

Sygn. akt: KIO 1707/20

WYROK
z dnia 6 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 sierpnia 2020 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **22 lipca 2020 r.** przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o., ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław**

przy udziale wykonawcy **A. S.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. w Opolu, ul. Kępska 10, 45-129 Opole** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z 17.07.2020 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego – A. S.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. w Opolu, ul. Kępska 10, 45-129 Opole, jak i nakazuje przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w jej ramach nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego, z uwagi na potwierdzenie się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego pomimo że Wykonawca ten nie udowodnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, podczas gdy szczegółowa analiza przedstawionych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia oraz zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego w sytuacji, gdy**

wykonawca ten nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, jak i zarzutu zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego, pomimo iż jej treść jest niezgodna z SIWZ. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o., ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Skarbu Państwa - Rejonowego Zarząd Infrastruktury we Wrocławiu, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o., ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica** kwotę **10 199 zł 20 gr** (słownie: dziesięć tysięcy sto dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu oraz kosztów noclegu pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego na: „Budowa sieci wodociągowej dla celów bytowo – gospodarczych i przeciwpożarowych w kompleksie wojskowym we Wrocławiu przy ul. Obornickiej 108 wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie lub ze skutecznym zawiadomieniem właściwego organu o zakończeniu robót - zadanie 21384”, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 502429 - N - 2020, data zamieszczenia 14.01.2020 r. przez Skarb Państwa - Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Obornicka 126, 50-984 Wrocław zwane dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 17.07.2020 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował, że zgodnie z wyrokiem KIO z 22.05.2020 r., sygn. akt: KIO 410/20 unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonał powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz ponownie wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. W wyniku dokonanych czynności Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – A. S.-J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. w Opolu, ul. Kępska 10, 45-129 Opole zwany dalej: „Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J.” albo „Drobud” albo „Przystępującym”. Druga pozycje w rankingu zajęła oferta: Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o., ul. Towarowa 12-14, 58-100 Świdnica zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 22.07.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Przedsiębiorstwo Robót Wodnych i Ekologicznych "EKO-WOD" Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność z 17.07.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 22.07.2020 r. (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp” w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór wykonawcy Zakład Budownictwa Ogólnego "Drobud" A. S. – J., którego oferta powinna podlegać odrzuceniu;

2. art. 90 ust.2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Drobud mimo, że Wykonawca ten nie udowodnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska, podczas gdy szczegółowa analiza przedstawionych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia;

3. art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Drobud w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia;

4. art. 89 ust 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;

5. art. 89 ust 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty podczas gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów prawa Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- 2) Dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert,
- 3) Odrzucenia oferty złożonej przez Drobud
- 4) Wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Rażąco niska cena

Wartość zamówienia oszacowana przez Zamawiającego z należytą starannością (bez uwzględnienia zamówień uzupełniających) wynosi 3.853.041,26 Pln. Wartość ta została oszacowana z godnie z treścią art. 33 ust. 1. W przedmiotowym postępowaniu złożono 14 ofert o wycenach od 2.461.230 (DROBUD) zł do 4.906.850,04 zł. Średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 3.659.391,36 Pln. Wartość oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi odpowiednio niespełna 64% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego i 67% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie uznanie za najkorzystniejszą oferty złożonej przez DROBUD został już krytycznie oceniony przez KIO która w wyroku z 22.05.2020 r, sygn. akt: KIO 410/20 nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tym ponowne wezwanie DROBUD do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp. Realizując orzeczenie Izby, Zamawiający dwukrotnie, pismem z 10.06.2020 r. oraz 01.07.2020r. wzywał DROBUD do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust 1 Pzp. W ocenie Odwołującego, przedłożone wyjaśnienia nie tylko nie obalają domniemania złożenia oferty z ceną rażąco niską, ale wręcz wprost

wskazują na taką okoliczność.

Samo pojęcie rażąco niskiej ceny w Pzp nie jest zdefiniowane. Przyjmuje się za orzecznictwem europejskim, orzecznictwem sądów okręgowych, KIO oraz doktryną, iż za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (tak np. wyrok SO w Katowicach z 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08). W wyroku z 28.03.2013 r. KIO przyjęła, że o cenie rażąco niskiej można mówić, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne (sygn. akt: KIO 592/13). O zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili zatem wtedy, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak: wyrok KIO z 05.06.2018 r., sygn. akt: KIO 995/18).

W niniejszej sprawie mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją. Drobud w świetle złożonych przez siebie wyjaśnień i obecnych uwarunkowań rynkowych, nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem i oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Co przy tym istotne, zawarte w złożonych przez DROBUD wyjaśnieniach dane i wyliczenia wskazują wprost na zaistnienie okoliczności opisanych dyspozycją art. 90 ust 3 Pzp, tj. na zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską.

Składane wielokrotnie wyjaśnienia w dalszym ciągu wskazują koszt realizacji przedmiotu zamówienia na poziomie 1.417.736,38 zł. Na powyższą kwotę składać się mają zgodnie z pierwszym wyjaśnieniem następujące elementy:

1. *"Koszt materiałów podstawowych (rur, studni oraz komór bet, kształtek, zasuw, hydrantów, zestawu wraz z kontenerem oraz innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia"* oszacowany pierwotnie na kwotę 654.736,38 zł;
2. *"Koszt robocizny (2 brygady cztero-osobowe) 8 osób przez 12 miesięcy (1 osoba 3.000 brutto miesięcznie) + koszt kadry (kierownik budowy 12 m-cy x 10.000 zł miesięcznie = 120.000 zł)"* oszacowane pierwotnie łącznie na 408.000,00 zł;
3. *"Koszty pozostałe (paliwa, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne)"* oszacowane pierwotnie na kwotę 355.000 zł

Ad 1

Wyjaśnienia DROBUD w zakresie kosztów materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia znacząco *"ewoluowały"* w kolejnych składanych pismach. Pierwotnie materiały

niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia opiewać miały na kwotę 654.736,38 zł przy czym zgodnie z twierdzeniem DROBUD zawartym w protokole z rozprawy wycena ta nie obejmuje materiałów *"marginalnych"* które stanowią dodatkową wartość *"w przybliżeniu ok. 40.000 zł, 50.000 zł netto"*.

Ponadto zgodnie z treścią pisma procesowego z 11.03.2020 r. przedłożonego na rozprawie, część materiałów *"określonych przez Odwołującego jako "materiały pominięte"* ujęta została w pozycji *"Koszty pozostałe (paliwa, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne) oszacowanych na kwotę 355.000"*. Tak naprawdę więc nie wiadomo jaka jest ogólna wartość materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia.

Drugie wyjaśnienia złożone w dniu 17.06.2020 r. wskazują na kolejną, oczywiście niższą wartość materiałów która została osiągnięta *"w wyniku negocjacji i z dostawcami"* przeprowadzonymi *"po wyborze oferty najkorzystniejszej"*. Tym razem DROBUD szacuje wartość wszystkich materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia na kwotę 590.449,81 zł

Zestawienie to kwestionuje Zamawiający pismem z 01.07.2020 r. wskazując na szereg pominięć i niedokładności w przedłożonym zestawieniu materiałów. Z treści pisma Zamawiającego wynika, iż niedoszacowanie wartości wykazu materiałów przedłożonych w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r. wynosi ok. 100.000 zł. W odpowiedzi DROBUD w dniu 06.07.2020 r. przedkłada kolejne wyjaśnienia. Z treści owych wyjaśnień wynika, iż *"wymienione przez zamawiającego materiały stanowią nieznaczny element całej wyceny"*. DROBUD podważa jednocześnie wyliczenia Zamawiającego co do wartości materiałów nie ujętych we wcześniejszych wyjaśnieniach. Podnosi przy tym, że nawet przyjmując za trafne stanowisko Zamawiającego, *"wartość po stronie materiałów oraz wymienionych kosztów zmienia się jedynie o 35.713,43 zł, co przy planowanym zysku na poziomie 583.000 nie ma istotnego znaczenia"*. Sposób wyliczenia tej wartości pozostaje nieznany.

Abstrahując od powyższego, DROBUD dokonuje jednak kolejnej korekty wyceny materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Nie dokonując żadnych wyliczeń wskazuje iż *"wartość takich materiałów nie powinna przekroczyć 20.000 netto"*

Ostatecznie więc, pomimo wielokrotnie składanych wyjaśnień nie wiadomo jaką wartość materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia uznać należy za ostateczną w ofercie firmy DROBUD. To co nie budzi wątpliwości to fakt, iż wartość ta odbiega znacząco zarówno od szacunków zamawiającego jak i ofert pozostałych wykonawców.

