie. Informację tę przystępujący zamieścił w wyjaśnieniu. Mimo to, przystępujący wskazał, że w trakcie realizacji umowy, będzie dysponował Projektantem drogowym, który również projekt taki może wykonać w ramach swojego wynagrodzenia.

Przystępujący zauważył, że trzech specjalistów wskazanych przez zamawiającego zostanie zatrudnionych przez przystępującego do realizacji zadań wynikających z s.i.w.z. Zaznaczył, że pracownik pobierający wynagrodzenie pozostaje w dyspozycji pracodawcy i może realizować wszystkie zadania konieczne do wykonania w danym kontrakcie, o ile nie przekroczy to umówionej przy zatrudnieniu liczby godzin oraz nie będzie poza kompetencje pracownika. Tym samym wykonanie „projektu organizacji ruchu” może zostać wykonane również przez Projektanta drogowego i nie rodzi to żadnych kosztów po stronie przystępującego.

Przystępujący przyznał, że faktycznie popełnił błąd matematyczny polegający na niewłaściwym zsumowaniu kosztu poszczególnych pozycji. W wyjaśnieniach wskazał

bowiem sumę tych kosztów na kwotę: 779 262,00 zł, podczas gdy powinno być: 851 262,00 zł, Co oznacza, że po uwzględnieniu kosztów ogólnych w wysokości 15%, kwota razem wynosić będzie 978 951,30 zł. Suma analizowanych pozycji kosztorysowych wynosi 997 000,00 zł, co oznacza, że pozostała kwota stanowiąca zysk firmy wyniesie 18 048,70 zł., co ciągle wskazuje na zysk z realizacji zamówienia, nawet w przypadku rozpatrywania go z punktu widzenia poszczególnych pozycji a nie całości oferty. Pomimo błędu matematycznego, nie można więc uznać, że w tych pozycjach mamy do czynienia z rażąco niską ceną.

#### *Stanowisko Izby:*

Izba podzieliła stanowisko odwołującego. Izba co do zasady podziela pogląd przystępującego, że był on uprawniony do połączenia w ramach jednych wyjaśnień informacji o czterech różnych pozycjach formularza ofertowego, niemniej jednak nie zwalnia to przystępującego z obowiązku szczegółowego wskazania i wyjaśnienia wszystkich kosztów związanych z czynnościami wskazanymi w poszczególnych pozycjach. W szczególności przystępujący obowiązany był wskazać wartość tych czynności wynikających z zaangażowania osób skierowanych do ich wykonania, wraz z podaniem szczegółowych i konkretnych danych dotyczących wynagrodzeń tych osób oraz wszystkich elementów składających się na koszty pracodawcy. Zasadnie odwołujący podnosi ponadto, że w ramach wynagrodzenia (nieznanego co do wysokości) wskazane osoby będą wykonywać inne jeszcze czynności, ujęte w innych pozycjach formularza ofertowego (np. pozycji 17).

Izba podkreśla, że przystępujący był obowiązany wraz z wyjaśnieniami złożyć dowody potwierdzające informacje zawarte w wyjaśnieniach, w tym dowody potwierdzające wynagrodzenie osób skierowanych do realizacji zadania, w tym również w ramach czynności wskazanych w pozycjach 31-34 formularza ofertowego. Przystępujący dowody takie w postaci promes zawarcia umów złożył dopiero na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie mogły one zatem być wzięte pod uwagę przy rozstrzygnięciu Izby. Pomimo wyrażonego w art. 535 ustawy n.Pzp uprawnienia do przedstawiania dowodów do zamknięcia rozprawy, strona lub uczestnik postępowania nie mogą wykorzystywać tego przywileju do uzyskania kolejnego terminu do złożenia dokumentów, które obowiązani byli złożyć na wcześniejszych etapach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Umożliwienie przystępującemu złożenia wymaganych dokumentów po raz kolejny postawiłoby go w sytuacji uprzywilejowanej wobec innych uczestników postępowania.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego, iż ten na etapie przygotowywania oferty kontaktował się z zamawiającym i uzyskał informację, że projekty organizacji ruchu dla typowych zadań przekazywane są wykonawcom nieodpłatnie, Izba wskazuje, że

przystępujący w żaden sposób argumentu tego nie udowodnił. Izba podkreśla, że ustawa P.z.p. szczegółowo reguluje sposoby kontaktowania się zamawiającego z wykonawcami, określając w szczególności formę oraz terminy takich kontaktów. Przystępujący nie wykazał, by kontaktował się z zamawiającym w jednej z form przewidzianych ustawą P.z.p. lub s.i.w.z. oraz by otrzymał odpowiedź o treści, na którą się aktualnie powołuje.

Jeśli chodzi o błąd rachunkowy w sumowaniu pozycji 31-34, Izba wskazuje, że przystępujący przyznał, iż błąd taki został popełniony. Izba nie podziela przy tym stanowiska przystępującego, iż w dalszym ciągu przystępujący osiągnie zysk w wysokości 18 048,70 zł. Zysk taki przystępujący mógłby osiągnąć w sytuacji, gdyby pozostałe pozycje formularza ofertowego zostały przez niego prawidłowo skalkulowane. Z uwagi na fakt, iż Izba uznała odwołanie za zasadne, zakładana przez przystępującego kwota zysku nie jest możliwa do osiągnięcia.

#### *Stanowisko odwołującego dot. wynagrodzenia specjalisty SHM*

Odwołujący podniósł, iż - jak wynika z wyjaśnień z dnia 22 lutego 2021 r. - wynagrodzenie specjalisty SHM miałyby zostać ujęte w pełnej wysokości w cenie jednostkowej zaoferowanej w poz. 26 formularza cenowego oferty złożonej przez SHM Sp. z o.o. Sp. k., nawet wówczas, gdy wynagrodzenie to dotyczy zadań specjalisty SHM realizowanych w ramach innych pozycji cenowych oferty. W wyjaśnieniach nie przedstawiono kalkulacji ceny w poz. 26 formularza cenowego, a tym samym zaniechano w ogóle wykazania sposobu kalkulacji wynagrodzenia specjalisty SHM, także w tych cenach jednostkowych, które wprost zostały wskazane w wezwaniu z dnia 8 lutego 2021 r. Na udział Specjalisty SHM, jako niezbędny koszt dla realizacji zamówienia, wskazano w wyjaśnieniach dot. następujących pozycji formularza cenowego: 1) nadzór nad produkcją i wymianą elektroniki pomiarowej oraz oprogramowania – który to koszt mieści się w poz. 9,10,12,14,13,15,1,8,11 formularza cenowego; 2) analiza porównawcza ze skaningu lotniczego – który to koszt mieści się w poz. 30 formularza cenowego; 3) prowadzenie stałego monitoringu autostrady - który to koszt mieści się w poz. 31,32,33,34 formularza cenowego 4) bieżący nadzór i konserwacja systemów automatycznych SOZGA, w tym diagnostyka i bieżąca wymiana oraz kalibracja elementów systemu – który to koszt mieści się w poz. 26 formularza cenowego; 5) nadzór nad przeglądami studni systemu 1 oraz szafy pomiarowej systemu 4 oraz wykonywanie raportów z tych przeglądów - który to koszt mieści się w poz.2 oraz poz. 4 formularza cenowego; 6) wykonanie podpięcia czujnika w szafie pomiarowej oraz kierowanie pracami zw. z instalacją czujnika w nawierzchni drogowej – który to koszt mieści się w poz. 17 formularza cenowego; 7) kierowanie pracami zw. z przywróceniem sprawności studni 649 - który to koszt mieści się w poz.21 formularza

cenowego; 8) kierowanie pracami zw. z usunięciem uszkodzeń opisanych w zał. 12 do OPZ - który to koszt mieści się w poz. 22 formularza cenowego; 9) kierowanie pracami zw. z przywróceniem sprawności elektroniki pomiarowej w lokalnej szafie pomiarowej systemu 1 - który to koszt mieści się w poz. 38 formularza cenowego; 10) kierowanie pracami zw. z przywróceniem sprawności elektroniki pomiarowej w studni pomiarowej systemu 1 - który to koszt mieści się w pkt 40 formularza cenowego; 11) kierowanie pracami zw. z przywróceniem sprawności pomiarowej punktu pomiaru drgań - który to koszt mieści się w poz. 41 formularza cenowego; 12) kierowanie pracami zw. z przywróceniem sprawności elektroniki pomiarowej systemu 2 - który to koszt mieści się w poz. 42 formularza cenowego.

W ocenie odwołującego brak jest podstaw do odmowy przez wykonawcę przedstawienia w wyjaśnieniach kalkulacji tegoż wynagrodzenia. Z wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k. nie wynika, ani nie można ustalić – bowiem informacji tych w ogóle nie podano, ile wynosi stawka jednostkowa pracy Specjalisty SHM, zatem nie można ocenić, czy w ogóle została ona ustalona powyżej poziomu min. wynagrodzenia za pracę, ani czy jest stawką rynkową. Nie wiadomo jaki wymiar czasu pracy Specjalisty SHM przewidziano ww. pozycjach, zatem w ogóle nie można ustalić, czy zadania te może wykonać jedna osoba w ramach jednego etatu, z uwzględnieniem limitów dziennych, tygodniowych i miesięcznych czasu pracy pracownika (w wykazie osób wskazano, że podstawą zatrudnienia Specjalisty SHM jest umowa o pracę). Skoro nie wiadomo jaki czas pracy ustalono dla wymienionych wyżej poz., nie wiadomo także czy planowane nakłady pracy Specjalisty SHM są realne albo niedoszacowane.

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach nie zauważono także, że jako specjalistę SHM, przystępujący zamierza skierować p. Ł. W. – co wynika ze złożonego w postępowaniu wykazu osób, gdzie jako podstawę dysponowania specjalistą SHM podano umowę o pracę. Jak wynika z powszechnie dostępnych informacji Pan Ł. W. zatrudniony jest w SHM Sp. z o.o. Sp. k. na stanowisku Dyrektora Zarządzającego. Przystępujący nadmienił, że nawet na potrzeby przygotowania przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. wyjaśnień w zakresie ceny, Pan Ł. W. dokonywał czynności charakterystycznych dla stanowiska Dyrektora Zarządzającego czynności, o czym świadczy np. notatka dołączona do wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 22 lutego 2021 r. podpisana właśnie przez Ł. W. – załącznik nr 5 z wyjaśnień. Mając na uwadze fakt, że SHM Sp. z o.o. Sp. k. nie może nawiązać z Panem Ł. W. drugiej umowy pracę, zaś zgodnie z art. 22 § 12 Kodeksu pracy nie jest dopuszczalne zastąpienie umowy o pracę umową cywilnoprawną przy zachowaniu warunków wykonywania pracy, to sądzić należy, że Pan Ł. W. będzie wykonywał zadania specjalisty SHM w ramach stosunku pracy na stanowisku Dyrektora Zarządzającego. Zgodnie zaś z art. 43 § 2 Kodeksu pracy, wypowiedzenie warunków pracy lub płacy nie jest wymagane w razie powierzenia

pracownikowi, w przypadkach uzasadnionych potrzebami pracodawcy, innej pracy niż określona w umowie o pracę na okres nieprzekraczający 3 miesięcy w roku kalendarzowym, jeżeli nie powoduje to obniżenia wynagrodzenia i odpowiada kwalifikacjom pracownika.

*Stanowisko przystępującego dot. wynagrodzenia specjalisty SHM*

Przystępujący stwierdził, że w wezwaniu do wyjaśnień zamawiający nie wymagał szczegółowego odniesienia się do tej akurat pozycji. Jednocześnie wobec oczywistej w ocenie przystępującego rynkowości kwoty przewidzianej na jej realizację w ramach poz. 26 formularza cenowego, przystępujący nie widział konieczności jej szczegółowego wyjaśniania — co zresztą było zgodne z wytycznymi zamawiającego. Zamawiający pozostawił uznaniu przystępującego wyjaśnienie innych pozycji niż te wyraźnie w wezwaniu wskazane. Dlatego też wyjaśnień w tym zakresie przystępujący zamawiającemu nie przedkładał. Dla przykładu przystępujący uznał za konieczne dodatkowe wyjaśnienie kwestii kosztów świadczenia pozycji 8 i 11 i do nich odniósł się dodatkowo. Potrzeby wyjaśniania pozycji 26 jednak na tym etapie sprawy nie widział.

W ocenie przystępującego, bezpodstawne są również twierdzenia odwołującego dotyczące realności zatrudnienia p. Ł. W. jako specjalisty SHM. Przystępującego łączy z nim stosowna umowa o pracę, na co wskazuje zresztą sam odwołujący, w ramach której przystępujący może osobą tą dysponować m.in. w ramach realizacji niniejszego kontraktu. Jeżeli jednak zamawiający miałby jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące podstawy tego dysponowania, to w ramach odrębnej procedury wyjaśniającej był uprawniony do wezwania do wyjaśnienia treści złożonych przez przystępującego dokumentów.