Ad 2

Podobnie jak to ma miejsce w zakresie wyceny materiałów, stanowisko DROBUD w zakresie kosztów pracowniczych znacząco ewoluuje w kolejnych wyjaśnieniach. Początkowo Drobud wskazuje, iż wszelkie *"koszty robocizny"* dla osób realizujących przedmiot zamówienia wyniosą 408.000 zł. Pismo procesowe z 11.03.2020 r. wskazuje już iż kwota 408.000 nie obejmuje *"kosztów pracodawcy"* które ujęte zostały w jakże pojemnej pozycji *"Koszty pozostałe (paliwa, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne) oszacowanych na kwotę 355.000"* Oczywiście wartość tych kosztów nie została sprecyzowana. Analogiczne twierdzenie znalazło się w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r. Wskazane koszty zatrudnienia kwestionuje Zamawiający pismem z dnia 01.07.2020 r wskazując iż Wykonawca nie określił kosztów związanych z kosztami pracodawcy. W odpowiedzi DROBUD w dniu 06.07.2020 r przedkłada kolejne wyjaśnienia w których przedkłada "zmodyfikowany" harmonogram w którym to koszty pracodawcy zostały już ujęte. Aby jednak "zmieścić się" we wskazanych pierwotnie kosztach zatrudnienia, kolejny przedłożony harmonogram przewiduje już znacząco mniejszą potrzebę nadzoru nad pracownikami. Pierwotnie złożone wyjaśnienia wskazywały na koszty "kadry" w kwocie 120.000 zł (*"kierownik budowy 12 m-cy x 10.000 zł miesięcznie = 120.000"*)

Ostateczna "wersja" wynikająca z Harmonogramu załączonego do wyjaśnień z 06.07.2020 r przewiduje już koszt "kadry" w kwocie 79.300 zł. Jak widać papier jest cierpliwy, ważne żeby zmieścić się w kwocie powołanej w pierwszych wyjaśnieniach. Podobna sytuacja ma miejsce w zakresie ilości osób niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. W wyjaśnieniach z 10.02.2020 r. DROBUD wprost wskazał, iż w cenie oferty zawarte jest wynagrodzenie 9 osób.

"Koszt robocizny (2 brygady cztero-osobowe) 8 osób przez 12 miesięcy (1 osoba 3.000 brutto miesięcznie) + koszt kadry (kierownik budowy 12 m-cy x 10.000 zł miesięcznie = 120.000 zł)". W trakcie rozprawy wskazywał, iż *"przy realizacji umowy będzie zatrudnionych 15 osób"*.

Z kolei w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r wskazał, iż określenie dziewięciu „osób” w zasadzie dotyczy 9 pełnych etatów, gdyż osoby realizujące zadanie będą na nim pracowały w niepełnym etacie i w rzeczywistości będzie to 13 osób. Abstrahując od realnej możliwości realizacji przedmiotu umowy w oparciu o pracowników zatrudnionych na część etatu, twierdzenie to stoi w sprzeczności z załączonym do wyjaśnień 17.06 jak i 06.07 Harmonogramem. Dokument ten w niektórych miesiącach wskazuje na potrzebę zaangażowania 9,5 etatu co wprost wskazuje, iż koszt 0,5 etatu nie został skalkulowany

w cenie oferty; Na marginesie zauważyć należy że obecnie na rynku robót budowlanych istnieją poważne problemy z zatrudnieniem pracowników (brak chętnych do pracy), co powoduje, że oczekiwania pracowników co do wysokości wynagrodzenia rosną. Zgodnie z danymi GUS średnie wynagrodzenie pracownika produkcji podstawowej w budownictwie w okresie I-III kwartał 2019 r. wyniosło 5.125,70 (źródło: <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/rynek-pracy/pracujacy-zatrudnieni-wynagrodzenia-koszty-pracy/zatrudnienie-i-wynagrodzenia-w-gospodarce-narodowej-w-i-iii-kwartale-2019roku,1,36.html>). Tym samym pozyskanie pracowników budowlanych za wynagrodzenie wskazane w wyjaśnieniach Drobud jest oględnie nazywając mało wiarygodne. W przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny dotyczącej wyliczenia kosztów pracy ocenie podlegać musi nie tylko spełnianie wymagań w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę z uwzględnieniem obowiązkowych kosztów pracowniczych, w tym kosztów urlopów wypoczynkowych, ale także realność pozyskania pracowników za wskazaną stawkę wynagrodzenia (tak: wyrok KIO z 28.08.2018 r., sygn. akt: KIO 1563/18).

Ponadto w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r. DROBUD wyraźnie wskazał (strona 7) iż do realizacji zadania przeznacza dwie koparki, jedną koparko-ładowarkę i jedną wywrotkę. Sprzęt ten nie pochodzi z wynajmu a stanowi własność DROBUD. Oznacza to, iż do obsługi tych urządzeń niezbędne są co najmniej 4 dodatkowe osoby - trzech operatorów i jeden kierowca. Wynagrodzenie tych osób nie zostało przecież skalkulowane w pozycji "*Koszty pozostałe (paliwa, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne)*" co wynika wprost z treści wyjaśnień dotyczących tej pozycji.

Ad 3

"Koszty pozostałe" oszacowane zostały przez Drobud na kwotę 355.000 zł. Wskazany został cały katalog kosztów (paliwa, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne)". Również w zakresie kosztów wskazanych w tej pozycji stanowisko firmy DROBUD znacząco ewoluowały. Odnosząc się kolejno do wskazanych kosztów:

- Koszt paliwa - W wyjaśnieniach z 10.02.2020 r. Wykonawca wskazał paliwo w cenie 3,45 zł/l a w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r. w cenie 3,04 zł/l. Dla rzeczywistego ujęcia kosztów paliwa niezbędnego do realizacji przedmiotu umowy niezbędne wydaje się określenie przewidywanego uśrednionego kosztu paliwa w okresie realizacji projektu. Na dzień dzisiejszy hurtowy koszt 1 l ON opublikowany na stronie internetowej Orlen wynosi 3,24 zł/l

Znacznym wahaniom ulegają również Wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie ilości paliwa niezbędnego do realizacji przedmiotu zamówienia. W piśmie z 11.03.2020 r. (str. 8) w DROBUD szacuje dzienne zapotrzebowanie na paliwo na 120l dziennie podczas gdy

w piśmie z 17.06.2020 r. z wyliczenia na str. 5 wynika uśrednione zużycie dzienne ok. 211l. Nie wiadomo przy tym dlaczego część maszyn zużywa paliwo przez cały zakładany okres realizacji (skrócony przez DROBUD do 12 miesięcy) a część przez okres krótszy (np. koparki pracują tylko 10 miesięcy, zagęszczarki wyłącznie 10 dni w miesiącu a np. walec do wibracyjny tylko 5 dni)

- Koszt odtworzenia nawierzchni - Wykonawca wskazał w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r pełen koszt prac odtworzeniowych na kwotę 67 750,00 zł. Z przedłożonych wyjaśnień wynika wprost, iż Drobud nie uwzględnił kosztu wykonania humusowania wraz z obsiewem na powierzchni 1200m² zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego nr 1 z dnia 27.01.2020 r.

- Wykonawca wskazał koszty amortyzacji w wymiarze 10 000,00 zł rocznie. Według przedstawionych w wyjaśnieniach faktur i przyjmując na korzyść Wykonawcy możliwość jednorazowego rozliczenia kosztu dla maszyn/urządzeń o wartości poniżej 10 000 zł – roczny minimalny koszt amortyzacji wynosi 17 659,80 zł czyli o niemal 44% więcej niż podał Wykonawca. Koszt ten wynika z ustawy o rachunkowości i jest niezależny od woli wykonawcy. Nie może w tym stanie rzeczy dziwić fakt, iż DROBUD nie przedstawił w wyjaśnieniach wyliczeń dla podanej wysokości rocznej amortyzacji.

- „Koszty rezerwowe” wskazał kwotę: 66 112,80 zł”, na którą, zgodnie z wyjaśnieniami z 06.07.2020 r., składają się koszty obsługi geodezyjnej, zabezpieczenia robót, wywozem i utylizacją odpadów i płuczki, badaniem hydrantów, organizacji zaplecza, badań wody i zabezpieczenia zieleni. Poza gołosłownym oświadczeniem wykonawcy na powyższą okoliczność nie zostały przedstawione jakiegokolwiek dowody w postaci ofert dostawców, usługodawców czy potencjalnych dostawców W wyliczeniach tych brakuje kosztów zabezpieczenia wykopów, uprzątnięcia terenu budowy, urlopów, zwolnień chorobowych etc.

Reasumując, pomimo wielokrotnie ponawianych pytań Zamawiającego DROBUD nie obalił domniemania wynikającego z dyspozycji art. 90 ust 2 Pzp. Zmiana treści kolejnych wyjaśnień wskazuje wprost, iż DROBUD nie przedstawił rzetelnej kalkulacji kosztów jakie pozwoliłyby na zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia w zaproponowanej kwocie, a w sposób zupełnie dowolny "żonglował" nakładami w celu uwiarygodnienia przedłożonej wyceny

Według normy zawartej w art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. (Z ostrożności wskazać również należy, iż na mocy art. 190 ust. 1a pkt 1 Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego). Art. 90 ust. 3 Pzp stanowi, że zamawiający

odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W przypadku zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej wykonawca jest ustawowo zobowiązany do wykazania, że możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę. Ocena czy wykonawca udźwignął ten obowiązek nie może być dokonywana schematycznie, musi uwzględniać treść wezwania do złożenia wyjaśnień i sposób jego realizacji. Ocena dokonana przez Zamawiającego, zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp, jest bowiem podstawą do stwierdzenia, czy oferta rzeczywiście zawiera rażąco niską cenę. Nie chodzi przy tym o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a tylko takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ustalenie, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Wyjaśnienia muszą wyczerpująco wskazywać wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość w obliczeniu zaoferowanej ceny (patrz: Wyniki Kontroli UZP UZP/DKUE/KD/64/2016) Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie dowolnego dokumentu, lecz wyjaśnień, odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. uzasadnienia wyroków SO w W-wie wydane: 05.01.2007 r. sygn. akt: V Ca 2214/06, 13.02.2014 r. sygn. akt: V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22.10.2013 r. sygn. akt: KIO 2354/13) oraz 17.02.2014 r. sygn. akt: V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 07.10.2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13). SO w W-wie w uzasadnieniu wyroku z 08.06.2006 r. sygn. akt: V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego, że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty. W przedmiotowym stanie faktycznym nie może budzić wątpliwości, iż Drobud nie wypełnił ciążącego na nim obowiązku udowodnienia, że złożona oferta nie nosi znamion oferty rażąco niskiej. Przedkładane kolejno wyjaśnienia nie tylko nie obaliły wynikającego z ustawy domniemania o wadliwości złożonej oferty ale wręcz wprost potwierdziły zaistnienie takich właśnie okoliczności.

Sprzeczność oferty ze SIWZ.

Zgodnie z zapisami Projektu Wykonawczego opracowanego przez Biuro Projektowo-Usługowe ALL Projekt z Zielonej Góry w pkt. X. POMPOWNIA WODY P.POŻ. ppkt 4. Przepompownia p.poż (wariant zabudowy) określone zostało wprost wyposażenie kontenera w skład którego winien wchodzić klimatyzator ścienny. Badając rażąco niską cenę, Zamawiający w dniu 01.07.2020 zwrócił się o dodatkowe wyjaśnienia w tym zakresie, gdyż w opinii Zamawiającego Zakład Budownictwa Ogólnego DROBUD nie uwzględnił dostawy klimatyzatora w wycenie. W odpowiedzi udzielonej w dniu 06.07.2020 Zakład Budownictwa Ogólnego DROBUD wskazał w poz. 8) na str. 2, iż *"Klimatyzator ujęty w ofercie dostawy kontenera oraz zestawu"*. DROBUD twierdzi więc, iż koszt klimatyzatora ujęty został w załączonej do wyjaśnień z 17.06.2020 ofercie firmy HYDRO-VACUUM nr MK/O/09/3828/2020 z 01.06.2020. Analiza tej oferty zaprzecza twierdzeniom firmy DROBUD. W pozycji „Cena kontenera zawiera” na str. 1 oferty, wymienione są poszczególne elementy wyposażenia kontenera wśród których ma klimatyzatora.

Nie może być w tym względzie mowy o "pomyłce" czy też "pominięciu" wynikającej z zaniechania dostawcy. DROBUD w trakcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożył również dwie inne oferty na dostawę zestawu hydroforowego wraz z kontenerem. Jest to oferta firmy Instalcompact nr OFSP/20/03/015 z dnia 04.03.2020 złożona wraz z pismem procesowym z dnia 11.03.2020 r. oraz oferta firmy HYDRO-MARKO nr IP/0563/06/19/JJ z 04.02.2020 r. złożona wraz z wyjaśnieniami z 10.02.2020 r. Żadna z powyższych ofert w wyszczególnieniu poszczególnych elementów wyposażenia objętych zakresem dostaw określonych ofertą, również nie zawiera wymaganej w dokumentacji projektowej dostawy klimatyzatora. Oznacza to, iż DROBUD zwracając się o wycenę dostawy kontenera wraz z zestawem hydroforowym celowo pominął ten drogi element wyposażenia. Powyższe świadczy wprost, iż zamiarem firmy DROBUD jest realizacja przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od założeń projektowych a tym samym w sposób sprzeczny z opisem zawartym w SIWZ.

Czyn nieuczciwej konkurencji

Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Stosownie zaś do treści art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, a także działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako

kontrahenta określonego przedsiębiorcy lub stwarzanie warunków umożliwiających podmiotom trzecim wymuszanie zakupu towaru lub usługi u określonego przedsiębiorcy.

W przedmiotowym stanie faktycznym za czyn nieuczciwej konkurencji uznać należy dokonaną przez DROBUD wycenę poz. 3.7 Formularza Nr 6 - Tabela elementów scalonych na kwotę 15.000 netto. Pozycja ta zgodnie z systematyką przyjętą w Formularzu obejmować powinna wszystkie przewiertu niezbędne do realizacji robót opisanych w poz. 3 formularza - Branża sanitarna. Oznacza to, iż obejmować powinna wycenę wykonania 1.229 mb przewiertów sterowanych. Z Wyjaśnień DROBUD w zakresie wyceny tej pozycji wynika, iż "przedstawiona w niej wartość dotyczy przewiertów sterowanych w zakresie przyłączy kanalizacji sanitarnej do kontenera pompowni" natomiast zasadniczą część wyceny przewiertów "zawarto w pozycji 3.2 "Rurociągi i armatura". Twierdzenie takie nie może się ostać. Zgodnie z projektem wykonawczym, Rys. 39A, "*Profil podłużny kanalizacji sanitarnej*" na odcinku wskazanym przez DROBUD w wyjaśnieniach nie jest przewidywane wykonanie jakiegokolwiek przewiertu. Biorąc natomiast pod uwagę treść zarówno SIWZ jak i umowy z Zamawiającym taka konstrukcja oferty, gdzie koszty przewiertu skalkulowane zostały w innej niż przewidziana przez Zamawiającego pozycji Tabeli Elementów Scalonych rodzi donośne konsekwencje co stanowi niewątpliwie czyn nieuczciwej konkurencji.

W przedmiotowym stanie faktycznym DROBUD dokonując obliczenia ceny z pominięciem zasad jej kalkulacji i sposobu rozliczenia wynagrodzenia opisanych w SIWZ, dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający w wypadku zrealizowania przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od zakładanego projektem nie będzie miał możliwości dokonania korekty wynagrodzenia wykonawcy w sposób opisany Umową. Innymi słowy - jeżeli DROBUD nie wykona sieci w technologii przewiertu sterowanego a tylko i wyłącznie poprzez wykopy otwarte i tak otrzyma pełne wynagrodzenie. Taka właśnie jest konsekwencja "przerzucenia" kosztów realizacji przewiertów do pozycji 3.2 Tabeli Elementów Scalonych.

Oznacza to iż DROBUD, poprzez własną inżynierię finansową w zakresie konstrukcji sposobu rozliczenia zamówienia, chciał otrzymać wynagrodzenie w sposób, niezgodny z zasadami ustalonymi w tym zakresie przez Zamawiającego w treści SIWZ. Poprzez swobodną i jednostronną interpretację zapisów SIWZ dopuścił się do tzw. manipulacji ceną, poprzez jej konstrukcję w sposób niezgodny z zasadami zawartymi w SIWZ. Manipulacja taka z kolei, znalazła odzwierciedlenie w cenie całkowitej oferty i ma bezpośrednie przełożenie na sposób rozliczenia umowy czy ceny w przypadku rozszerzenia, zmniejszenia czy też zmiany sposobu realizacji przedmiotu umowy. Powyższe świadczy o działaniu

DROBUD w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. SO w Gdańsku w wyroku z 06.11.2017 r., sygn. akt: XII Ga 739/17 orzekł: *"KIO prawidłowo w konsekwencji uznała, iż skarżący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez dopuszczenie się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które narusza interes innego przedsiębiorcy, polegającego na manipulacji ceną, która stanowiła element kryterium oceny ofert w postępowaniu. Skalkulowanie ceny w sposób odmienny od warunków rynkowych powoduje niewątpliwie naruszenie interesów innych przedsiębiorców, którzy wyceniają swoje usługi, odnosząc się do realnych kosztów, a tym samym tacy przedsiębiorcy, nie mogą realnie konkurować z wykonawcą (skarżącym)".* Podobne stanowisko wyraziła również Izba w wyroku z 28.03.2017 r., sygn. akt: KIO 473/17, jak również w wyroku KIO 228/18 z 20.02.2018; KIO 408/18 z dnia 20.03.2018.

Zamawiający w dniu 23.07.2020 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 27.07.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 04.08.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Odwołujący złożył pismo procesowe wnosząc o uwzględnienie odwołania. Podpisane jak odwołanie. Rażąco niska cena. 1. Materiały niezbędne do realizacji inwestycji.

Jak wynika z treści pisma, Zamawiający oceniając koszt materiałów założył, iż "całkowity koszt materiałów wyniesie 766.057,42 zł,. Ocena taka jest wprawdzie niezgodna z treścią wyjaśnień, lecz Zamawiający sam dokonał oceny, iż *"Różnica może pomniejszyć zysk"* o kwotę 111.321,04 zł. Zamawiający za wiarygodne przyjął w tym zakresie twierdzenia DROBUD dotyczące zmniejszenia wyceny materiałów w skutek trwających negocjacji z dostawcami. Pomimo iż okoliczność taka nie została podniesiona w wyjaśnieniach, Zamawiający wskazuje iż za możliwością obniżenia ceny materiałów przemawia *"znacznym spadek wartości cen ropy naftowej która jest niezbędna do produkcji PCV (które składają się*

w 43% z ropy)". Zauważyć należy przy tym, iż przedmiot zamówienia zrealizować należy z rur polietylenowych (3.809 mb) a rur PCV ogółem do zabudowania jest 21,5 mb.

3. Koszty pracownicze

Przy ocenie kosztów pracowniczych Zamawiający wskazuje iż wiarygodna jest *"deklaracja Przystępującego w zakresie maksymalnych kosztów kadrowo - płacowych nie wyniesie więcej niż 408.000 co zostało przez niego wykazane odpowiednimi dokumentami, w tym umowami o pracę"*.