*Stanowisko Izby:*

Izba podziela stanowisko odwołującego. W szczególności Izba zauważa, że argumentacja przystępującego odnosząca się do zarzutu jest bardzo ogólna i niedająca podstaw do zakwestionowania okoliczności podnoszonych w uzasadnieniu zarzutu. Izba uznaje za zasadne stanowisko, że przystępujący, jeżeli w istocie uwzględnił wynagrodzenie specjalisty SHM w pozycji 26, winien wskazać szczegółowo, w jaki sposób wynagrodzenie to się kształtuje, podając przy tym również koszty ponoszone przez pracodawcę, takie jak: składki na ubezpieczenie społeczne, Fundusz Pracy, ZFŚS itp. Ponadto podkreślić należy, że w sytuacji, gdy przystępujący przewidział do realizacji tego zadania Pana Ł. W. - Dyrektora Zarządzającego w swoim przedsiębiorstwie, winien wykazać, na jakiej podstawie i na jakich warunkach Pan Ł. W. będzie wykonywał przedmiotowe zadanie. W ocenie Izby niewystarczająca jest argumentacja przystępującego, iż może dysponować osobą Pana Ł. W. m.in. w ramach realizacji niniejszego kontraktu. Skoro Pan Ł. W. jest zatrudniony na innym stanowisku, to w ramach tego stanowiska ma określone wynagrodzenie oraz

określony zakres czynności. Przydzielenie pracownikowi innych zadań niż określone w zakresie czynności musi odbywać się na zasadach przewidzianych w Kodeksie pracy. Przystępujący winien był wykazać, na jakich warunkach, w tym w szczególności warunkach finansowych Pan Ł. W. będzie wykonywał czynności przydzielone mu w ramach przedmiotowego zadania. Przystępujący wskazał, że z Panem Ł. W. łączy go umowa o pracę, jednakże umowy tej nie przedłożył. Tym samym nie wykazał zasadności i prawidłowości wyjaśnień złożonych w tym zakresie.

*Stanowisko odwołującego dot. pozycji nr 9, 10, 12, 13, 14, 15, 19 formularza ofertowego*

Odwołujący podniósł, że koszty w ramach wyjaśnień dot. poz. 9, 10, 12, 13, 14, 15, 19 formularza cenowego zostały istotnie niedoszacowane, zaś same wyjaśnienia zostały przedstawione w sposób uniemożliwiający uznanie ich za wyczerpujące i wiarygodne. Do poz. 9, 10, 12, 13, 14, 15, 19 ponownie nie tylko nie zaprezentowano kalkulacji każdej z pozycji cenowych – jak żądał tego zamawiający w wezwaniu, ale wbrew treści wezwania dokonano uogólnienia, łącząc pozycje formularza cenowego w jeszcze większe grupy, tylko w oparciu o znane SHM Sp. z o.o. Sp. k. założenia. Każda z poz. 9, 10, 12, 13, 14, 15 dotyczy innej modyfikacji systemu 1 jaką należy wprowadzić, zaś dodatkowo poz. 19 dotyczy zupełnie innego systemu – SOGZA. Co więcej, zgodnie z pkt 2.1. OPZ – zamawiający wprost przyznaje, że nie ma dostępu ani praw do modyfikacji systemu 1, a zatem już tego powodu należało prace w poz. dotyczących szacować oddzielenie.

Odwołujący wskazał, że w kalkulacji ceny przewidziano niezgodne z prawem koszty wymiany elektroniki pomiarowej. Koszty wykonania wymiany elektroniki pomiarowej zostały niedoszacowane w zakresie osobowym, bowiem zgodnie z przepisami BHP, prac tych nie może wykonać jeden pracownik. Wieko studni pomiarowej waży 100 kg. Uwzględniając zatem konieczność skierowania do wymiany elektroniki pomiarowej w studniach co najmniej 2 pracowników, oznacza to, że niedoszacowane koszty realizacji tego zadania wynoszą tylko z tego powodu 10 850 zł.

Odwołujący stwierdził, że w kalkulacji dot. poz. 19 formularza cenowego nie przewidziano wszystkich obowiązków wykonawcy opisanych OPZ, tj. nie uwzględniono kosztów związanych z pkt. 5.1.15.7 OPZ związanych z zabezpieczeniem kopii bezpieczeństwa danych. SHM Sp. z o.o. Sp. k. w wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2021 r. Przystępujący nie przewidział żadnych kosztów zakupu sprzętu, należy zatem przyjąć, że zadanie to może zostać zrealizowane poprzez fizyczne zgrywanie danych i dokonywanie kopii ich bezpieczeństwa przez pracownika SHM Sp. z o.o. Sp. k. raz na tydzień przez cały

okres realizacji zamówienia. To zaś oznacza, że w kalkulacji nie doszacowano co najmniej następujących kosztów:

1) koszt zakupu dysków twardech (jako nośników kopii bezpieczeństwa) – 2 szt. x 500 zł = 1000 zł

2) wykonywania kopii zapasowych 1 raz w tygodniu: koszty wyjazdów i delegacji pracownika – 144 wyjazdy x 200 km x 1,5zł/km = 43 200 zł Mając na uwadze powyższe, łącznie niedoszacowane kwoty w ramach zadania, o którym mowa w 5.1.15.7 OPZ wynoszą 44 200 zł.

Odwołujący podniósł, że w kalkulacji dot. ww. pozycji formularza cenowego nie przewidziano kosztów zakupu komputerów pomiarowych w lokalnych szafach pomiarowych systemu 1. Jak wynika z OPZ, system A1 Monitor, to jest podstawowe oprogramowania systemu 1, które korzysta z dedykowanych rozwiązań jego wykonawcy (NeoStrain Sp. z o.o. Sp.k.), do których sam zamawiający, a więc także inny wykonawcy nie mają dostępu. Mając na uwadze powyższe, w kalkulacji cenowej należy założyć wymianę co najmniej: 1) dwóch komputerów (dedykowanych urządzeń do akwizycji danych pomiarowych), 2) dysków twardech w 4 komputerach. Kwota za jeden taki komputer (dedykowane urządzenie do akwizycji danych) w szafie pomiarowej została przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. wyceniona na 6000 zł, oznacza to, że w kalkulacji nie uwzględniono kosztów w wielkości 12 000 zł Koszt jednego dysku to 250 zł netto, zatem w tym zakresie pominięto koszt rzędu 1000 zł. Łącznie niedoszacowane koszty realizacji zamówienia w tym zakresie to co najmniej 13 000 zł.

Odwołujący stwierdził, że w kalkulacji nie przewidziano wszystkich kosztów dostarczenia elektroniki pomiarowej, wskutek czego koszty w ramach kalkulacji zaniżono o kilkadziesiąt tysięcy złotych. W wyjaśnieniach SHM Sp. z o.o. Sp. k. przedstawiając kalkulację kosztów dostarczenia elektroniki pomiarowej przedstawiono w załączniku nr 3 ofertę podwykonawcy REINLABS. Z oferty RAINLAB wynika, że zakres zadań powierzonych podwykonawcy obejmuje wyłącznie samo „wykonanie i dostawę” elektroniki pomiarowej w ilości 310 sztuk. Tymczasem, w przypadku dostarczania elektroniki pomiarowej należy uwzględnić także koszty: 1) zaprojektowania urządzeń pomiarowych, 2) wykonania oprogramowania embeded – urządzenia wyposażone są we własne oprogramowanie wbudowane – tzw. firmware, które jest niezbędne do ich działania, 3) procedury testów instalacyjnych, 4) przygotowanie dokumentacji produkcyjnej i wykonawczej – bez dokumentacji system stałby się niemożliwy w eksploatacji i utrzymaniu.

Odwołujący podniósł, że powyższe koszty nie zostały ujęte w kalkulacji SHM Sp. z o.o. Sp. k. ani jako zadania podwykonawcy – co potwierdza jego oferta, która w ogóle nie odnosi się do prac projektowych ani programowania, ani nie zostały wycenione jako zadania

wykonywane przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. siłami własnymi. Biorąc pod uwagę pracochłonność wykonania wskazanych wyżej czynności należy założyć najtańsze dla SHM Sp. z o.o. Sp. k. rozwiązanie, czyli wykonanie ww. zadania siłami własnymi. W tym przypadku należy założyć minimum ok. 100h pracy pracownika – co ustalono na podstawie rozeznania rynku. W wyjaśnieniach wskazano, że stawka pracy zespołu instalacyjno – elektronicznego wynosi w SHM Sp. z o.o. Sp. k. 45 zł łącznie z kosztem pracodawcy. Zatem praca w ramach ww. zadania wymagająca wiedzy informatycznej, doświadczenia, umiejętności programowania i projektowania elektroniki pomiarowej musi być wyższa. Przyjąć należy zatem w zasadzie symbolicznie wyższe wynagrodzenie pracownika w kwocie 55 zł łącznie z kosztem pracodawcy (co jest i tak znacznie poniżej realnego wynagrodzenia osób posiadających wymagane kompetencje). W efekcie, oznacza to, że koszty zostały w ww. zakresie niedoszacowane w kwocie co najmniej 5 500 zł.

*Stanowisko przystępującego dot. pozycji nr 9, 10, 12, 13, 14, 15, 19 formularza ofertowego:*

Przystępujący wskazał, że sformułował odpowiedź na wezwanie do wyjaśnienia ceny w sposób, w który uznał za najbardziej adekwatny w realiach niniejszej sprawy, odnosząc się do wszystkich wymaganych przez zamawiającego elementów. Nie istnieją żadne wytyczne, jak i wytycznych takich nie przekazał sam zamawiający, które wskazywały by w jaki sposób należy je technicznie formułować. Czynienie z tej okoliczności zarzutu przystępującemu jest nieuprawnione.

Przystępujący wskazał, że pokrywy studni, nie są pokrywami ogólnie dostępnymi, lecz zostały zaprojektowane i wykonane na zamówienie NeoStrain sp. z o.o. sp. komandytowa, tak, aby możliwe było ich swobodne zdejmowanie i zakładanie w czasie prac konserwacyjnych i naprawczych. Masa tej pokrywy 68 kg a nie jak wskazano w odwołaniu ok. 100 kg co jest kolejną zwykłą manipulacją wykonawcy. Poza tym przystępujący w wyjaśnieniach założył szacunkowy czas na wymianę elektroniki na 0,5 h bez wskazywania, jak będzie zorganizowany zespół wykonujący pracę oraz ile osób będzie pracowało równocześnie przy wymianie elektroniki. Są to czynniki zmienne, zależne od pogody, terminu wykonywania prac, pozostającego do dyspozycji czasu i innych zmiennych. Koszty realizacji tego zadania są więc obliczone poprawnie.

Przystępujący wskazał, że kopia bezpieczeństwa będzie wykonywana automatycznie, zgodnie z wymogami specyfikacji, przez darmowe narzędzie backup-manager: <https://packages.debian.org/stable/backup-manager>, dostępne w systemie GNU Linux Debian. Narzędzie to służy do tworzenia backupów przyrostowo, znacząco minimalizując czas tworzenia kopii oraz ilość przesyłanych danych. Kopie mogą być szyfrowane oraz

automatycznie przesyłane na zdalny serwer. Serwer ten jest kosztem stałym działalności Wykonawcy i nie jest związany z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący wskazał, że nie zamierza kupować dodatkowych komputerów do lokalnych szaf pomiarowych systemu. W chwili obecnej w każdej szafie znajdują się dwa komputery przemysłowe będące częścią systemu. Przystępujący zamierza wykorzystać te komputery zmieniając ich oprogramowanie. Nie ma potrzeby wyrzucania działających urządzeń. Po zmianie oprogramowania komputery mogą nadal spełniać swoją funkcję tak jak w komputerze PC można odinstalować fabryczne oprogramowanie. Co prawda Zamawiający nie ma uprawnień do modyfikowania oprogramowania, ale zakupił i jest właścicielem wszystkich mechanicznych elementów systemu, w tym komputerów w lokalnych szafach pomiarowych i posiada możliwość dowolnego ich wykorzystywania. Tym samym przystępujący może je wykorzystać w ramach realizacji zadania i zainstalować na nich swoje oprogramowanie. Zwłaszcza, że zgodnie z pkt 6 OPZ, wykonawca ma pełną dowolność wykonania prac, ponosząc jednocześnie odpowiedzialność za uzyskanie określonego celu. czynności. Koszty realizacji tego zadania są więc obliczone poprawnie.

Oferta firmy RainLabs obejmuje wszystkie niezbędne koszty związane z opracowaniem oraz dostarczeniem elektroniki pomiarowej realizującej wszystkie zadania opisane w OPZ. Przystępujący współpracuje z firmą Rainlabs od 10, lat a firma ta projektuje i dostarcza wykonawcy urządzenia pomiarowe. Co więcej rozwiązanie przeznaczone do instalacji w studniach systemu AI będzie niewielką modyfikacją urządzeń stosowanych przez przystępującego na co dzień, zatem podwykonawca nie będzie miał żadnych problemów ze sprostaniem wymaganiom niniejszego postępowania. Potwierdza to również treść oferty załączona do wyjaśnień przystępującego, w którym przedstawiciel Reainlabs wskazał, że proponowany koszt dotyczy wykonania i dostawy elektroniki pomiarowej zgodnie z wymaganiami s.i.w.z. Jest oczywistym więc, że do jej wykonania konieczna będzie wcześniejsza praca projektowa, którą podwykonawca gotowy jest podjąć. Przystępujący przedłożył informację uzupełniającą w tym zakresie od firmy Rainlabs.