Stwierdzenie Zamawiającego jest sprzeczne z treścią stanowiska DROBUD, zgodnie z którym kwota 408.000 nie obejmuje *"kosztów pracodawcy"* które ujęte zostały w pozycji *"Koszty pozostałe (paliwa, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne)* O możliwości pozyskania pracowników za powołane w wyjaśnieniach stawki przesądzać ma treść umów o pracę. Nie budzi przy tym wątpliwości Zamawiającego fakt, że wynagrodzenie wskazane w przedmiotowych umowach dotyczących pracowników budowlanych jest niższe niż ustawowe wynagrodzenie minimalne. Ponadto poszczególne Wyjaśnienia DROBUD za każdym razem wskazywały odmienny potencjał kadrowy jaki zaangażowany będzie do realizacji zadania. Zamawiający w żadnej mierze nie odnosi się również do kosztów zatrudnienia operatorów maszyn i kierowców. Minimalne koszty z tego tytułu niezbędne do poniesienia przy założeniu realizacji zamówienia w sposób wskazany w wyjaśnieniach DROBUD wynoszą 140.491,02 zł.

3. Koszty pozostałe

- Koszt paliwa - nie może budzić wątpliwości, iż ceny paliw zmieniają się w sposób dynamiczny. Nie jest jednak rolą Zamawiającego korygowanie in minus ilości paliw niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z treścią złożonych wyjaśnień poprzez stwierdzenie iż *"technologia wykonywania prac koniecznych do realizacji zamówienia nie wymaga codziennego wykorzystania całego sprzętu"*
- Koszt odtworzenia nawierzchni - z wyjaśnień DROBUD wynika wprost, iż przedłożone wycena nie obejmuje kosztu wykonania humusowania wraz z obsiewem na powierzchni 1200m². Zamawiający w sposób sprzeczny z treścią złożonych wyjaśnień zakłada że *"biorąc pod uwagę iż DROBUD deklaruje realizację prac własnymi siłami, to powyższe czynności zostały wycenione w materiałach, robociznie i sprzęcie."* Nie wiadomo przy tym, na jakich podstawach Zamawiający przyjmuje takie założenie
- Koszty rezerwowe - również w tym zakresie Zamawiający czyni własne ustalenia, nie znajdujące potwierdzenia w treści wyjaśnień DROBUD. Na zarzut iż w wyjaśnieniach brakuje

choćby wyliczenia kosztów zabezpieczenia wykopów, uprzątnięcia terenu budowy, urlopów, zwolnień chorobowych etc., Zamawiający wskazuje *"zabezpieczenie terenu budowy obejmuje również zabezpieczenie wykopów, a nawet gdyby tak nie było, to przy przyjęciu że wykonawca będzie realizował prace siłami własnymi zarówno koszty zabezpieczenia wykopów jak i uprzątnięcia terenu budowy mogły zostać uwzględnione również w robociźnie i sprzęcie"*. Jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający w zakresie poszczególnych zarzutów podniesionych w odwołaniu dokonywał własnych, za każdym razem sprzecznych z treścią wyjaśnień ustaleń faktycznych. Okoliczności zaś nie dające się wytłumaczyć (jak np brak określenia kosztów wynagrodzenia operatorów maszyn) po prostu pomijał. W oparciu o tak dokonane ustalenia dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, iż nie miał podstaw do aby poddać w wątpliwość oświadczenie DROBUD zgodnie z którym klimatyzator został ujęty w ofercie dostawy kontenera. Zamawiający w sposób nie znajdujący odzwierciedlenia w treści złożonych wyjaśnień stwierdza, iż *"przedmiotem zapytania był kontener (2400 x 3500) wraz z zaprojektowanym wyposażeniem. Skoro więc klimatyzator był elementem zaprojektowanego wyposażenia, należy uznać, że faktycznie został objęty ww. kwotą"*. Twierdzenie takie nie tylko nie wynika z treści złożonych przez DROBUD wyjaśnień, ale również jest obarczone błędem. Powołana oferta zawiera wprawdzie stwierdzenie *"kontener (2400 x 3500) wraz z zaprojektowanym wyposażeniem"* ale poniżej wyszczególnia owo wyposażenie wskazując wprost iż: Cena kontenera zawiera:

- oświetlenie
- Osuszacz powietrza
- Grzejnik elektryczny
- Oświetlenie + rozdzielnia elektryczna.

Podniesiony w odwołaniu zarzut sprowadza się do celowego pominięcia przez DROBUD w składanych do trzech różnych firm zapytaniach drogiego elementu wyposażenia kontenera jakim jest klimatyzator. Potwierdzeniem takiego stanu rzeczy jest sama treść oferty Hydro Vacuum w której zastrzeżono iż *"Powyższa oferta została przygotowana tylko i wyłącznie na podstawie danych przekazanych przez adresata"* jak również *"Wycena zawiera tylko wymienione w ofercie elementy"*

Czyn nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie potwierdził, iż obowiązkiem Wykonawców była wycena wszystkich pozycji Tabeli elementów scalonych. Podniósł przy tym, iż nie wskazał *"jakie miały by być ewentualne konsekwencje ujęcia danego elementu w pozycji innej niż wskazywałyby na to powszechnie stosowane zasady"* Stąd też Zamawiający za uprawnione to iż zasadniczą część wyceny przewiertów zgodnie z twierdzeniem DROBUD *"zawarto w pozycji 3.2 "Rurociągi i armatura"*

Zamawiający zdaje się nie zauważać konsekwencji dokonanej przez DROBUD manipulacji wskazując iż *"Wykonawca zobowiązany jest wykonać przedmiot umowy w sp[osób i na zasadach określonych w dokumentacji projektowej"*. Zauważa przy tym, że *"zmiana technologii wykonania robót jest możliwa w jedynie w przypadkach określonych w par. 2 projektu umowy"*. I na tę właśnie okoliczność zamawiający winien zwrócić szczególną uwagę. Zgodnie z treścią § 2 projektu umowy ust. 1. *"Strony przewidują możliwość wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w zakresie materiałów, parametrów technicznych i technologii wykonania robót budowlanych"*. W takim wypadku zastosowanie znajdzie art. 11 projektu umowy. W ust. 5 zapisano iż *"Wynagrodzenie za wykonanie elementów składowych przedmiotu umowy określa tabela elementów scalonych stanowiąca załącznik do niniejszej umowy."* Zgodnie z treścią § 11 ust. 8. *"W sytuacji zmniejszenia zakresu robót, wynagrodzenie o którym mowa w ust. 1 zostanie odpowiednio pomniejszone o wartość robót, o które pomniejszono zakres przedmiotu umowy. Wartość tych robót zostanie wyliczona na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę kosztorysu z uwzględnieniem parametrów o których mowa w ust. 6. W przypadku zmniejszenia zakresu robót obejmujących cały element z tabeli elementów scalonych, wynagrodzenie zostanie pomniejszone o wartość tego elementu robót."* Jeżeli (co jest wysoce prawdopodobne biorąc pod uwagę uzbrojenie terenu, warunki geologiczne itp) wystąpi obiektywna konieczność rezygnacji z realizacji zamówienia przy pomocy przewiertów sterowanych, o jaką kwotę zgodnie z treścią umowy pomniejszone zostanie wynagrodzenie DROBUD? Przecież w pkt 3.7 Tabeli elementów scalonych zatytułowanym "Przewierty sterowane" w ofercie DROBUD widnieje jedynie kwota 15.000 zł? /Dowód: Przykładowa kalkulacja rozliczenia w przypadku przewidzianej projektem umowy zmiany technologii wykonania robót/

Nie może również zostać uznane za prawidłowe twierdzenie DROBUD, iż *"przedstawiona w niej wartość dotyczy przewiertów sterowanych w zakresie przyłączy kanalizacji sanitarnej do kontenera pompowni"* Jest to po prostu nieprawda, gdyż na w/w

odcinku nie będą realizowane żadne przewiertory (por. Rys. 39A, "Profil podłużny kanalizacji sanitarnej", Projekt Wykonawczy)

W podsumowaniu odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdza, że DROBUD "osiągnie zysk na poziomie 24%". Bazuje w tym względzie wyłącznie na oświadczeniu DROBUD. Przypomnieć należy przy tym, iż złożona przez DROBUD oferta wyceniona została na niespełna 64% wartości oszacowanej przez Zamawiającego i 67% średniej arytmetycznej ceny wszystkich ofert. Przyjmując twierdzenia DROBUD za wiarygodne, Zamawiający błędnie oszacował wartość zamówienia a założeniem pozostałych wykonawców było osiągnięcie zysku w przedziale od 30% do 120% co wydaje się wysoce nieprawdopodobne biorąc pod uwagę informacje GUS na temat średniej rentowności kontraktów budowlanych nie przekraczającej 4%. A warto przy tym zauważyć, że oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło 14 podmiotów, w tym takie które siedzibę swą mają na terenie Wrocławia, a nie jak DROBUD w Opolu.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Izba uznała skuteczność przystąpienia po stronie Zamawiającego wykonawcy - Zakład Budownictwa Ogólnego „DROBUD” A. S.-J. po stronie Zamawiającego i w konsekwencji umocowanie osoby stawającej ze strony Przystępującego, oddalając wniosek w tym zakresie Odwołującego z posiedzenia. W tym zakresie stwierdzając, co następuje, każde oświadczenie, w tym pełnomocnictwo, podlega wykładni zgodnie z art. 60 KC, w tych okolicznościach sprawy biorąc pod uwagę dodatkowy wydruk z CEDIG na rzecz p. A. J.,

jako pełnomocnika przedsiębiorcy, tj. właścicielki, a również fakt, że ostatecznie pełnomocnictwo podpisała elektronicznie właścicielka należy uznać, iż jej wolą było udzielenie umocowania osobom wskazanym w pełnomocnictwie z 24.07.2020r., a zaistniałe okoliczności podlegają wykładni zgodnie z przywołanymi przepisami KC.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem tak w sprawie KIO 410/20, jak i KIO 1707/20, w tym w szczególności postanowień SIWZ, odpowiedzi na pytania oraz załączników, jak i oferty Przystępującego, w tym tabeli elementów scalonych. Nadto, dowód z dokumentacji projektowej złożonej na rozprawie przez Zamawiającego w wersji elektronicznej. Poza tym pierwsze wezwanie z 05.02.2020 r., pierwsze wyjaśnienia z 10.02.2020 r., drugie wezwanie z 12.06.2020 r., drugie wyjaśnienia z 17.06.2020 r., trzecie wezwanie z 01.07.2020 r. oraz trzecie wyjaśnienia z 06.07.2020 r., jak i informacje o wyborze oferty najkorzystniejszej z 17.07.2020 r.