Przystępujący wskazał, że „głębokość” procedury wyjaśniania rażąco niskiej ceny nie sięga poza badanie rentowności oferty złożonej przez wykonawcę w toku postępowania. Przystępujący wskazał, jaka filozofia przyświecała mu zlecając znaczny zakres prac podwykonawcom (minimalizacja ryzyka gospodarczego po swojej stronie). W odniesieniu do oferty firmy Webnest przystępujący wskazał, iż niej również (podobnie jak z oferty firmy Rainlabs) wynika, o jaki zakres realizacji chodzi. Wskazano w niej bowiem, że oprogramowanie to będzie wykonane i uruchomione zgodnie z wymaganiami s.i.w.z.

Przystępujący wskazał, że nie ma zamiaru modyfikować oprogramowania systemu 1 autorstwa Neostrain, o ile nie nabędzie ku temu stosownych praw po rozsądnej cenie. W przeciwnym razie oprogramowanie to zostanie po prostu wyłączone a funkcje oprogramowania Neostrain przejmie rozbudowana aplikacja PMGA.

*Stanowisko Izby:*

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niedoszacowania kosztów wymiany elektroniki pomiarowej, Izba przyznała rację stanowisku odwołującego. Izba przeprowadziła dowód z załącznika nr 1 do OPZ (projekt powykonawczy) str. 27 i 28 „Pokrywy żelbetowe” i ustaliła, że masa pokrywy wynosi 100 kg. Tym samym prace związane z wymianą elektroniki pomiarowej muszą być przeprowadzone z udziałem minimum dwóch pracowników, stosownie do przepisów § 13 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 14 marca 2000 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy ręcznych pracach transportowych oraz innych pracach związanych z wysiłkiem fizycznym (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1139), zgodnie z którym masa przedmiotów podnoszonych i przenoszonych przez jednego pracownika nie może przekraczać: dla mężczyzn 50 kg przy pracy dorywczej. Wskazanie wyłącznie jednego pracownika oznacza, że przystępujący nie wziął pod uwagę wszystkich niezbędnych kosztów związanych z wykonywaniem czynności wymiany elektroniki pomiarowej.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia w poz. 19 formularza ofertowego wszystkich obowiązków wykonawcy opisanych OPZ, tj. nieuwzględnienia kosztów związanych z pkt. 5.1.15.7 OPZ związanych z zabezpieczeniem kopii bezpieczeństwa danych oraz kosztów zakupu komputerów pomiarowych w lokalnych szafach pomiarowych systemu 1, Izba nie uznała stanowiska odwołującego za zasadne. Odwołujący w odwołaniu wskazał na metody realizacji obowiązku tworzenia kopii oraz konieczność wymiany komputerów pomiarowych, niemniej jednak nie przedstawił dowodu potwierdzającego, że wykonanie kopii może odbyć się wyłącznie w jeden z dwóch wskazanych przez niego sposobów ani że wymiana komputerów pomiarowych jest niezbędna. Przystępujący wskazał, że tworzenie kopii odbywać się będzie poprzez darmowe narzędzie back-up manager oraz że zamierza wykorzystać komputery już istniejące. Odwołujący podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą kwestionował sposób wykonania tych czynności przez przystępującego, jednakże w dalszym ciągu nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby zasadność jego stanowiska. Wskazać należy, że to na odwołującym, stosownie do treści art. 534 ust. 1 n.P.z.p., spoczywa obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi on skutki prawne.

Izba podzieliła stanowisko odwołującego co do zarzutu nieuwzględnienia w kalkulacji wszystkich kosztów dostarczenia elektroniki pomiarowej oraz modyfikacji systemów, które to czynności mają zostać wykonane przez podwykonawców przystępującego, firmę REINLABS i WEBNEST. Izba nie zgadza się z przystępującym, iż w przypadku, gdy wykonawca zamierza część zadania powierzyć podwykonawcy, wykonawca nie jest obowiązany szczegółowo wyjaśniać elementów wynagrodzenia podwykonawcy, zaś wystarczającym dowodem potwierdzającym koszty podwykonawcy jest wystawiona przez niego faktura. W sytuacji, gdy istotny i złożony element zamówienia ma zostać powierzony z góry określone podwykonawcy, zamawiający obowiązany jest zweryfikować, czy w łańcuchu dostawców/podwykonawców zachowane są odpowiednie poziomy kosztów gwarantujące należytą realizację zamówienia. Odwołujący w treści odwołania wskazał, jakie czynności należy wykonać w ramach dostarczenia elektroniki pomiarowej oraz modyfikacji systemów. Przystępujący nie zaprzeczył stanowisku odwołującego w tej kwestii. Podnosił wszakże, że wszystkie te czynności objęte zostały ofertą podwykonawców. W złożonych wyjaśnieniach przystępujący nie wskazał jednak, w jaki sposób podwykonawcy dokonali kalkulacji kosztów, w związku z czym brak jest możliwości dokonania oceny, czy koszty te zostały skalkulowane w sposób prawidłowy.

*Stanowisko odwołującego dot. poz. 2 i poz. 4 formularza cenowego – przeglądy studni pomiarowych:*

Odwołujący podniósł, że kalkulacja przedstawiona w wyjaśnieniach zawiera błąd matematyczny – w przypadku szacowania czasu przeglądu studni założono 1,5 h/na studnię, jednak do wyliczenia przyjęto już 1,2 h, czyli 1 godzina i 12 min. Obliczenia zaniżono zatem o 18 min na każdej studni. Koszty wykonania przeglądów studni wyliczono na 310 szt.  $2 \times 1,2 \text{ h} = 744 \text{ godz.}$  Podczas gdy prawidłowo należało obliczyć: 310 szt.  $2 \times 1,5 \text{ h} = 930 \text{ h.}$  W efekcie wynik pozycji kosztowej to 65 380 zł. Wartość kwoty niedoszacowanej wskutek samego tylko błędu wynosi zatem 13 020 zł.

Dodatkowo w kalkulacji przedstawionej powyżej w żaden sposób nie uwzględniono konieczności wykonania raportów, o których mowa w 5.1.2.10 OPZ. Nie są to koszty małe, czy też pomijalne ponieważ zamawiający pkt 5.1.2.10 OPZ oczekuje raportów dość skomplikowanych i czasochłonnych. W kalkulacji cenowej należało uwzględnić zatem dodatkowe czynności niezbędne do wykonania raportów:

- 1) czas na wykonanie raportu z przeglądu studni;
- 2) czas potrzebny na przygotowanie raportu zbiorczego podsumowującego stan okablowania;

- łącznie pkt 1) – 2) co najmniej 0,5h x 310 szt = 155h x 70 zł/h = 10 850 zł

A następnie koszty druku i składu raportów:

1) koszty wydruków kolorowych (w raportach mają być przedstawione zdjęcia)

2) koszty materiałów introligatorskich albo kosztów usługi oprawcy - łącznie pkt 3 – 4) co najmniej 1 200 zł netto

Jak wynika z powyższego, łączna suma niedoszacowanych kosztów w ramach poz. 2 i poz. 4 wynosi 25 070 zł (13020+10850+1200). Jak wynika z wyjaśnień, w kalkulacji założono zysk w kwocie 7 548,60 zł oraz rezerwę w kwocie 12 965,40 zł łącznie kwotę 20 514 zł. Wynika stąd, że należyta kalkulacja kosztów w poz. 2 i poz. 4 skutkuje nie tylko utratą zysku i rezerwy finansowej na realizację tej części przedmiotu zamówienia, ale pokazuje, że wykonawca w tym zakresie poniesie stratę w kwocie aż 4 556,00 zł (20 514 – 25 070).

*Stanowisko przystępującego dot. poz. 2 i poz. 4 formularza cenowego – przeglądy studni pomiarowych:*

Przystępujący wskazał, że jego omyłka nie polega na błędnych przeliczeniach i rachunkach, tylko na błędnym opisie pozycji. W opisie pozycji powinno być bowiem „1,2h na studnię”. Koszty tego zadania są więc obliczone poprawnie.

W ocenie przystępującego, zarzut wynika prawdopodobnie z własnej wizji organizacji prac, która jest inna od zakładanej organizacji pracy przez wykonawcę. Jak łatwo zauważyć 1,2h pracy dwóch osób, na przegląd techniczny studni (w tym zrobienie 4 zdjęć) jest czasem wystarczająco długim do realizacji takich prac. Zakładany czas wynika jednak również z faktu, że pracownicy wykonujący przegląd będą wypełniać elektroniczne formularze oceny studni bezpośrednio w czasie przeglądu zapisując pliki oceny, jak również zdjęcia wg założonego schematu nazewnictwa i nazw katalogów w formacie edytowalnym oraz pdf. Założeniem przystępującego jest wykonywanie pracy jeden raz w miejscu jej powstawania, tak aby ograniczać dodatkowe działania dublujące czynności w terminie późniejszym. Raporty będą więc tworzone w ramach przewidzianych w wyjaśnieniach godzinach pracy.

*Stanowisko Izby:*

Izba podzieliła stanowisko przystępującego. Jeżeli przyjąć, że przystępujący pomylił się w opisie pozycji, wskazując 1, 5h na studnię zamiast 1,2 h na studnię, obowiązkiem odwołującego było wykazanie, że przeglądu nie da się wykonać w czasie 1,2 h na studnię. Odwołujący nie wykazał, że przegląd studni w czasie 1,2h jest niemożliwy. Odnosząc się do konieczności sporządzania raportów, Izba wskazuje, że odwołujący w odwołaniu wskazał na sposób realizacji czynności, niemniej jednak nie przedstawił dowodu potwierdzającego, że

wykonanie ich może odbyć się wyłącznie w sposób przez niego zaproponowany. Przystępujący opisał swój własny sposób, w jaki zamierza realizować czynności objęte przeglądami studni pomiarowych. Wskazać należy, że to na odwołującym, stosownie do treści art. 534 ust. 1 n.P.z.p., spoczywa obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi on skutki prawne.

*Stanowisko odwołującego dot. wyjaśnień poz. 17 formularza cenowego – uruchomienie pomiaru stanu nawierzchni drogowej w systemie 3*

Odwołujący podniósł, że w kalkulacji poz. 17 nie uwzględniono kosztów realizacji projektu organizacji ruchu. Z wyjaśnień wykonawcy wynika, że: „Koszt projektu organizacji ruchu w ramach obowiązków Projektanta drogowego wycenionego w pozycjach 31, 32, 33, 34”, jednak w wyjaśnieniach do poz. 31 – 34 nie wyszczególniono kwoty wynagrodzenia Projektanta Drogowego na wykonanie projektu. W tamtejszych wyjaśnieniach wskazano tylko, że wynagrodzenie projektanta drogowego za realizację poz. 31 – 34 wynosi 388 800 zł.

Odwołujący stwierdził, że skoro kwota 388 800 zł – zgodnie z wyjaśnieniami, stanowi wynagrodzenie projektanta drogowego za realizację poz. 31 – 34, w których nie sporządza się projektu organizacji ruchu, bo w ogóle nie dotyczą one zadań tego rodzaju, to znaczy, że koszt tego projektu nie został uwzględniony nigdzie. Z wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k. wynika co najwyżej zapewnienie, że projekt ten został uwzględniony w cenie poz. 17, jednak ani koszt ten nie został udowodniony ani nawet oszacowany co do wysokości, a tym bardziej nie został podany w wyjaśnieniach. Zgodnie z powyższym, w wyjaśnieniach nie uwzględniono kosztu projektu organizacji ruchu, co spowodowało zaniżenie kalkulacji poz. 17 o co najmniej 4000 zł netto.

Odwołujący wskazał ponadto, że aby wykonać projekt organizacji ruchu należy dokonać uprzednio wizji lokalnej w terenie – koszty tej wizji nie tylko nie zostały przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. oszacowane, ale w ogóle taki koszt pominięto. Co więcej, jak wynika z notatki stanowiącej załącznik nr 5 do wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k. „Projekt wyłączenia ruchu i formalności po naszej stronie” – czyli wykonawca potwierdza konieczność poniesienia tych kosztów we własnym zakresie. Jeśli tak, to w ramach kosztów należało uwzględnić co najmniej koszt dojazdu, czasu pracy na miejscu i delegacji pracownika na wizję. W kalkulacji nie uwzględniono także kosztów delegacji Specjalisty SHM, a jak wynika z Wykazu Osób złożonego w postępowaniu jest on zatrudniony u wykonawcy na podstawie umowy o pracę, zatem koszty te są kosztami pracodawcy. Wykonanie wizji lokalnej na potrzeby projektu organizacji ruchu oraz obecności Specjalisty SHM to koszt dodatkowy w kwocie 900 zł netto. Poza projektem organizacji ruchu, w ramach poz. 17 uwzględnić należy

także zabezpieczenie ruchu na czas prac w pasie drogowym autostrady. Z wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k. wynika, że zadania te planuje powierzyć się podwykonawcy UTDM J. O. – na potwierdzenie czego do wyjaśnień załączono Załącznik Z5. Odwołujący zaznaczył, że „Załącznik Z5” nie jest chociażby ofertą podwykonawcy, a tylko notatka własną Pana Ł. W. – pracownika SHM Sp. z o.o. Sp. k. na stanowisku Dyrektora Zarządzającego. Dodatkowo notatka ta została sporządzona 22 lutego 2021 r. zatem zaledwie na dzień przed terminem złożenia wyjaśnień w zakresie ceny. Powyższe oznacza, że okoliczność wyceny zabezpieczenia ruchu na czas prac w pasie drogowym autostrady nie została udowodniona przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. – tj. do wyjaśnień nie załączono żadnego dowodu potwierdzającego wycenę przez podwykonawcę zabezpieczenia ruchu, pomimo że dowód taki mógł zostać z łatwością uzyskany.