Dodatkowo zaliczył w poczet materiałów dowodowych załączniki do wyjaśnienia z 10.02.2020 r. przez Przystępującego:

- 1) OFERTA CENOWA 213/200 z 06.02.2020 r.,
- 2) OFERTA MALL Polska Sp. z o.o. z 10.02.2020 r. na komorę wodomierza,
- 3) OFERTA: OF20000890 z 22.01.2020 r.,
- 4) Oferta HydroMarko z 04.02.2020 r.,
- 5) Oferta P.V. PREFABET KLUCZBORK S.A. z 10.02.2020 r.

Dodatkowo zaliczyła w poczet materiałów dowodowych załączniki do wyjaśnienia z 17.06.2020 r. przez Przystępującego:

1. zestawienie materiałów,
2. OFERTA Nr AW-LU/203/02/20/A z 12 lutego 2020 r.,
3. OFERTA NR AW-LU 208/02/20/A z 12 lutego 2020 r.,
4. OFERTA CENOWA 395/2020 Agencji Usługowo-Handlowej GES K. G.,
5. OFERTA CENOWA 396/2020 Agencji Usługowo-Handlowej GES K. G.,
6. Oferta: OF20000890 FABRYKA ARMATUR JAFAR S.A.,
7. Wykaz sprzętu,
8. Harmonogram zaangażowania potencjału kadrowo-osobowego dla realizacji zadania,
9. kopie umów o prace,

10. Oferta z dnia 2 marca 2020 r. Zakładu usługowego wynajem sprzętu budowlanego A. M.,
11. Oferta z dnia 26 lutego 2020 r. J. J. Prace Ziemne Koparko-Ładowarkami Usługi remontowo-handlowe,
12. Oferta z 28 lutego 2020 r. WRD INSTAL R. W.,
13. Oferta F. H. U. Przewierty Sterowane - Nowi, R. P.,
14. Oferta F. H. U. Przewierty Sterowane G. S.,
15. Oferta MK/O/09/3828/2020
16. Faktura Orlen Paliwa Sp. z o.o. z dnia 29.05.2020 r.,
17. Faktura nr 18/09/16 S Caterpillar Financial Services Poland Sp. z o.o. (dot. koparkoładowarki),
18. Faktura nr 009766/04/20 z 27.04.2020 r. (dot. koparki gąsienicowej),
19. Faktura nr 004416/09/16 z 20.09.2016 r. (dot. koparki TerexTW 150)
20. Polisa OC z dnia 28 stycznia 2020 r.
21. Polisa ubezpieczeń komunikacyjnych nr 1043528845,
22. Polisa ERGO HESTIA z dnia 7 lutego 2020 r.,
23. Dowód rej - (dot. samochodu Ciężarowego Volkswagen T5),
24. Faktura z 14 lutego 2020 r. (dot. rozściełacza do asfaltu VOLVO P6820C),
25. Faktura z 14 lutego 2020 r. (dot. Walca drogowego AMMANN).
26. Faktura nr 000603451 z 7 maja 2019 r. (dot. DPU 5545Hehap Zagęszczarka).
27. Faktura nr 267/W/14 17.06.2014 (wiertnica pozioma sterowana).

Dodatkowo zaliczyła w poczet materiałów dowodowych załączniki do wyjaśnienia z 06.07.2020 r. przez Przystępującego:

- 1) Oferty podwykonawcze — 3 szt.,
- 2) Oferta GES 1458/2020,
- 3) Harmonogram zaangażowania potencjału kadrowego,
- 4) Odpowiedź zamawiającego w sprawie przedmiaru kosztorysu ślepego.

W poczet materiału dowodowego zostały zaliczone także dołączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) Protokół z rozprawy w dniu 11.03.2020 r., str. 6 (w ramach postępowania o sygn. akt: KIO 410/20),

2) Pismo procesowe Przystępującego z 11.03.2020 r., str. 5 (w ramach postępowania o sygn. akt: KIO 410/20),

3) Protokół z rozprawy w dniu 11.03.2020 r., str. 7 (w ramach postępowania o sygn. akt: KIO 410/20).

W konsekwencji, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego celem m.in. weryfikacji dowodów złożonych przez Odwołującego do odwołania – pełną treść protokołu z rozprawy w dniu 11.03.2020 r., jak i formalnie pismo procesowe Przystępującego z 11.03.2020 r. z załącznikami do niego (w ramach postępowania o sygn. akt: KIO 410/20). Izba zapoznała się również z wyrokiem KIO z 22.05.2020 r., sygn. akt: KIO 410/20.

Izba dopuszcza jako dowód dołączone do pisma procesowego Odwołującego złożonego na posiedzeniu załączniki:

- 1) Trzy odmienne Harmonogramy załączone do poszczególnych pism procesowych DROBUD,
- 2) Kalkulacja kosztów wynagrodzeń w oparciu o wyjaśnienia DROBUD,
- 3) Oferta Hydro Vacuum MK/0/09/3828/2020,
- 4) Przykładowa kalkulacja rozliczenia w przypadku przewidzianej projektem umowy zmiany technologii wykonania robót.

Dodatkowo, Izba dopuszcza jako dowód w sprawie złożone przez Odwołującego na rozprawie:

- Koszty amortyzacji 5 z 11 maszyn i urządzeń

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego oraz Odwołującego, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionego w treści odwołania zarzutu stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 7 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór wykonawcy Zakład Budownictwa Ogólnego "Drobud" A. S. – J., którego oferta powinna podlegać odrzuceniu;
2. art. 90 ust.2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Drobud mimo, że Wykonawca ten nie udowodnił, że cena jego oferty nie jest rażąco niska,

podczas gdy szczegółowa analiza przedstawionych wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia;

3. art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Drobud w sytuacji, gdy wykonawca ten nie wykazał, że złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia;

4. Art. 89 ust 1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej ze specyfikacją,

5. Art. 89 ust 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty podczas gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów prawa Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego i Odwołującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. Ich ocena był odmienna między stronami.

W ramach pierwszego wezwania z 05.02.2020 r. Zamawiający wskazał: „(...) *Cena Państwa oferty opiewa na kwotę 2 461 230,00 zł brutto i jest niższa o ponad 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług (tj. 2 697 128,88 zł) oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert (tj. 2 561 573,95 zł).*

Mając powyższe na uwadze proszę o wskazanie obiektywnych czynników, które mają wpływ na niską cenę Państwa oferty w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, w szczególności 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. (...)”.

W wyjaśnieniach z 10.02.2020 r. Przystępujący stwierdził: „(...) *podtrzymuje złożoną ofertę i deklaruje wykonanie robót zgodnie ze Specyfikacją i Dokumentacją Techniczną robót oraz zgodnie z wytycznymi określonymi w całości dokumentacji projektowej. Zaoferowana*

cena jest minimalnie niższa od 30 % wartości zamówienia oraz średniej arytmetycznej wszystkich ofert.

Poniżej przedstawiamy szczegółową kalkulację potwierdzającą wykonanie robót przy zachowaniu rentowności, jednocześnie potwierdzając, że podana cena nie jest rażąco niska.

Koszt materiałów podstawowych (rur , studni oraz komór bet, kształtek, zasuw, hydrantów zestawu wraz kontenerem oraz innych materiałów niezbędnych do realizacji zadania)	654 736 ,38 zł
Koszt robocizny (2 brygady czteroosobowe) 8 osób przez 12 miesięcy (1 osoba 3000 zł brutto miesięcznie) + koszt kadry (kierownik budowy 12 m-cy x 10 000 zł miesięcznie 120 000 zł)	408 000,00 zł
Koszty pozostałe (paliwa, opłaty , badania, odtworzenie nawierzchni , zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne..)	355 000,00 zł
Koszty	1 417 736,38 zł
ZYSK Operacyjny :	583 263,62 zł netto

Powyższe wyliczenie przedstawia wysokość założonych kosztów związanych z realizacją zadania. Przy tych założeniach wysokość zysku operacyjnego przedstawia się na poziomie 583 263,62 zł netto i gwarantuje jakościowe oraz terminowe wykonanie robót. W powyższej kalkulacji został przyjęty okres realizacji 12 miesięcy. Zakład nasz planuje wykonanie zadania siłami własnymi w okresie krótszym niż zakłada to SIWZ, oczywiście w uzgodnieniu z Inwestorem.

Zakład nasz w załączeniu przedstawia oferty potwierdzające wartość przyjętych kosztów związanych z podstawowymi materiałami . Oferty te stanowią tajemnicę handlową, zatem prosimy o nie udostępnianie informacji w nich zawartych innym podmiotom.

Profesjonalna kadra oraz nowoczesny park maszynowy pozwala na efektywną realizację zadań związanych z wodociągami , przewiertami oraz robotami drogowymi co zostało potwierdzone licznymi referencjami wydanymi przez wielu inwestorów

Kalkulacja wykonania prac nie odbiega od innych wycen związanych z realizacją zamówień publicznych w bieżącym okresie. Różnica między ceną zaoferowaną przez nasz zakład, a kolejną ofertą wykonawcy była nieznaczna i wynosiła niecałe 8,8%. Potwierdza to, że ceny przyjęte w naszej ofercie nie odbiegają od cen zaoferowanych przez innych wykonawców.

W związku z powyższym, oferta złożona przez nasz Zakład została skalkulowana prawidłowo. Zaoferowana cena zakłada ok. 24 % zysk przy założeniu zakończenia prac w terminie określonym w siwz. (...)

W ramach drugiego wezwania z 12.06.2020 r. Zamawiający wskazał: „(...) żąda dodatkowych wyjaśnień do zaproponowanej przez Państwa ceny oferty. Złożone przez Wykonawcę w dniu 10 lutego 2020r. pismo nie zawierało wystarczających dowodów na jednoznaczne uznanie przez Zamawiającego, iż cena oferty złożonej przez Zakład Budownictwa DROBUD A. S. J. z siedzibą w Opolu, jak i istotne części składowe tej ceny, nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze proszę o wskazanie:

- 1. jakie materiały wraz z wyceną zostały ujęte przez Wykonawcę w tabeli wyceny pod pozycją „Koszty materiałów podstawowych” i czy ww. tabela obejmuje wszystkie materiały wymagane przez Zamawiającego do realizacji umowy,*
- 2. sposobu kalkulacji ceny umów o pracę jak i przedstawienie odpowiednich dowodów umożliwiających zweryfikowanie Zamawiającemu czy w cenie oferty zawarto wszystkie koszty pracownicze, w tym koszty wymagane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, jak i wyjaśnienie czy Wykonawca przewidział zatrudnienie 10 osób na umowę o pracę zgodnie z pkt 4.1 SIWZ — cz. B (opis przedmiotu zamówienia),*
- 3. co znajduje się w pozycji „koszty pozostałe” oraz wycenę tych składników, które zostały ujęte w jedną zsumowaną wartość - sam sposób opisanie przez Wykonawcę pozycji, tj. „paliwa, opłaty, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne” należy uznać za niewystarczający i uniemożliwiający dokonanie realnej i jednoznacznej weryfikacji co wliczono w cenę i czy w tej pozycji nie ukryto składników zaniżonych.*

Jednocześnie Zamawiający prosi o:

- 1. przedstawienie odpowiednich dowodów potwierdzających posiadanie przez Wykonawcę nowoczesnego parku maszynowego, a także wskazanie kosztów realizacji zamówienia co do używania tego sprzętu np. kosztów amortyzacji, ubezpieczenia czy napraw,*
- 2. wyjaśnienie rażąco niskiej ceny pozycji 3.7. zawartej w formularzu nr 6 (tabela elementów scalonych) pod nazwą „przewierty sterowane”.*

W wyjaśnieniach z 17.06.2020 r. Przystępujący stwierdził: „Ad. 1 koszt materiałów podstawowych (rur, studni oraz komór bet, kształtek, zasuw, hydrantów, zestawu wraz z kontenerem oraz innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia” oszacowany na kwotę 654.736,38 zł;

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 10 lutego 2020 r. (zwanym dalej: „Wyjaśnienia”) zawarł w pozycji koszt materiałów podstawowych (rur, studni oraz komór bet, kształtek, zasuw, hydrantów, zestawu wraz z kontenerem oraz innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia” wszystkie materiały wymagane przez Zamawiającego do realizacji umowy.

Koszty wyliczone w kwocie 654 736,38 zł w całości zapewniają niezbędne materiały podstawowe, co potwierdzają załączone oferty oraz zbiorcze zestawienie wartości materiałów dla całości zadania. Po zsumowaniu kwot przedstawionych w ofertach załączonych do Wyjaśnień z dnia 10 lutego 2020 r. uzyskuje się łącznie kwotę 616 425,28 zł. Stanowczego podkreślenia wymaga, że Wykonawca uwzględnił w cenie koszty wszystkich materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Dodatkowo należy zauważyć, że wartość podana z zestawieniu tabelarycznym w Wyjaśnieniach z dnia 10 lutego 2020 r. w pozycji materiały przedstawia maksymalny wynik dla tej pozycji, co oznacza, że na moment składania Wyjaśnień Wykonawca na podstawie otrzymanych ofert, przed ostatecznymi negocjacjami z dostawcami, planował maksymalny koszt w pozycji „Koszt materiałów podstawowych” na wartość 654 736,38 zł netto. Wartość ta w całości zaspokaja potrzeby materiałowe wynikające z umowy.

Ponadto należy zauważyć, że po rozstrzygnięciu niniejszego postępowania, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, DROBUD w wyniku negocjacji z dostawcami otrzymał szereg nowych - skorygowanych ofert od dostawców w wyniku prowadzonych negocjacji. Sumując wartość zebranych ofert dotyczących materiałów niezbędnych do realizacji zadania, obecnie Wykonawca jest w stanie zrealizować dostawy w tym zakresie za wartość znacznie niższą niż ta, którą określił w Wyjaśnieniach z dnia 10 lutego 2020 r. Wartość tą określa zestawienie materiałów w formie tabelarycznej wraz z ofertami. Co istotne, DROBUD wykona niniejsze zamówienia własnymi siłami i z użyciem własnego sprzętu, którym dysponuje. Wszelkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia zostały ujęte w cenie oferty. (...)

Ad. 2 Sposób kalkulacji ceny umów o pracę oraz przedstawienie odpowiednich dowodów potwierdzających, że w cenie oferty zawarto wszystkie koszty pracownicze, w tym koszty wymagane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa

Wykonawca wskazał w Wyjaśnieniach, że: "Koszt robocizny (2 brygady czteroosobowe) 8 osób przez 12 miesięcy (1 osoba 3.000 brutto miesięcznie) + koszt kadry (kierownik budowy 12 m-cy x 10.000 zł miesięcznie - 120.000 zł)" co oszacowano łącznie na 408.000,00 zł.

Tak jak wskazano w Wyjaśnieniach, DROBUD przyjął w kalkulacji okres realizacji zamówienia - 12 miesięcy, ponieważ w ocenie DROBUD jest to wystarczający czas na realizację zamówienia.

Zamawiający w pkt 4.1 Części B SIWZ określił wymagania dotyczące zatrudnienia przez wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących zamówienie (art. 29 ust. 3a ustawy Prawo zamówień publicznych), zgodnie z którymi:

„Na podstawie art. 29 ust. 3a ustawy PZP Zamawiający żąda zatrudnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę na podstawie umowy o pracę (zgodnie z art. 22 § 1 ustawy z dnia 22 czerwca 1976 r. — Kodeksu Pracy) co najmniej 10 osób, które będą wykonywać czynności bezpośrednio związane z realizacją przedmiotu zamówienia, takie jak monter instalacji sanitarnych — 2 osoby, elektryk — 1 osoba, robotnik budowlany — 7 osób, przez cały okres trwania umowy zawartej pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą”.

Należy zauważyć, że wartość minimalnego wynagrodzenia w myśl ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę dotyczy wynagrodzenia brutto i nie obejmuje kosztów pracodawcy. Wobec czego, DROBUD przedstawił w tej pozycji koszty brutto zatrudnienia osób wymaganych przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ. Koszty pracodawcy zostały ujęte w pozycji „Koszty pozostałe (paliwa, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne)” oszacowane na kwotę 355.000 zł” jako ogólne koszty pracodawcy.

Podkreślenia wymaga, że wszystkie osoby skierowane do realizacji zamówienia, w tym kierownik budowy i kierownicy robót branżowych są zatrudnieni na podstawie umowy o pracę. Kierownik budowy będzie realizował zamówienie na pełen etat, tj. w pełnym wymiarze czasu pracy. Z żadnego wymogu SIWZ, w tym OPZ, czy projektu umowy nie wynika, że pozostałe osoby, tj. monter instalacji sanitarnych — 2 osoby, elektryk — 1 osoba, robotnik budowlany — 7 osób, czy kierownicy robót branżowych muszą realizować zamówienie w wymiarze pełnego etatu. Wobec powyższego, zakres robót wykonywanych przez te osoby nie wymaga ich zaangażowania w pełnym wymiarze czasu pracy oraz w codziennym trybie pracy. Zakład nasz będzie zatrudniał w okresie trwania umowy 10 osób fizycznych oraz 3 osoby z kadry kierowniczej i zatrudniał ich przy realizacji robót zgodnie z harmonogramem.

DROBUD przyjął do kalkulacji zaangażowanie tych osób w mniejszym wymiarze czasu pracy, co w pełni pozwoli wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Na potwierdzenie ww. okoliczności Wykonawca przekazuje Harmonogram zaangażowania potencjału kadrowo-osobowego dla realizacji zadania oraz kopie umów

o pracę. W Harmonogramie przyjęto maj 2020 jako miesiąc rozpoczęcia prac, natomiast w zależności od chwili zawarcia umowy — termin początkowy może ulec odpowiedniemu przesunięciu o liczbę miesięcy odpowiadającą okresowi pomiędzy majem a faktycznym miesiącem zawarcia umowy. (...)