Odwołujący stwierdził, że w kalkulacji cenowej przedstawiono także całkowicie nierealne koszty wykonania prac budowlanych w autostradzie związanych z instalacją czujnika LB-781A. Jak wynika z wyjaśnień: Koszty wykonania przekopu pomiędzy szafą pomiarową a brzegiem jezdni (ok 20m) zostały ustalone poniżej średniorynkowych cen prac tego rodzaju. W zakresie realizacji należy wykonać wykop o długości ok 20 m wykonywanie ręcznie do głębokości 1m. Zgodnie z powszechnie dostępnymi cennikami robót budowlanych minimalny koszt realizacji, właściwy dla rejonu prowadzenia prac to 2000 zł. Mając na uwadze powyższe, koszty wykonania instalacji czujnika wraz z pracami budowlanymi zostały zaniżone o min. 2000 zł netto.

W ocenie odwołującego, w wyjaśnieniach nie uwzględniono kosztów wykonania:

- 1) projektu wykopu pod kabel oraz uzgodnienia branżowe – w kwocie 1000,00 zł oraz
- 2) inwentaryzacja geodezyjna wykonanej trasy kablowej – w kwocie 500 zł

Mając na uwadze powyższe koszty dodatkowe, które pominął SHM Sp. z o.o. Sp. k. w wyjaśnieniach wynosić będą 1500 zł

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach uwzględniono koszt zakupu i dostarczenia „Komputera przemysłowego do odczytu i wysyłania danych: 3 000 zł”, jednak pominięto, że komputer musi być wyposażony w oprogramowanie. Tym samym pominięto koszty:

- 1) oprogramowania systemowego – w kwocie 200 zł
- 2) oprogramowania narzędziowego – w kwocie 6 659,00 zł

Zakładając zatem najbardziej oszczędną kalkulację koszty dodatkowe, które pominął SHM Sp. z o.o. Sp. k. w wyjaśnieniach wynosić będą 6 859, 00 zł

Odwołujący stwierdził, że w kosztach sprzętu niezbędnego do wykonania poz. 17 uwzględniono sam koszt nabycia czujnika, ale pominięto i nie uwzględniono kosztów:

- 1) modemu – 667 zł
- 2) karty SIM do transmisji danych z czujnika do serwera ( abonament przez okres 30 miesięcy) – 300 zł

W wyjaśnieniach pominięto, że sama fizyczna instalacja czujnika w autostradzie świadczy tylko o jego instalacji w autostradzie. Potrzebne jest nadto skomunikowanie tego czujnika z serwerem – do czego potrzebny będzie modem z kartą SIM, zapewniający przesył danych.

Zakładając najbardziej oszczędną kalkulację, koszty dodatkowe, które pominął SHM Sp. z o.o. Sp. k. w wyjaśnieniach wynosić będą dodatkowo 967 zł netto

Reasumując powyższe, łączne dodatkowe koszty które należy uwzględnić w kalkulacji kosztów wykonania poz. 17 wynoszą:

- 1) 967 zł - z tytułu karty SIM oraz modemu
- 2) 6 859 zł – z tytułu oprogramowania systemowego oraz narzędziowego komputera
- 3) 1500 zł – z tytułu projektu wykopu oraz inwentaryzacji geodezyjnej trasy kablowej
- 4) 2000 zł – z tytułu kosztów prac fizycznych przy trasie kablowej
- 5) 900 zł – z tytułu wizji lokalnej i delegacja specjalisty SHM
- 6) 4000 zł – z tytułu projektu organizacji ruchu

Łącznie pominięte koszty realizacji wynoszą 16 226 zł.

Odwołujący wskazał, że zakładana przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. rezerwa i zysk w tej poz. łącznie wynoszą 9916 zł, zatem oznacza to że koszty realizacji tej pozycji przewyższają o ok. 6310 zł zaoferowaną w tej pozycji cenę.

*Stanowisko przystępującego dot. wyjaśnień poz. 17 formularza cenowego – uruchomienie pomiaru stanu nawierzchni drogowej w systemie 3*

W ocenie przystępującego, odwołujący w wielu miejscach odwołania zdaje się nie zauważać, że trzech specjalistów wskazanych przez zamawiającego zostanie zatrudnionych przez przystępującego do realizacji zadań wynikających z zamówienia. Przystępujący zaznaczył, że pracownik pozostaje w dyspozycji pracodawcy (czy to w przypadku umowy o pracę czy odpowiednio sformułowanej umowy zlecenia) i może realizować wszystkie zadania

konieczne do wykonania w projekcie o ile nie przekroczy to umówionej przy zatrudnieniu liczby godzin oraz nie będzie wykraczać poza kompetencje pracownika. Tym samym wykonanie „projektu organizacji ruchu” może zostać wykonane przez Projektanta drogowego i nie rodzi to żadnych kosztów po stronie przystępującego. Bez względu na to, czy „projekt organizacji ruchu” jest lub nie jest umieszczony w innych pozycjach kosztorysu. Przystępujący zaznaczył, że na etapie przygotowywania oferty skontaktował się z GDDKiA o/Katowice i uzyskał informację, że projekty organizacji dla typowych zadań (a takim jest instalacja czujnika drogowego), są przekazywane przez GDDKiA wykonawcom nieodpłatnie. Informację tę wykonawca zamieścił w wyjaśnieniu. Zdaniem przystępującego koszty zadania zostały obliczone wyznaczone poprawnie.

Przystępujący wskazał, że wszystkie niezbędne informacje zostaną pozyskane w pierwszym etapie prac, w czasie prowadzenia przeglądu wszystkich systemów. Przystępujący nie planuje specjalnej wizyty z tym związanej, wizja zostanie przeprowadzona w czasie wyjazdów związanych z przeglądami. Projektant drogowy dokona tej wizji w ramach swoich codziennych obowiązków. Przystępujący założenia powyższe przekazał z ostrożności procesowej. Podkreślił, że pozyskanie Projektu organizacji ruchu planowane jest nieodpłatnie z GDDKiA o/Katowice.

Przystępujący stwierdził, że dokonał wszystkich niezbędnych ustaleń w momencie składania oferty. Wskazał, że koszt zabezpieczenia ruchu w kwocie 3500 zł jest wartością na tyle małą, że przystępujący na moment przygotowywania oferty uznał za wystarczającą ofertę ustną złożoną przez potencjalnego usługobiorcę, a notatka służbowa służyła jedynie przeniesieniu dokonanych ustaleń na formę możliwą do przedstawienia w celu odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień przez zamawiającego. Koszty zadania zostały obliczone poprawnie.

Przystępujący założył instalację czujnika drogowego w śladzie prawego koła na prawym pasie jezdni i podpięcie go do najbliższej szafy pomiarowej systemu monitorowania. Szafy te znajdują się w odległości ok. 5 m od krawędzi jezdni, co oznacza, że odległość czujnika od szafy wynosi ok. 9 m. Wykop będzie wykonywany wyłącznie poza jezdnią, co oznacza, że jego długość to ok. 5m, a nie jak wskazuje Odwołujący, 20 m. Głębokość wykopu również została przez odwołującego podana niepoprawnie. Zgodnie z przepisami, trasy kablów niskoprądowych układa się na głębokości 0,7 m, a nie 1,0 m, jak podano w odwołaniu. Przystępujący ma doświadczenie w instalacji tego typu czujników (np. Most w Puławach), a także wielu innych, które instalowane są w gruncie w pasie drogowym, więc jest w stanie precyzyjnie oszacować nakład pracy konieczny do wykonania przekopu. Koszty zadania zostały obliczone poprawnie.

Przystępujący uwzględnił fakt zatrudnienia przez siebie Projektanta drogowego, który w ramach swoich obowiązków będzie również odpowiedzialny za przygotowanie odpowiedniej dokumentacji projektowej i powykonawczej związanej z instalacją czujnika drogowego. Prace te nie generują w związku z tym dodatkowych kosztów po stronie Przystępującego. Przystępujący przewidział w tej pozycji bardzo dużą rezerwę na dodatkowe koszty w kwocie blisko 7 tys. zł netto. Gdyby konieczne było wykonanie inwentaryzacji geodezyjnej przez zewnętrzny podmiot, koszty te (rząd ok. 500 zł) zostaną pokryte z rezerwy.

Przystępujący wskazał, że wykonawca zobowiązany jest, zgodnie z OPZ, uzupełnić istniejące stacje meteorologiczne o czujniki drogowe. Stacje te wyposażone są w sterowniki MES-31 przeznaczone do komunikacji z czujnikami drogowymi. Przystępujący zainstalowanie dodatkowego komputera umożliwiającego komunikację z w/w czujnikami w szafie pomiarowej systemu 1., Przystępujący nie zamierza dokonywać zakupu oprogramowania systemowego ani oprogramowania narzędziowego. W swojej codziennej działalności Przystępujący posługuje się komputerami przemysłowymi przeznaczonymi do akwizycji, przesyłania i prezentacji danych z systemów pomiarowych. We wszystkich przypadkach wykorzystywane jest darmowe oprogramowanie systemowe (oparte na systemach linux i licencjach typu open source ) oraz darmowe oprogramowanie SCADA (również na licencji typu open source), wystarczające do obsługi czujnika drogowego. Wskazane przez odwołującego koszty są zatem niepotrzebne i niezasadne. Koszty zadania zostały obliczone wyznaczone poprawnie.

Przystępujący nie zamierza dokonywać zakupu dodatkowego modemu ani kart SIM do czujnika drogowego. Dane z czujnika drogowego będą wysyłane za pomocą urządzeń już pracujących w systemie monitorowania autostrady. W chwili obecnej w każdej szafie pomiarowej np. systemu 1, systemu monitorowania meteorologicznego czy systemu pomiaru drgań znajduje się takie urządzenie, a Wykonawca nie ma zamiaru wyrzucać i wymieniać poprawnie działających urządzeń. W zależności od zastanej sytuacji i miejsca podłączenia czujnika drogowego do systemu monitorowania, każde z nich może zostać wykorzystane do przesyłania danych z czujnika drogowego. Wskazane przez Odwołującego koszty są zatem niepotrzebne i niezasadne. Koszty zadania zostały obliczone poprawnie.

#### *Stanowisko Izby:*

Izba podziela stanowisko odwołującego co do niedoszacowania oferty przystępującego w zakresie wynagrodzenia Projektanta Drogowego. W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozstrzygnięciu zarzutów dotyczących poz. 31-34 formularza ofertowego.

Odnosząc się do stanowiska przystępującego, iż ten na etapie przygotowywania oferty kontaktował się z zamawiającym i uzyskał informację, że projekty organizacji ruchu dla typowych zadań przekazywane są wykonawcom nieodpłatnie, Izba uznaje podniesiony w tym zakresie zarzut odwołania za zasadny. Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozstrzygnięciu analogicznego zarzutu dotyczącego poz. 31-34 formularza ofertowego.

W pozostałym zakresie Izba uznaje argumentację odwołującego za nieuzasadnioną. Izba wskazuje, że odwołujący w odwołaniu wskazał na sposób realizacji czynności, niemniej jednak nie przedstawił dowodu potwierdzającego, że wykonanie ich może odbyć się wyłącznie w sposób przez niego zaproponowany. Przystępujący opisał swój własny sposób, w jaki zamierza realizować czynności objęte uruchomieniem pomiaru stanu nawierzchni drogowej w systemie 3, którego odwołujący skutecznie nie zakwestionował. Wskazać należy, że to na odwołującym, stosownie do treści art. 534 ust. 1 n.P.z.p., spoczywa obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi on skutki prawne.

*Stanowisko odwołującego dot. poz. 21 formularza cenowego – przywrócenie studni pomiarowej 649*

Odwołujący podniósł, że w ramach kalkulacji przedstawionego w zakresie poz. 21 formularza cenowego nie doszacowano koszty dostarczenia czujników GEOKON. W wyjaśnieniach jeden czujnik GEOKON wyceniono na 290 \$. Zgodnie jednak z informacjami od dostawcy, koszt czujnika Geokon to 395\$, a nie 290\$ jak podaje w wyjaśnieniach SHM Sp. z o.o. Sp. k. Wyjaśnienia oparto na nieaktualnym cenniku producenta. Łącznie zatem koszt zakupu czujników Geokon to 6 320\$, co daje 24 016 zł. Koszty transportu stanowi dodatkowe 1 940 zł. Łącznie zatem kwota zakupu i sprowadzenia do polski to 25 956 zł, zamiast 17 632 zł wycenionych przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. Same zatem koszty nabycia i sprowadzenia czujników GEOKON zostały niedoszacowane na kwotę 8 324 zł.

W kalkulacji nie uwzględniono także realnego czasu na wymianę czujników GEOKON – tj. założono nierealny czas pracy zespołu instalatorskiego. Jak wynika z wyjaśnień: Taka kalkulacja zakłada, że 2 osoby w 8 godzin dokonają wymiany 16 szt. czujników – średnio zespół instalatorski (2 osoby) ma dokonać wymiany jednego czujnika na 30 min – jest to założenie nierealne, zwłaszcza mając na względzie prace towarzyszące wymianie czujnika.

Odwołujący stwierdził, że minimalny czas pracy zespołu instalatorskiego przy każdym z 16 czujników wynosi nie mniej niż 3 godziny – zgodnie z wyjaśnieniami SHM Sp. z o.o. Sp. k do poz. 22. Zatem realny koszt pracy zespołu 2 osób przy wymianie 16 sztuk czujników, zakładając 3 godziny na czujnik, to: 6 720 zł. Łączna kwota niedoszacowanych kosztów wymiany i instalacji czujników GEOKON to 5 600 zł (6720 – 1120).

Odwołujący wskazał, że w ramach kalkulacji przedstawionej przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. kalkulacji ceny jednostkowej nie uwzględniono realnych kosztów wymiany elektroniki pomiarowej. Jak wymaga tego zamawiający w pkt 5.2.2 OPZ: „Na potrzeby przygotowania oferty należy założyć konieczność wymiany elektroniki pomiarowej w studni oraz wymianę 16 szt. czujników mierzących wydłużenie cięgien pomiarowych”. SHM Sp. z o.o. Sp. k. w wyjaśnieniach wskazał, że pominął koszt wymiany elektroniki zgodnie z pkt 5.2.2. OPZ, bowiem wymianę tej elektroniki przewidział w ramach poz. 8 – 10. Tyle tylko, że w poz. 8-10 mowa o całkowicie innym zakresie wymiany elektroniki pomiarowej, niż w poz. 21 formularza cenowego i 5.2.2. OPZ i nie można tego zakresu uznać za zrealizowany w ramach poz. 21, a następnie pominąć w wycenie ten poz. Zgodnie z zał. 01 do OPZ – projektem wykonawczym systemu 1 na stronie 32, elektronika pomiarowa w każdej z 310 studni pomiarowych systemu składa się z 3 elementów: 1) Płytki połączeń kablowych (CROSS) – w ilości od 1 do 3 sztuk 2) Płytki Multiplexera (MUX32) – w ilości od 1 do 3 sztuk (tyle samo co płytek CROSS) 3) Płytki CPU (CPU\_LMP) – 1 sztuka. W ramach poz. 8-10 do których odwołuje się SHM Sp. z o.o. Sp. k. dokonuje się wymiany wyłącznie płytki CPU, co jest związane z koniecznością modyfikacji systemu, które w ramach poz. 8 - 10 formularza cenowego, wykonawca ma wykonać. Potwierdza to także sama oferta podwykonawcy RAINLAB, przedstawiona jako załącznik nr 3 do wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k., powołana w wyjaśnieniach z dnia 22 lutego 2021 r. do poz. 8 – 10, gdzie sam podwykonawca wskazuje, że: Cena uwzględnia dostawę 310 sztuk urządzeń pomiarowych. Pomimo niedomówienia w zakresie pojęcia „elektronika pomiarowa” wynika stąd jednoznacznie, że chodzi właśnie o płytki CPU. Płytki te występują zawsze po 1 szt. w każdej z 310 studni, zaś pozostałych płytek jest zawsze więcej. Tymczasem w ramach poz. 21 formularza cenowego, zgodnie z 5.2.2. OPZ Zamawiający nakazał dokonać wymiany całej elektroniki pomiarowej, tj. średnio płytek CROSS – w ilości 3 szt., MUX32 – w ilości 3 szt oraz CPU w ilości 1 szt. Koszty pojedynczych sztuk elektroniki pomiarowej kształtują się następująco:

PŁYTKA KOSZT DOSTARCZENIA NOWEJ PŁYTKI – 1 szt.

Płytki połączeń kablowych (CROSS) 150 zł netto

Płytki Multiplexera (MUX32) 450 zł – cena przy założeniu produkcji masowej,

cena pojedynczej sztuki ok 1500 zł.

Do tych kosztów należałoby dodatkowo doliczyć

koszty zaprojektowania nowej płytki MUX32, ponieważ jej projekt jest własnością firmy NeoStrain Sp. z o.o. Sp. Kom.

Płytki CPU 500 zł

Odwołujący zaznaczył, że na etapie wykonania ww. systemu 1. Koszt jednego kompletu (trzech płytek) elektroniki wynosił 2 411,00 zł netto. Uwzględniając zatem, że w ramach poz. 8 – 10 formularza cenowego – jak twierdzi SHM Sp. z o.o. Sp. k. przewidziano wymianę płytek CPU w związku z modyfikacjami systemu 1, to do kalkulacji kosztów wymiany elektroniki pomiarowej w poz. 22 formularza cenowego należało przyjąć dodatkowo:

- 1) wymianę średnio 3 sztuk płytki MUX32 – w co najmniej 3 sztuki płytek – koszt 1350 zł;
- 2) wymianę średnio 3 sztuk płytki CROSS – w co najmniej 3 sztuki płytek – koszt 450 zł;

Koszt wymiany elektroniki pomiarowej, który należało uwzględnić w poz. 21 formularza cenowego, niezależnie od wymiany w ramach poz. 8 – 10, to zatem łącznie co najmniej 3600 zł. Jest to jednocześnie kwota, o którą wycena poz. 21 formularza cenowego została zaniżona w wyjaśnieniach SHM Sp. z o.o. Sp. k.

Reasumując powyższe ustalić należy, że suma niedoszacowanych kosztów w ramach kalkulacji ceny w poz. 21 wynosi:

- 1) 8 324 zł – z powodu zastosowania nieaktualnej ceny czujnika GEOKON i nieuwzględnienia kosztów jego sprowadzenia do Polski z USA
- 2) 5 600 – z powodu niedoszacowania czasochłonności wymiany czujników GEOKON
- 3) 1 800 zł – z powodu nieuwzględnienia kosztów wymiany całej elektroniki pomiarowej w 11 studniach, zgodnie z pkt 5.2.3. OPZ

Łącznie wartość pominiętych w kalkulacji kosztów to: 15 724 zł. Biorąc zatem pod uwagę, że zgodnie z wyjaśnieniami SHM Sp. z o.o. Sp. k. w ramach poz. 21 zaplanowano zysk oraz rezerwę w kwocie 3435,20 zł, to cena realizacji tejże pozycji została zaoferowana nie mniej niż 12 288,80 zł poniżej faktycznych kosztów realizacji. Co więcej, już sama kwota niedoszacowanych kosztów czujników GEOKON sprawia, że cena jednostkowa staje się nierealna i w ramach kalkulacji pozycji należałoby przewidzieć stratę w wysokości aż 4 888,80 zł.

*Stanowisko przystępującego dot. poz. 21 formularza cenowego – przywrócenie studni pomiarowej 649*

Przystępujący podniósł, że odwołujący wskazał cenę najdroższej o symbolu 4450-1 równą 395 USD. W ocenie przystępującego, na potrzeby niniejszego projektu wystarczy zastosowanie czujnika o symbolu 4450-6 w cenie 345 USD. Cena 345 USD jest ceną detaliczną przeznaczoną dla klientów indywidualnych przy zakupach jednostkowych. Od cen

katalogowych przysługują firmom współpracującym upusty handlowe, zależne od wartości zamówienia, liczby kupowanych czujników, stosunków handlowych pomiędzy firmami. Podstawowe wartości upustów reguluje dokument „Geokon-Instrumentation Discount Schedule”. Upusty handlowe przysługują firmom zawodowo współpracującym z Geokon. Wykonawca (SHM System) należy do grona tych firm. Z uwagi na poufny charakter dokumentu przystępujący zamieścił wyłącznie część zawierającą czujniki przemieszczeń (Vibratin Wire Displacement Transducers) czujniki model 4450.

Przystępujący zauważył, że na potrzeby zadań z pozycji kosztorysu 21 oraz 22 należy zakupić 40 czujników (16 czujników — pozycja 21 oraz 24 czujniki — pozycja 22). Oznacza to, że podstawowy upust przysługujący wykonawcy z uwagi na zakup 40 sztuk czujników wynosi 150/0. Uwzględniając upust 15 %, cena czujnika 4450 wynosić będzie:  $345 \text{ USD} * 0,85 = 293,25 \text{ USD}$ . Wnioskodawca planuje zakupić dodatkowe 11 szt. czujników (czujniki zapasowe na okres 3 lat oraz na potrzeby własne Wykonawcy), co da liczbę 51 szt. Wielkość podstawowego rabatu wynosi wtedy 20%. Uwzględniając upust 20%, cena czujnika 4450 wynosić będzie:  $345 \text{ USD} * 0,80 = 276,00 \text{ USD}$

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia w cenie oferty kosztów transportu czujników, przystępujący wskazał, że faktyczna cena zakupu (którą zapłaci przystępujący) wynosząca 276 USD (przy 20% rabacie) generuje w stosunku do 290 USD założonych przez przystępującego, oszczędności w kwocie 14 USD na 1 sztuce czujnika. Dla 40 czujników wskazanych w OPZ daje to  $40 * 14 \text{ USD} = 560 \text{ USD}$  oszczędności. Przeliczając po kursie z dnia złożenia oferty wynoszącym 3,8 zł/USD daje to kwotę równą 2128 zł. Kwota ta pokrywa w całości koszt przesyłki wskazany przez odwołującego. Rachunek ten wykonany jest z ostrożności, ponieważ przystępujący nie miał zamiaru organizowania transportu specjalnie dla czujników 4450. Czujniki zostałyby zakupione przy okazji innych zakupów realizowanych w firmie Geokon związanych z codzienną działalnością przystępującego. Koszt transportu nie obciążałby wtedy bezpośrednio projektu AI. Koszty zadania zostały obliczone poprawnie.

Zdaniem przystępującego, zarzut odwołującego jest wyrazem całkowitego braku wiedzy na temat prac niezbędnych do wykonania lub celowym wprowadzaniem w błąd adresatów protestu. Nie ma nic dziwnego w tym, że czasochłonność czujników 4450 w dwóch pozycjach kosztorysu różni się od siebie. Manipulacją odwołującego jest twierdzenie, że to są te same czynności, a w rzeczywistości są to dwa różne zadania skutkujące różną pracochłonnością przeliczoną na jeden czujnik. W przypadku pozycji kosztorysowej nr 21, wymiana czujników realizowana jest w jednej studni pomiarowej nr 649, potrzeba wymiany czujników wynika z osunięcia się studni pomiarowej z nasypu drogowego w dniu

04.01.2013r. W przypadku pozycji kosztorysowej nr 22 konieczne jest dokonanie wymiany następujących czujników:

1. Na czterech odcinkach pomiarowych — czyli w czterech różnych geograficznych lokalizacjach oddalonych od siebie — są to odcinki I, II, III, IV. Lokalizację odcinków przedstawia poniższa grafika (wg załącznika nr 10 do OPZ). Niezbędne jest zatem fizyczne przemieszczanie się
2. Czujniki znajdują się w 12 studniach o numerach: 163, 165, 647, 671, 674, 660, 574, 622, 528, 529, 4, 202. Oznacza to konieczność odszukania studni w terenie i wykonywanie 12 razy wszystkich prac związanych z przygotowaniem studni do wymiany czujników np. otwarcie, zamknięcie, ułożenie kabli, zrobienie protokołu itp.
3. W każdej studni wymieniane są tylko pojedyncze czujniki. Czynności są zatem jednostkowe dla danej studni.
4. Czujniki wymieniane są w czynnych, pracujących studniach, których nie można wcześniej przygotować do wymiany czujników. Po wykonanym przeglądzie (pierwszy etap prac), należy je przywrócić do stanu początkowego.

Biorąc powyższe pod uwagę, nie ma nic dziwnego w różnicy pracochłonności (przeliczonej na jeden czujnik) w obu pozycjach kosztorysowych. Koszty zadania zostały obliczone poprawnie, a pracochłonności w obu pozycjach kosztorysowych zróżnicowana wg rzeczywistego nakładu pracy.

Przystępujący stwierdził, że jest oczywiste, że elektroniką pomiarową jest płytką procesora odpowiedzialna za wykonywanie pomiarów, co zostało opisane w załączniku nr 2 do OPZ. W opisie rozdziału znaleźć można również wytyczne dbania o elektronikę pomiarową i odnoszą się one wyłącznie do płytki CPU. Element ten nazywany jest również płytą elektroniczną. Wskazane przez odwołującego elementy opisywane są w obydwu załącznikach (01 i 02), na który powołuje się odwołujący, który uszczegóławia opis — nazywane są skrzynią pomiarową. Wg opisu w obu załącznikach, skrzynia pomiarowa składa się z wielu elementów, w tym płyt połączeń kablowych (Cross), płyt multipleksera (mux).