W zakresie kosztów kadry kierowniczej należy zauważyć, że przyjęta wartość stanowi 10 000 zł miesięcznie i swoim zakresem obejmuje koszt zatrudnienia całego kierownictwa. Kierownik budowy będzie otrzymywał wynagrodzenie w wysokości 5 000 zł brutto miesięcznie i będzie zatrudniony na pełen etat, a kierownik robót konstrukcyjnych/drogowych i kierownik robót elektrycznych — po 2500 zł brutto i będą zatrudnieni w wymiarze 1/2 etatu.

Należy zauważyć, że zakres robót elektrycznych oraz konstrukcyjnych w tym nadzór nad tymi robotami w ocenie Przystępującego nie będzie trwał dłużej niż 1 miesiąc na przestrzeni 12 miesięcznego okresu realizacji robót więc koszt faktyczny dla tych osób będzie znacznie mniejszy. (...)

Ad. 3 "Koszty pozostałe (paliwa, opłaty, badania, odtworzenie nawierzchni, zajęcie pasa, organizacja ruchu, odwodnienie oraz inne)" oszacowane na kwotę 355.000 zł

Koszty w wysokości 355 000 zł przewidują katalog pozostałych działań związanych z realizacją robót w tym :

1. Prace odtworzeniowe : 67 750 zł netto

- Nawierzchnia asfaltowa - 5cm warstwa wiążąca + 5 cm warstwa ściernalna

- 300 x 70 zł 21 000 zł

- Nawierzchnia z kostki betonowej 850 m² 46 750 zł netto

- 80 % kostka z odzysku - 680 m²- 50 zł- 34 000 zł

- 20 % kostka nowa -170 m²- 75 zł- 12 750 zł

2. Paliwo : 169 571,20 zł

Koparka kołowa 2 szt. — 40 l x 2 - 80 l dziennie x 22 dni /m-c x 10 m-cy 21 120 L

Koparko-ładowarka — 40 l dziennie x 10 dni x 12 /m-cy - 4800 L

Zagęszczarka 2 szt. — 10 l dziennie x 10 dni x 12/m-cy - 1200 L

Samochód wywrotka 1 szt. — 60 l dziennie x 22 dni x 12 m-cy 15 840 L Wiertnica 1 szt. —

40 l dziennie x 22 dni x 2 m-cy - 1760 L

Samochód dostawczy 2 szt. — 40l dziennie x 22 dni x 12 m-cy - 10 560 L

Układarka Masy 1 szt — 60 L dziennie x 5 dni - 300 L

Walec wibracyjny 1 szt — 40 L dziennie x 5dni - 200 L

Łącznie planowane użycie paliwa - 55 780 L x 3,04 zł - 169 571,20 netto

Koszty amortyzacji rocznie — 10 000 zł

3. Inne koszty : 41566 zł

- pompownie wody z wykopu powierzchniowo — 8 000 zł
- Organizacja ruchu — 10 000 zł
- Koszty zajęcia pasa — jeśli nie wystąpią, powiększą zysk Wykonawcy.
- koszty ubezpieczenia OC w tym pojazdów wolnobieżnych — 18 500 zł rocznie
- Koszty ubezpieczenia pojazdów — samochodów ciężarowy 2500 zł rocznie
- Koszty ubezpieczenia pojazdów - samochodów dostawczych 1283 x 2 szt. - 2566 zł/rocznie

4. Koszty rezerwowe : 66112,80 zł (...)

Zysk na przedmiotowym zadaniu został wyliczony na 583 263 ,62 zł netto. Jednak mając na uwadze, że po wyborze oferty najkorzystniejszej, Wykonawca w wyniku negocjacji z dostawcami uzyskał korzystniejsze cenowo oferty, wobec czego według aktualnych obliczeń zysk na zadaniu wyniesie 647 550,19 zł netto

Wykonawca dla porównania, że zaoferowane przez niego ceny są rynkowe i zapewniają znaczną marżę przedstawia oferty podwykonawców. Z analizy tych ofert wynika, że nawet gdyby Wykonawca zamiast sił własnych użył do realizacji przedmiotu zamówienia podwykonawców, to i tak zaoferowana przez niego cena za realizację całego przedmiotu zamówienia byłaby obecnie niższa niż zadeklarowana w ofercie (...)

W ocenie Wykonawcy, kluczowym w niniejszym postępowaniu jest faktyczny czas realizacji robót — Wykonawca przyjął w kalkulacji okres 12 m-cy na realizację zadania, jednakże nic nie stoi na przeszkodzie aby przedmiotowe prace wykonać w okresie krótszym (nawet 4 do 6 m-cy). W takiej sytuacji wynik finansowy zadania zamknie się jeszcze wyższą kwotą zysku.

Ad. dowody potwierdzające posiadanie przez Wykonawcę nowoczesnego parku maszynowego, w tym wskazanie kosztów realizacji co do używania sprzętu, np. kosztów amortyzacji, ubezpieczenia czy napraw

Wykonawca dysponuje własnym sprzętem, na potwierdzenie czego przedstawia Wykaz sprzętu zawierający nazwę posiadanych urządzeń, ich liczby i roku produkcji. Wykaz ten zawiera wszystkie sprzęty, które są w posiadaniu Wykonawcy, jednak do realizacji niniejszego zadania nie jest wymagany udział tych wszystkich urządzeń. Do realizacji niniejszego zamówienia Wykonawca przeznaczą następujący sprzęt (dla którego w pkt 2 powyżej obliczono koszt zużycia paliwa):

Koparka kołowa 2 szt. — 40 l * 2 = 80 l dziennie

Koparko-ładowarka — 40 l dziennie

Zagęszczarka 2 szt. — 10 l dziennie

Samochód wywrotka 1 szt. — 60 l dziennie

Wiertnica horyzontalna 1 szt. — 40 l dziennie

Samochód dostawczy — 2 szt. — 40 l dziennie

DROBUD jest właścicielem tego sprzętu na potwierdzenie czego przedstawiamy dowody:

- 1. Faktura nr 009766/04/20 z 27.04.2020 r. (dot. koparki gąsienicowej),*
- 2. Faktura nr 004416/09/16 z 20.09.2016 r. (dot. koparki Terex TW 150)*
- 3. Dowód rej. Samochodów dostawczych.*
- 4. Faktura z 14 lutego 2020 r. (dot. rozściełacza do asfaltu VOLVO P6820C),*
- 5. Faktura z 14 lutego 2020 r. (dot. Walca drogowego AMMANN).*
- 6. Faktura nr 000603451 z 7 maja 2019 r. (dot. DPU 5545Hehap Zagęszczarka).*
- 7. Faktura nr 267/W/14 17.06.2014 (wiertnica pozioma sterowana)*

W niniejszej sprawie nie bez znaczenia na ograniczenie kosztów związanych z realizacją zamówienia pozostaje dysponowanie przez Wykonawcę odpowiednimi narzędziami, w tym sprzętem, którego koszty nabycia w wyniku realizacji wielu podobnych przedsięwzięć zwróciły się kilkakrotnie.

Ad. wyjaśnienie rażąco niskiej ceny w pozycji 3.7 zawartej w formularzu nr 6 (tabela elementów scalonych) pod nazwą przewiertu sterowane

W odniesieniu do pozycji 3.7 Wykonawca wskazuje, że przedstawiona w niej wartość dotyczy przewiertów sterowanych w zakresie przyłączy kanalizacji sanitarnej do kontenera pompowni. Wartość wykonania pozostałych przewiertów wymaganych przez Zamawiającego (w poz. 8 Zestawienia materiałów w Projekcie wykonawczym - „Przewiertu maszyną do wierceń poziomych — 1279 m”) zawarto w pozycji 3.2 „Rurociągi i armatura” z uwagi na proces technologiczny wykonania zamówienia, gdzie sposób realizacji poszczególnych odcinków determinują przeszkody występujące na poszczególnych odcinkach.

Wykonawca przedstawia 2 oferty z rynku, gdzie wartość dla tych prac przez specjalistyczne firmy została wyceniona na kwotę 45 zł/mb, Przyjmując ofertę podwykonawców, wartość wykonania przewiertów wynosiłaby 57 555 zł (1279 mb x 45 zł 57 555 zł) za cały zakres wymagany przez Zamawiającego.

Wobec powyższego kwoty zaoferowane przez Wykonawcę za wykonanie przewiertów nie noszą znamion rażąco niskich. Zauważenia wymaga, że Wykonawca Hypmar H. M., Modłęcın 31, 58-150 wycenił pozycję 3.7 na kwotę 10 000 zł netto (12 300 zł brutto), a więc kwotę niższą niż DROBUD, co świadczy o tym, że zaoferowana przez Wykonawcę wycena w tej pozycji jest rynkowa.