Jednak płytą elektroniczną (elektroniką pomiarową) lub płytą CPU elektroniki pomiarowej nazywana jest tylko jedna część składowa całej skrzyni pomiarowej (skrzynia pomiarowa opisana jest w obu załącznikach). Część ta wskazana jest w załączniku nr 02, na rysunku nr 12, przytoczonym powyżej. Część ta nazywana jest zamiennie płytą elektroniczną / płytą CPU elektroniki pomiarowej, nazywana jest również elektroniką pomiarową w uwadze o zakazie jej demontażu. Jeżeli specyfikacja wymagałaby wymiany wszystkich elementów, zapisy wskazywałyby na konieczność wymiany skrzyni pomiarowej. Takich wytycznych nie

ma w zapisach OPZ. Należy zatem przyjąć, że zakres wymiany elektroniki pomiarowej został zaplanowany przez przystępującego zgodnie z SIWZ. Podsumowując, koszty zadania (pozycja kosztorysowa 21) zostały obliczone poprawnie.

#### *Stanowisko Izby*

Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący niedoszacowania kosztów czujników GEOKON. Przystępujący nie zgodził się z odwołującym, iż do wykonania projektu należy użyć czujników o wartości 395 USD, ale przyznał, że wystarczy zastosować czujniki tańsze w cenie 345 USD za sztukę. Sam w kalkulacji uwzględnił natomiast cenę 293,25 USD i 276 USD, uzasadniając te wartości udzielonymi przez producenta rabatami. Przystępujący nie przedłożył żadnego dowodu na potwierdzenie, że otrzyma rabat w określonej wysokości. Wskazać należy, że taki dowód należało złożyć wraz z wyjaśnieniami składanymi zamawiającemu. Składanie dowodów dopiero podczas postępowania odwoławczego należy uznać za spóźnione. Przystępujący nie wykazał również, że w kalkulacji uwzględnił koszty transportu czujników. Przystępujący powoływał się na fakt, że czujniki zostałyby zakupione przy okazji innych zakupów realizowanych w firmie Geokon (producenta czujników). Przystępujący nie wykazał przy tym w żaden sposób, że zmierza dokonać zakupów w przedmiotowej firmie, chociażby poprzez wykazanie, że regularnie dokonuje tam zakupów bądź też planuje dokonanie takich zakupów. Nie wiadomo też, dlaczego przy okazji dokonywania zakupów w firmie Geokon transport czujników miałby być bezkosztowy. W sytuacji, gdy wykonawca ma płacić jednorazowo za cały transport różnych towarów, bezpodstawne jest przyjęcie, że wykonawca płaci wyłącznie za transport towarów innych niż czujniki. W takim przypadku koszt transportu powinien być rozłożony na wszystkie zakupione produkty, natomiast w sytuacji, gdy – w istocie – czujniki miałyby być przysłane za darmo, przystępujący musiałby tę okoliczność udowodnić.

Izba nie uznała natomiast za uzasadnione zarzuty dotyczące nieuwzględnienia realnego czasu na wymianę czujników oraz realnych kosztów wymiany elektroniki pomiarowej. Przystępujący w sposób wyczerpujący wyjaśnił, dlaczego koszt wymiany czujników w pozycji 21 jest innym niż w pozycji 22, a także przyjęte założenia wymiany elektroniki pomiarowej. Odwołujący nie zakwestionował argumentacji przystępującego, w związku z czym Izba uznała, iż w tym zakresie kalkulacja ceny przystępującego jest prawidłowa.

#### *Stanowisko odwołującego dot. poz. 22 formularza cenowego – usunięcia uszkodzeń opisanych w zał. 12*

Odwołujący podniósł, że w ramach kalkulacji przedstawionego w zakresie poz. 22 formularza cenowego nie doszacowano kosztów dostarczenia czujników GEOKON. W

wyjaśnieniach jeden czujnik GEOKON wyceniono na 290\$, zaś zgodnie z informacjami od dostawcy, aktualny koszt jednego czujnika Geokon to 395\$. Zastosowanie aktualnej ceny czujnika Geokon oznacza, że sam koszt nabycia czujnika na potrzeby realizacji poz. 22 to: 36 024 zł (395USD x 24 szt. x 3,8), przez co koszt ten został zaniżony o 9 576 zł netto. Koszty sprowadzenia czujników z USA do Polski – pominięte w wyjaśnieniach, wynoszą dodatkowe 1 940 zł. Łącznie zatem kwota zakupu i sprowadzenia do Polski to 37 964 zł, zamiast 26 448 zł wycenionych przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. Same zatem faktyczne koszty nabycia i sprowadzenia czujników GEOKON zostały zaniżone w kalkulacji o na kwotę 11 516 zł.

Odwołujący stwierdził, że w ramach kalkulacji przedstawionej przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. kalkulacji ceny jednostkowej nie uwzględniono realnych kosztów wymiany elektroniki pomiarowej. Jak wymaga tego zamawiający w pkt 5.2.3 OPZ: Na potrzeby przygotowania oferty należy założyć wymianę elektroniki pomiarowej w przypadku wadliwego pomiaru temperatury, wymianę uszkodzonych czujników mierzących wydłużenia cięgien pomiarowych, wymianę elektroniki pomiarowej w przypadku studni, z którymi nie ma komunikacji. SHM Sp. z o.o. Sp. k. w wyjaśnieniach wskazał, że pominął koszt wymiany elektroniki zgodnie z pkt 5.2.3. OPZ bowiem wymianę tej elektroniki przewidział w ramach poz. 8 – 10. Odwołujący zauważył, że także w tym miejscu należy zauważyć, że w poz. 8-10 mowa o całkowicie innym zakresie wymiany elektroniki pomiarowej, niż w poz. 22 formularza cenowego i 5.2.3. OPZ i nie można tego zakresu uznać za zrealizowany a następnie pominąć w wycenie. Uwzględniając zatem, że w ramach poz. 8 – 10 formularza cenowego – jak twierdzi SHM Sp. z o.o. Sp. k. przewidziano wymianę płytek CPU w związku z modyfikacjami systemu 1, to do kalkulacji kosztów wymiany elektroniki pomiarowej w poz. 22 formularza cenowego należało przyjąć dodatkowo: 3) wymianę średnio 3 sztuk płytki MUX32 – w co najmniej 11 studniach, tj. 33 sztuki płytek – koszt 14 850 zł; 4) wymianę średnio 3 sztuk płytki CROSS – w co najmniej 11 studniach, tj. 33 sztuki płytek – koszt 4950 zł; Koszt wymiany elektroniki pomiarowej, który należało uwzględnić w poz. 22 formularza cenowego, niezależnie od wymiany w ramach poz. 8 – 10, to zatem łącznie co najmniej 19 800 zł. Jest to jednocześnie kwota, o którą wycena poz. 22 formularza cenowego została zaniżona w wyjaśnieniach SHM Sp. z o.o. Sp. k.

Odwołujący podniósł, że w wycenie nie uwzględniono kosztów dodatkowych prac, które wynikają z zał. 12 do OPZ. Z opisu zawartego w zał. 12 do OPZ „Błędny pomiar wydłużenia cięgien pomiarowych (ujemne wartości):” wynika, że konieczne będzie dokonanie w 12 studniach wykonanie prac polegających na: identyfikacji czujnika z błędnym pomiarem, rozwinięciu linki z zasobnika, wstępne naciągnięcie czujnika na odpowiednią długość, zamontowanie linki do czujnika, nawinięcie zapasu linki na szpulkę, umieszczenie linki z

zapasem w uchwycie. Wszystkie te czynności wykonywane są głową w dół w studni pomiarowej, gdyż studnia ma średnicę wewnętrzną 80 cm, a dostępne miejsce zajmuje stelaż z czujnikami wewnątrz prześwitu pozostaje około 50 cm. Przyjmując ceny za rb z wyjaśnień, założyć należy następujące koszty, które zostały pominięte: 12 studni x 1 godz x 45 zł/rb = 540 zł. Odwołujący nadmienił, że z załącznika nr 12 do OPZ wynika, że ww. prace muszą być wykonane w innych studniach, niż prace wymienione w pkt 11.1 oraz 11.2 dlatego podlegają osobnej wycenie i nie mogą być zrealizowane w ramach tych prac. W ocenie odwołującego, ustalić należy, że suma niedoszacowanych kosztów w ramach kalkulacji ceny w poz. 22 wynosi: 4) 11 516 zł – z powodu zastosowania nieaktualnej ceny czujnika GEOKON i nie uwzględnienia kosztów jego sprowadzenia do Polski z USA, 5) 19 800 zł – z powodu nieuwzględnienia kosztów wymiany całej elektroniki pomiarowej w 11 studniach, zgodnie z pkt 5.2.3. OPZ, 6) 540 zł – pominięte czynności w zakresie wydłużenia cięgien pomiarowych. Łącznie wartość pominiętych w kalkulacji kosztów to: 31 856 zł. Biorąc zatem pod uwagę, że zgodnie z wyjaśnieniami SHM Sp. z o.o. Sp. k. w ramach poz. 22 zaplanowano zysk oraz rezerwę w kwocie 11 992,80, to cena realizacji tejże pozycji została zaoferowana nie mniej niż 19 863,20 zł poniżej faktycznych kosztów realizacji. Co więcej, już sama kwota niedoszacowanych kosztów czujników GEOKON sprawia, że cena jednostkowa staje się nierealna.

*Stanowisko przystępującego dot. poz. 22 formularza cenowego – usunięcia uszkodzeń opisanych w zał. 12*

Przystępujący podniósł, że błędną argumentację odwołującego wykazano w odniesieniu się do pkt 10 odwołania powyżej (pozycja kosztorysowa 21). Odwołujący błędnie zinterpretował zapisy specyfikacji przez założenie wymiany niepotrzebnych (niewymaganych zapisami s.i.w.z.) części.

W ocenie przystępującego zarzut nie ma uzasadnienia. Zapisy OPZ jednoznacznie wskazują, jakie prace należy wykonać w danej pozycji kosztorysu, tak aby oferty mogły być porównywalne. Prace dodatkowe wymyślane przez odwołującego nie znajdują odzwierciedlenia w s.i.w.z. Przytaczając zapisy OPZ:

*5.2.3, Usunięcie uszkodzeń opisanych w zał\_12. Na potrzeby przygotowania oferty należy założyć wymianę elektroniki pomiarowej w przypadku wadliwego pomiaru temperatury, wymianę uszkodzonych czujników mierzących wydłużenia cięgien pomiarowych, wymianę elektroniki pomiarowej w przypadku studni, z którymi nie ma komunikacji. Do usunięcia uszkodzeń należy użyć materiałów i technologii nie gorszych od zastosowanych obecnie.*

koszty zadania (pozycja kosztorysowa 22) zostały obliczone poprawnie, zgodnie z zapisami OPZ.

*Stanowisko Izby:*

Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące nieuwzględnienia w kalkulacji realnych cen czujników oraz kosztu ich transportu do Polski. W tym zakresie Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozpoznawaniu zarzutów dotyczących poz. 21 formularza ofertowego.

W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty odwołania za nieuzasadnione. Odnosząc się do zarzutów dotyczących kosztów wymiany elektroniki pomiarowej, Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozpoznawaniu analogicznych zarzutów dot. poz. 21 formularza ofertowego. Zamawiający w pkt. 5.2.3. s.i.w.z. wskazał, jakie rodzaje prac należy uwzględnić w poz. 22. Przystępujący nie był obowiązany zatem wskazywać w wyjaśnieniach tak szczegółowych czynności, jakie wskazał odwołujący w odwołaniu.

*Stanowisko odwołującego dot. poz. 40 formularza cenowego – przywrócenie sprawności elektroniki pomiarowej w studni pomiarowej systemu 1*

Odwołujący wskazał, że analizując kalkulację ceny jednostkowej w poz. 40 zaznaczyć należy, że zadania te wyceniane były w ramach Działu 3 formularza cenowego. Pozycje działu 3 formularza cenowego są pozycjami ryczałtowymi, których realizacja nie jest zagwarantowana, a zadania te będą zlecane w przypadku wystąpienia w trakcie obowiązywania umowy zdarzeń opisanych w tych poz. Są to zgodnie z OPZ usługi dodatkowe, które realizowane będą przez wykonawcę zamówienia po zaistnieniu odpowiednich przesłanek na pisemne polecenie zamawiającego. W poz. 40 formularza cenowego wykonawcy oferowali cenę, za przywrócenie sprawności elektroniki pomiarowej w studni pomiarowej systemu 1. Zamawiający nie opisał jednak, na czym może polegać uszkodzenie tej elektroniki, które wyceniają wykonawcy. W efekcie, aby oszacować zakres tej pozycji z należytą starannością, która zapewni pewność rentowności realizacji zamówienia w tym zakresie, niezbędne staje się uwzględnienie, że trzeba będzie dokonać wymiany całej elektroniki pomiarowej, a nie tylko części. Jak wynika z wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k.: Przyjęty przez przystępującego koszt wymiany elektroniki pomiarowej jest znacznie zaniżony względem faktycznych kosztów realizacji. W wyjaśnieniach SHM Sp. z o.o. Sp. k. założono, że w każdym przypadku przywracania sprawności elektroniki pomiarowej w jednej studni koszt elektroniki pomiarowej nie przekroczy 500 zł. Z kalkulacji SHM Sp. z o.o. Sp. k. wynika bowiem, że rentowność oferowanej przez wykonawcę ceny jednostkowej utrzymana jest wyłącznie wówczas, gdy przez całe 36 miesięcy realizacji umowy: 1) nigdy nie trzeba będzie wymienić więcej niż jednej płytki MUX32 w żadnej studni oraz 2) nigdy nie trzeba będzie wymienić płytki CPU i jakiegokolwiek innej płytki łącznie w pojedynczej studni. Odwołujący nadmienił, że łącznie istnieje 310 studni pomiarowych, w

których średnio jest po 3 płytki MUX32, zatem łącznie tych płytek jest ok. 930 szt. Ryzyko zatem, że przy awarii elektroniki w studni, to właśnie płytka MUX32 wymaga wymiany jest zatem bardzo wysokie. W wyjaśnieniach SHM Sp. z o.o. Sp. k. założono w poz. 40 formularza cenowego zysk na poziomie 125,35 zł oraz rezerwę w kwocie 367,65 zł, tj. łącznie 493,00 zł. Jeśli zatem choć raz w okresie 36 miesięcy uszkodzeniu ulegnie więcej niż jedna płyta MUX32 albo CPU łącznie z inną płytą, co jak wykazano jest istotnym ryzykiem, wartość realizacji zamówienia przekroczy nie tylko zakładane w kalkulacji koszty, ale i cały zysk łącznie z rezerwą. Tymczasem, od wykonawcy należycie kalkulującego koszty realizacji zamówienia należałoby wymagać, aby w takiej sytuacji zakładał zawsze wymianę co najmniej po jednej płycie każdego rodzaju. Czyli przy każdej awarii studni pomiarowej, aby zabezpieczyć koszty przywrócenia jej sprawności należałoby co najmniej przewidzieć wymianę jej dwóch najdroższych elementów: CPU- 1 szt, MUX32 – 3 szt. Tylko w takim przypadku zakładać można bowiem, że w skali całej realizacji zamówienia trwającego 36 miesięcy i różnych możliwych awarii elektroniki zapewniona będzie rentowność – mniej kosztowne awarie będą mogły zabezpieczać koszty tych bardziej kosztownych. Koszt takiego kompletu wnosi nie mniej, niż: 1850 zł, zgodnie z ww. cenami. Zatem niedoszacowane koszty wymiany elektroniki wynoszą nie mniej niż 1350 zł netto, przy każdej realizacji poz. 40. W wyjaśnieniach SHM Sp. z o.o. Sp. k. założono w poz. 40 formularza cenowego zysk na poziomie 125,35 zł oraz rezerwę w kwocie 367,65 zł, tj. łącznie 493,00 zł – zatem poz. 40 formularza cenowego została skalkulowana co najmniej o 857 zł netto poniżej faktycznych kosztów jej wykonania.

*Stanowisko przystępującego dot. poz. 40 formularza cenowego – przywrócenie sprawności elektroniki pomiarowej w studni pomiarowej systemu 1*

Przystępujący stwierdził, że zarzut odwołującego wybiórczo przywołuje wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego. Pomijając fakt interpretacji, co jest elektroniką pomiarową w systemie 1, odwołujący celowo pominął wyjaśnienia wskazujące na przewidzenie wariantu naprawy uszkodzonych części elektronicznych, dopuszczając się manipulacji. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach wskazał:

W przypadku konieczności naprawy elektroniki w siedzibie firmy (rezerwa), dodatkowo dochodzą koszty:

1. Koszt dodatkowego dojazdu pracownika: 200 km \* 1,5 zł 300 zł
2. Koszt diagnostyki i pracy: 4 godziny \* 1 osoba \* 50 zł/h 200 zł
3. Koszt dodatkowej pracy w terenie: 2 godziny \* 2 osoby 50 zł/h 280 zł

4. Kosz dodatkowych części (szacunkowo na podstawie własnego doświadczenia z podobnymi urządzeniami elektronicznymi): 300 zł

Sumaryczne koszty wykonania zadań z pozycji 40 wynoszą: 2180,00 zł

Koszty ogólne 15%: 327,00 zł

Zysk 5%: 125 35 zł

Razem: 2 632,35 zł

Suma pozycji kosztorysowej 40 w ofercie wynosi: 3 000 00 zł

Rezerwa na nieprzewidziane ryzyka i koszty: 367,65 zł

Koszty zadania (pozycja kosztorysowa 40) zostały obliczone poprawnie.

*Stanowisko Izby:*

Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Okolicznością bezsporną pomiędzy odwołującym a przystępującym był fakt, że zamawiający nie wskazał w s.i.w.z., jakie prace należy uwzględnić w ramach poz. Nr 40. Przystępujący w wyjaśnieniach ceny założył zatem konieczność wymiany części pomiarowej elektroniki, znajdującej się w studni, natomiast, zdaniem odwołującego, należało przyjąć, iż trzeba będzie dokonać wymiany całej elektroniki pomiarowej.

W ocenie Izby stanowisko odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. W sytuacji, gdy zamawiający nie wskazał, jakie okoliczności należy wziąć pod uwagę przy wycenie tej pozycji, żadna z opcji przyjęta przez wykonawców nie jest uprawniona względem drugiej. Wykonawcy przyjęli pewne założenia do wyceny tej pozycji i nie sposób zarzucić im braku poprawności przyjętych założeń. Tym samym Izba stwierdziła, że argumentacja przyjęta przez odwołującego nie znajduje podstaw.

*Stanowisko odwołującego dot. poz. 41 formularza cenowego – przywrócenie sprawności pomiarowej punktu pomiaru drgań*

Odwołujący wskazał, że – jak wynika z wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k. – realizacja przedmiotu zamówienia planowana jest do powierzenia podwykonawcy GAGAT J. Mirek. W ramach poz. 41 formularza cenowego zysk wykonawcy w ogóle nie zostanie osiągnięty. W cenach jednostkowych wykonawcy nie ma co prawda obowiązku każdorazowo wykazywania zysku, jeśli zysk ten jest zapewniony na poziomie całej oferty. Niemniej jednak, w przypadku wyjaśnień wskazujących na brak zysku w cenie jednostkowej, wykonawca składający takie wyjaśnienia powinien potrafić wykazać, albo co najmniej próbować wykazać, że istniejąca w cenie oferty marża gwarantuje taki zysk. Tymczasem, jak wynika z ww. argumentów,

osiągnięcie zysku w cenach oferowanych przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. jest niemożliwe niemal w każdej pozycji objętej wyjaśnieniami. Wykonawca ten nawet nie spróbował w przypadku zerowego zysku w poz. 41 formularza cenowego odwołać się marży całej oferty, czy jakich innych czynników potwierdzających, że pomimo zerowego zysku w cenie jednostkowej, oferta opiera się na rynkowych przesłankach. W takim przypadku, wykazywanie zerowego zysku w cenie jednostkowej bez pokrycia tej pozycji marżą z innych pozycji samo w sobie jest desygнатem rażąco niskiej ceny.

Przystępujący zwrócił uwagę na fakt, że oferta podwykonawcy GAGAT J. M. została wystawiona nie na etapie kalkulacji i składania oferty, tylko 22 lutego 2021 r., zatem na dzień przed terminem złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Niewyjaśnione pozostaje zatem SHM Sp. z o.o. Sp. k. w oparciu o co skalkulowano ofertę na dzień jej składania, skoro uzyskana później wycena podwykonawcy uniemożliwiła osiągnięcie zysku. Okoliczności te podważają wiarygodność oferty podwykonawcy jako sporządzonej wyłącznie na potrzeby wyjaśnień ceny – co powinien był wziąć pod uwagę Zamawiający badając rażąco niską cenę i negatywnie ocenić wyjaśnienia w tym zakresie, odrzucając ofertę SHM Sp. z o.o. Sp. k.13.4.

Odwołujący stwierdził, że oferta podwykonawcy została skalkulowana poniżej realnych kosztów realizacji zamówienia i służy wyłącznie próbie potwierdzenia ceny oferty SHM Sp. z o.o. Sp. k. Podwykonawca zaoferował wykonanie zamówienia w poz. 41 formularza cenowego za 2 800 zł netto. Podwykonawca GAGAT J. M. nie może posłużyć się w realizacji zamówienia innymi czujnikami i elektroniką niż opisane w s.i.w.z, ponieważ system nie będzie wówczas kompatybilny i nie będzie działał. To oznacza, że podwykonawca nie może dostarczyć własnego czujnika, a musi zakupić na rynku dokładnie takie, jakie zostały wyspecyfikowane w s.i.w.z. Czujnik opisany w s.i.w.z. zbudowany jest w oparciu o 3 sensory, każdy po 700 zł netto. Same zatem koszty dostarczenia czujnika przez podwykonawcę to 2100 zł. Mając na uwadze powyższe, na wykonanie wszelkich pozostałych prac objętych poz. 41 formularza cenowego pozostaje wyłącznie 700 zł (2800 – koszt zakupu czujnika). W tej cenie (700 zł) podwykonawca musiałby: 1) dojechać oraz wrócić na miejsce robót – zatem uwzględnić należy czas pracy w okresie dojazdu i koszty stawienia się na miejscu – łączna wartość niedoszacowanych kosztów: 300 zł netto, 2) wykonać prace budowlane na miejscu - łączna wartość niedoszacowanych kosztów: 1320 zł netto, 3) koszty dodatkowe: obudowa czujnika, zalanie zalewą, płytka drukowana, kabel 7m - łączna wartość niedoszacowanych kosztów: 205 zł netto. Należałoby założyć także, że sam podwykonawca musi uzyskać marżę na zamówieniu – w wysokości przynajmniej 10%, co daje kwotę 392,50 zł. Łącznie niedoszacowane koszty podwykonawcy: 2217,50 netto (300+1320+205+392,50) Powyższe oznacza, że w wycenie podwykonawcy nie jest możliwe

zrealizowanie zamówienia w zakresie objętym poz. 41 formularza cenowego. Wartość oferty podwykonawcy wynosi 2800 zł netto, zaś suma kosztów wykonania ww. zakresu to 4317,50 zł – różnica wynosi zatem 1517,50 zł.

*Stanowisko przystępującego dot. poz. 41 formularza cenowego – przywrócenie sprawności pomiarowej punktu pomiaru drgań*

Przystępujący wskazał, że zapisy OPZ nie wskazują, jakie prace należy wycenić w ramach niniejszej pozycji. W celu przywrócenia sprawności punktu pomiarowego założono konieczność naprawy uszkodzonego punktu pomiaru drgań. Założono, że prace te zostaną wykonane w całości przez podwykonawcę, firmę GAGAT dr inż. J. M. — Załącznik Z8. Przystępujący wycenił tę pozycję na kwotę 5000 zł i przyjął dla niej następujące koszty: wartość oferty podwykonawcy (2800 zł), koszty ogólne 15%, kwotę rezerwy wynosząca 1780,00 zł, przewyższa nawet wartość niedoszacowania wynosząca 1517,50 zł wskazaną przez odwołującego. Pominięcie informacji o zaplanowanej przez wykonawcę rezerwie, jednoznacznie wskazuje całkowity brak rzetelności Odwołującego oraz niewątpliwą próbę manipulacji adresatami odwołania. Sam brak przewidzenia zysku w ramach jednej z pozycji nie oznacza, że taka cena jest ceną rażąco niską, zwłaszcza, jeżeli nie jest ona realizowana poniżej kosztów wykonawcy. Na dopuszczalność takiej wyceny wskazuje chociażby ostatni wyrok TSUE w sprawie o sygn. C-367/19 z którego wynika, że dopuszczalne jest wręcz wycenienie w konkretnych okolicznościach danej pozycji na 0,00 zł. Tym bardziej więc za dopuszczalną należy uznać wycenę jednostkowej pozycji w wysokości ponoszonych na nią kosztów bez przewidywania na niej zysku. Koszty zadania zostały obliczone poprawnie.

*Stanowisko Izby:*

Izba uznała argumentację odwołania za nieuzasadnioną. W szczególności, z żadnego powszechnie obowiązującego przepisu prawa nie wynika, że wykonawca, kalkulując cenę oferty, powinien uwzględnić zysk w każdej pozycji formularza ofertowego. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 lipca 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 878/09: *Brak, zatem jest podstaw do narzucenia wykonawcy obowiązku osiągnięcia zysku w każdym "z elementów ceny"*.

W ocenie Izby niezasadny jest również zarzut dotyczący niedoszacowania kosztów czynności ujętych w pozycji nr 41 formularza ofertowego. Jak słusznie zauważył przystępujący, pozycja ta została przez niego wyceniona w taki sposób, że – oprócz wynagrodzenia podwykonawcy i kosztów ogólnych – przyjął także rezerwę w wysokości 1 780 zł. Ewentualne niedoszacowanie oferty podwykonawcy zostanie zatem pokryte przyjętą rezerwą, zaś cała pozycja nr 41, wyceniona na 5000 zł, jest wyższa niż koszty wskazane przez odwołującego w odwołaniu.

*Stanowisko odwołującego dot. poz. 42 formularza cenowego – przywrócenie sprawności pomiarowej elektroniki pomiarowej systemu 2*

Odwołujący stwierdził, że w ramach kalkulacji ceny w poz. 42 formularza cenowego wykonawca nie założył podstawowego ryzyka związanego z oprogramowaniem zainstalowanym na dyskach twardych. W przypadku uszkodzenia trwałego dysku twardego utracie ulega oprogramowanie zainstalowane na dysku, do którego prawa służą Głównemu Instytutowi Górnictwa (GiG). 14.2. Zgodnie z ofertą GiG na odtworzenie oprogramowania zainstalowanego na dysku systemu 2 wynosi 64.000 zł. Jak wynika z wyjaśnień SHM Sp. z o.o. Sp. k., koszt ryzyka odtworzenia oprogramowania GiG nie został w ogóle uwzględniony w cenie jednostkowej. Zakładając zatem, że cała poz. 42 w ofercie SHM Sp. z o.o. Sp. k. wynosi 5000 zł, w tym koszty realizacji inne niż oprogramowanie GiG wynoszą 4 733,40 zł – na pozostałe wydatki pozostaje kwota 492 zł. Kwota ta w żaden sposób nie zabezpiecza awarii dysku twardego z oprogramowaniem GiG – nawet zakładając, że taka sytuacja miałaby wystąpić raz w trakcie całych 36 miesięcy realizacji zamówienia. W ocenie odwołującego założyć trzeba, że nie każda usługa przywrócenie sprawności pomiarowej elektroniki systemu 2 wiązać będzie się z utratą oprogramowania GiG. Jednak ryzyko takie powinno być wliczone w jakikolwiek sposób w ofertę, co jednak nie wynika z przedstawionej kalkulacji. Powyższe potwierdza, że cena jednostkowa zawiera rażąco niską cenę, bowiem nie uwzględnia podstawowego ryzyka związanego z kosztami realizacji zamówienia w tym zakresie. Wykonawca w żaden sposób nie wyjaśnił jak zabezpieczył ryzyko związane z oprogramowaniem GiG ani w jaki sposób je w kalkulował w cenę oferty. Co więcej, zaniżenie wyceny poz. 42 ma służyć wyłącznie „zmieszczeniu” kalkulacji ceny w widełkach, które wyznaczył Zamawiający. Zgodnie bowiem z formularzem cenowym, cena w poz. 36 – 46 nie mogła przekroczyć 4% wartości wskazanej jako „razem cena netto”. W ofercie SHM Sp. z o.o. Sp. k., razem cena netto” wynosi 3 097 840,00 – zatem 4% to: 123 913, 60 zł. Z kolei suma pozycji 36 – 42 w ofercie SHM to 101 500,00 zł. To zaś oznacza, że pozycje 36 – 42 zostały skalkulowane tylko o 22 413,6 zł poniżej limitu. Co z kolei prowadzi do wniosku, że uwzględnienie w jakikolwiek sposób realnych kosztów wykonania poz. 42, tj. uwzględnienie konieczności wymiany dysku z oprogramowaniem GiG – sprawiłoby, że oferta byłaby niezgodna z s.i.w.z. Jediną zatem możliwością na w ogóle złożenie oferty przez SHM Sp. z o.o. Sp. k. było całkowite pominięcie tego kosztu, co potwierdza, że cena ustalona została poniżej faktycznych kosztów realizacji i jest rażąco niska.

Odwołujący podniósł, że w żadnych z wyjaśnianych pozycji wykonawca SHM Sp. z o.o. Sp. k. nie skalkulował kosztów wynikających z ewentualnych świadczeń z tytułu rękojmi i gwarancji. Zgodnie z załącznikiem do s.i.w.z. „Projekt Umowy”, § 15 ust. 1, długość okresu rękojmi i gwarancji wymagany przez Zamawiającego wynosi 36 miesięcy. Umowa określa

również sposób realizacji roszczeń z tytułu gwarancji. Koszty realizacji obowiązków z tytułu gwarancji i rękojmi przyjmowane są co do zasady na poziomie ok. 2% wartości kontraktu. W tym wypadku byłaby to kwota ok. 61.956,80 zł. Odwołujący wskazał, że SHM Sp. z o.o. Sp. k. nie może się bronić stwierdzeniem, iż gwarancje będzie realizował podwykonawca. W ofercie podwykonawców brak jest bowiem: 1) informacji, że udzielają oni jakiegokolwiek gwarancji, 2) określenia na jakich warunkach byłaby realizowana ta gwarancyjna, 3) wskazania okresu gwarancji.

*Stanowisko przystępującego dot. poz. 42 formularza cenowego – przywrócenie sprawności pomiarowej elektroniki pomiarowej systemu 2*

Przystępujący wskazał, że nie jest zobowiązany do uwzględnienia w swojej wycenie oferty GIG przeznaczonej dla odwołującego. Przystępujący nie występował do GIG o ofertę ponownego zakupu/odtworzenia oprogramowania, bo nie ma takiej potrzeby. Żadne zapisy dokumentacji przetargowej nie wskazują na taką konieczność. Pierwszą czynnością, jaką przystępujący wykona przed przystąpieniem do jakichkolwiek prac przy systemie monitorowania autostrady (w tym systemie pomiaru drgań), będzie wykonanie kopii bezpieczeństwa wszystkich możliwych danych znajdujących się w systemie monitorowania autostrady. Dane te, z uwagi na swoją wagę i konsekwencje ich utraty, zostaną umieszczone w trzech różnych fizycznych lokalizacjach. Jest to standardowa procedura postępowania w czasie przetwarzania istotnych danych.

Nawet dopuszczenie możliwości uszkodzenia systemu pomiaru drgań lub oprogramowania GIG tak, że nie będzie możliwe jego naprawienia przez przystępującego, nie oznacza równocześnie konieczności ponownego zakupu systemu w GIG. Zapisy OPZ pozwalają na dowolne rozwiązanie problemów (punkt 6 OPZ). Przystępujący jest znanym na rynku dostawcą systemów pomiaru drgań, co umożliwia mu zastosowanie własnych rozwiązań bez ponoszenia kosztów wskazanych przez odwołującego.

*Stanowisko Izby:*

Izba uznała zarzut podniesiony w zakresie uwzględnienia w pozycji 42 kosztu ryzyka odtworzenia oprogramowania GiG za nieuzasadniony. Przystępujący zaprzeczył, jakoby taki obowiązek wynikał z postanowień s.i.w.z. Wskazał na procedurę, jaką zamierza zastosować w celu przywrócenia sprawności pomiarowej elektroniki pomiarowej systemu 2. Odwołujący nie odniósł się z w tym zakresie do stanowiska przystępującego. Izba uznała zatem stanowisko to za trafne.

Izba uznała za zasadne zarzuty dotyczące nieskalkulowania przez przystępującego kosztów wynikających z ewentualnych świadczeń z tytułu rękojmi i gwarancji. Skoro projekt

umowy, stanowiący załącznik do s.i.w.z, przewidywał odpowiedzialność wykonawcy z tytułu rękojmi i gwarancji przez 3 lata, to tego rodzaju koszty przystępujący był obowiązany uwzględnić w sporządzonej kalkulacji. Brak tych kosztów wskazuje na niedoszacowanie ceny oferty.

Izba wskazuje przy tym, że przystępujący w żaden sposób nie odniósł się do zarzutu braku wyceny kosztów odpowiedzialności z tytułu rękojmi i gwarancji. Izba zatem, na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy n.P.z.p. uznała te okoliczności za przyznane.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że wskazane przez odwołującego naruszenia zamawiającego uzasadniają zarzuty wskazane w pkt. 1-3 i 5 odwołania.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p., jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w szczególności w zakresie:

- 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, 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 2015 r. poz. 2008 oraz z 2016 r. poz. 1265);
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów;
- 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów,
- 3) wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 4) wynikającym z przepisów prawa ochrony środowiska;
- 5) powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W myśl ust. 1a, w przypadku, gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od:

- 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, 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.

Ponieważ cena oferty przystępującego była niższa o ponad 30% wartości szacunkowej zamówienia i nie zaszyły przesłanki wyłączające zastosowanie przez zamawiającego art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy P.z.p., o których mowa *in finito* wskazanego przepisu, czynność zamawiającego dotyczącą wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny należy uznać za uzasadnioną.

Zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy P.z.p., obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu, spoczywa na wykonawcy.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym ciężar ten spoczywał na przystępującym, który wszakże - w ocenie Izby - ciężarowi temu nie sprostał. Podkreślenia wymaga, że wykonawca broniący swojej oferty, winien w szczególności wykazać zasadność i rzetelność wyjaśnień złożonych w wyniku wezwania wystosowanego przez zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy P.z.p. Izba w postępowaniu odwoławczym ocenia bowiem zgodność z prawem czynności zamawiającego, czyli - w rozpoznawanym przypadku - trafność oceny przez zamawiającego złożonych wyjaśnień.

Dokonując analizy wyjaśnień złożonych przez przystępującego, Izba stwierdziła, iż wyjaśnienia te nie świadczą o tym, że zaoferowana przez przystępującego nie jest rażąco niska, czemu Izba dała wyraz powyżej przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Izba uznała również za zasadny zarzut nr 4 odwołania, tj. zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 z zw. z art. 90 ust. 1 - 3 ustawy P.z.p. wzw. z art. 3 ust. 1 i ust. 2 z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913), polegający na takim manipulowaniu cenami jednostkowymi, że w pozycjach 2, 4, 9, 10, 12, 13,14, 15, 17, 19, 21, 22 zostały one określone poniżej kosztów realizacji zamówienia albo z pominięciem istotnych kosztów realizacji zamówienia w zakresie tych pozycji, wyłącznie po to, aby cena oferty z poz. 1 – 25 formularza cenowego mieściła się w wyznaczonym przez zamawiającego limicie 30% ceny całkowitej netto.

Izba uznała za zasadne zarzuty odwołania dotyczące niewykazania przez przystępującego, że w kalkulacji ceny uwzględnił wynagrodzenie specjalisty SHM. W ocenie

Izby, nie są przekonujące wyjaśnienia przystępującego, że wynagrodzenie specjalisty SHM uwzględnił w pozycji 26 formularza cenowego. Izba w całości podtrzymuje stanowisko wyrażone przy rozpoznawaniu zarzutu dotyczącego wynagrodzenia specjalisty SHM.

Izba wskazuje, że w piśmie procesowym z dnia 2 sierpnia 2021 roku, odnosząc się do wskazanego zarzutu, przystępujący skupił się w szczególności na analizie oferty odwołującego i podnoszeniu nieprawidłowości w jego ofercie. Argumentacja przystępującego w odniesieniu do własnej oferty polegała wyłącznie na podtrzymaniu stanowiska w zakresie uwzględnienia wynagrodzenia specjalisty SHM w poz. 26 formularza.

W ocenie Izby jest to działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, podjęte w celu spełnienia limitu 30% ceny całkowitej netto w zakresie pozycji 1-25 formularza ofertowego. W konsekwencji prowadzi to do naruszenia interesu przedsiębiorców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, jak i tych potencjalnych wykonawców, którzy mogliby złożyć swoje oferty w tym postępowaniu. Takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2020, poz. 1913; dalej: u.z.n.k.) i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami (tak w orzeczeniu Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2002 roku, sygn. akt III CKN 271/01). Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.

W zakresie subsumcji czynu, którego dopuścili się przystępujący do zastanych norm prawnych u.z.n.k., wskazać należy, iż katalog deliktów opisanych w rozdziale II tej ustawy ma charakter otwarty, co wynika z art. 3 ust. 2 ustawy. Zatem w razie stwierdzenia, że nie zaistniał żaden z deliktów nazwanych, należy ocenić, czy w sprawie nie ziszczyły się przesłanki klauzuli generalnej zawartej w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Ziszczenie przesłanek zawartych w przywołanym przepisie jest wystarczającym uzasadnieniem do odrzucenia oferty, gdyż przepis ten może być samodzielną podstawą do określenia czynu nieuczciwej konkurencji (vide: wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2007r. III CKN 271/01, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 20 stycznia 2012 r. sygn. akt KIO 2819/11 i wyrok z dnia 26 czerwca 2012, sygn. akt KIO 1225/12, KIO 1229/12).

Powyższe stwierdzenia są uzasadnione zwłaszcza w kontekście oświadczeń przystępującego, który w ramach obrony swego stanowiska stwierdził, że taką samą praktykę zastosował odwołujący. Izba wskazuje, że wycena poszczególnych pozycji

kosztorysu powinna być bowiem realna, a za taką nie może być uznana sytuacja, w której cena za szereg wymaganych czynności nie uwzględnia wynagrodzenia osoby, która te czynności będzie wykonywała. Brak wskazania realnych kosztów potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji. Takiego działania nie można – zdaniem Izby – uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....

Członkowie: .....

.....