Podsumowanie

Biorąc udział w wielu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z Pzp, dokonując wyceny prac wynikających ze wskazanych przez Zamawiających w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia przedmiotów zamówienia jako Wykonawca zwracamy uwagę między innymi na kwestię rażąco niskiej ceny oraz konsekwencje jakie z tytułu stosowania tego typu praktyk grożą Wykonawcy. Wielokrotnie również byliśmy wzywani do wyjaśnień rażąco niskiej ceny i - pomimo rzeczywiście ceny odbiegającej od kwoty założonej przez Zamawiającego byliśmy w stanie wykonać przedmiot zamówienia prawidłowo, terminowo, oraz co ważne — z odpowiednim zyskiem. W rzeczonym przypadku dokonana przez nas cena oferty nie nosi znamion rażąco niskiej, a przede wszystkim nie została oszacowana na poziomie niższym niż koszt wytworzenia robót, ponieważ przynosi zysk.

Sporządzając ofertę w przedmiotowym postępowaniu, zważywszy na charakter przedmiotu zamówienia, mogliśmy dokonać wyceny poszczególnych jej elementów w sposób gwarantujący zysk zarówno dla Wykonawcy w sensie podmiotu gospodarczego, jak również wynagrodzenie adekwatne do zaangażowania dla osób biorących udział w realizacji przedmiotu zamówienia objętego ofertą.

Wskazane przez nas okoliczności potwierdzają, że złożona przez nas oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ponieważ:

- w sensie ekonomicznym nie czyni świadczenia niemożliwym do zrealizowania w sposób obiektywny - czyli nie wypełnia przesłanek zawartych w art. 387 Kodeksu cywilnego.*
- nie stoi w sprzeczności z istotą zarobkową działalności gospodarczej - jej realizacja nie będzie się odbywać ze stratą dla przedsiębiorstwa tylko z zyskiem.*

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że za ofertę z rażąco niską ceną należy uznać ofertę, której cena pozostaje w rażącej dysproporcji do indywidualnie oferowanego świadczenia. O rażącej dysproporcji można natomiast mówić, jeżeli cena jest nierealna w stosunku do cen rynkowych, ponieważ nie jest wyrazem konkretnych indywidualnych możliwości ekonomicznych wykonawcy, ani adekwatną reakcją na sytuację na rynku. W orzeczeniu z 11 lipca 2012 r. (KIO 1377/12) Izba z kolei potwierdziła, że za cenę rażąco niską winna być przyjmowana cena nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładająca wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będąca ceną rynkową, wyznaczaną poprzez ogólną sytuację gospodarczą praw popytu i podaży w danej branży, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność

i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie działających na tym rynku. Powyższe wyjaśnienia wraz z załączonymi dowodami jednoznacznie wskazują i potwierdzają, że cena zaoferowana przez nas cena nie jest rażąco niska. Pozostaje bowiem w oczywistej relacji do oferowanego świadczenia i jest adekwatna do zakresu prac i kosztów, ma charakter rynkowy oraz jest przejawem konkretnych możliwości ekonomicznych Firmy. (...)”

W ramach trzeciego wezwania z 01.07.2020 r. Zamawiający wskazał: „(...) Ad 1 Koszt materiałów

Zamawiający wskazuje, iż w tabeli „Zestawienie materiałów podstawowych” Wykonawca w dalszym ciągu nie wycenił wszystkich materiałów, określonych dokumentacją projektową, niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie uwzględnił:

1) w pozycjach 9, 10, 11, 12:

włazy D400 docieplone styropianem z płytą stalową, pierścienie żelbetowe odciążające, prostki, złączki;

2) w pozycji 12: zgodnie z projektem średnica studzienki 1500 (błąd w tabeli);

3) w pozycji 13:

włazy D400 fi 600, docieplone styropianem z płytą stalową, prostki, złączki, powinien być wyceniony wodomierz MWN DN40 a został wyceniony wodomierz WS DN40;

4) w pozycji 14: zwieńczenia zasuw (skrzynki uliczne, płyty, pierścienie);

5) w pozycji 15: klucze, stojaki, skrzynki do hydrantów ogrodowych;

6) w pozycji 16:

włazy D400 fi 800, docieplone styropianem z płytą stalową, prostki, złączki, przejścia szczelne ŁU3;

7) w pozycji 17:

właz D400 fi 800, docieplony styropianem z płytą stalową, prostki, złączki, przejścia szczelne ŁU3;

8) w pozycji 19: klimatyzator;

9) w pozycji 27:

1 zasuwa oraz połączenie kołnierzowe;

10) w pozycji 28:

2 zasuwy oraz dwa połączenia kołnierzowe;

11) w pozycji 92 słupki stalowe zabezpieczone antykorozyjne z zaślepką fi 50 2,5m.

Inne materiały, które nie zostały ujęte w tabeli oraz wycenie: oznakowanie 3d lokalizacji hydrantów, nawiertka 63/32, rura PE100 SDR 11 32 64, Om, geowłóknina, beton, piasek, żwir, inne kruszywa, woda, materiały do dezynfekcji, węże do podlewania, materiały z branży elektrycznej.

Ponadto Wykonawca przyjął w kilku miejscach cenę materiałów za jedną sztukę, choć dokumentacja obejmowała większą ilość tych materiałów, co również ma wpływ na cenę oferty (dot. m. in. armatury).

Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z projektem, wszystkie kształtki i armatura powinny być dobrane na ciśnienie PN16 natomiast w przedstawionych ofertach przyjęto część kształtek na ciśnienie PN10. Zgodnie z informacją firmy JAFAR do owiercenia PN16 obowiązuje dopłata 20%. Co do oferty Agencji Usługowo-Handlowej GES K. G. brak informacji jak zmiana na PN16 wpłynie na cenę.

Podsumowując szacunkowy koszt materiałów nieuwzględnionych w kalkulacji to ok. 100 000,00zł netto. Koszt oszacowano na podstawie cen zawartych w ofercie, a w przypadku ich braku na podstawie cen rynkowych z uwzględnieniem ewentualnych upustów.

Biorąc pod uwagę wartości przedstawiane przez Wykonawcę koszt materiałów podstawowych wyniesie 690 449,81 zł. Należy mieć również na uwadze, że oprócz materiałów podstawowych jest też cały szereg materiałów pomocniczych. Kosztorysowo zazwyczaj przyjmuje się, że koszt materiałów pomocniczych to 1,5% od kosztu materiałów, czyli należałoby jeszcze doliczyć kwotę 10 357,00 zł.

W związku z powyższym twierdzenie Wykonawcy, że wartość 654 736,38 zł netto w całości zaspokaja potrzeby materiałowe wynikające z umowy nie odzwierciedla rzeczywistych kosztów koniecznych do poniesienia na materiały.

Ad 2 Sposób kalkulacji ceny umów o pracę

Wykonawca w wyjaśnieniach oświadczył, iż w cenie oferty zawarto wszystkie koszty pracownicze w tym kwoty wymagane powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca nie wyszczególnił natomiast kosztów związanych z kosztami pracodawcy wynikającymi z umów o pracę. Ponadto zgodnie z załączonym harmonogramem zaangażowania potencjału kadrowo — osobowego dla realizacji zadania Wykonawca przyjął okres realizacji do lipca 2021, a nie jak Zamawiający do 30.11.2021 r. Zamawiający określając termin realizacji uwzględnił wszelkie warunki mające wpływ na realizację zamówienia w tym warunki na terenie na którym będą wykonywane roboty budowlane. Ze względu na specyfikę obiektu Wykonawca winien brać pod uwagę wiele czynników, które mogą spowodować utrudnienia w wykonywaniu robót. Prace będą realizowane na terenie

posiadającym bogatą infrastrukturę podziemną, często ze względu na swój charakter niezainwentaryzowaną. Teren inwestycji jest obiektem użytkowanym gdzie odbywa się ruch pieszki i kołowy. Część obiektów użytkowanych jest całodobowo roboty należy tak zorganizować, aby zachować ciągłość dostawy wody.

Takie uwarunkowania mogą sprawić, że nie będzie możliwe skrócenie czasu realizacji inwestycji, jak założył to Wykonawca.

Ad 3 Koszty pozostałe

W zakresie kosztów pozostałych nie wyceniono wielu istotnych kosztów takich jak:

- obsługa geodezyjna wymagana przez cały czas realizacji inwestycji
- (wytyczanie trasy sieci, nanoszenie na szkicach przed zakryciem wybudowanych odcinków sieci, armatury, kolizji, wyłączeń starej sieci, wykonanie dokumentacji geodezyjnej powykonawczej),
- koszty związane z zabezpieczeniem terenu robót (np. barierki, oświetlenie nocne, kładki dla pieszych),
- koszty związane z wywiezieniem i utylizacją odpadów (szczególnie płuczka z wykonywania przewiertów, która powinna być utylizowana na bieżąco),
- koszt badania wydajności hydrantów,
- koszty organizacji zaplecza budowy,
- koszty badań bakteriologicznych i fizykochemicznych wody,
- koszty zabezpieczenia istniejącej zieleni (sposób szczegółowo opisany w projekcie wykonawczym),
- koszty organizacji zaplecza budowy,
- koszty związane z kosztami pracodawcy wynikającymi z umów o pracę.

Dodatkowo Zamawiają prosi o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny:

- trójnika zintegrowanego z zasuwami - cena została rażąco zaniżona, przyjęto - 2682,92 zł natomiast cena katalogowa wynosi - 9 700,00 zł
- czwórnik zintegrowanego z zasuwami - cena została rażąco zaniżona przyjęto 1550,00 zł natomiast cena katalogowa wynosi - 10 800,00 zł.

wraz z załączeniem dowodów umożliwiających zweryfikowanie Zamawiającemu przyjęta do wyceny kwotę. (...)."

W trzecich wyjaśnieniach z 06.07.2020 r. Przystępujący stwierdził: „(...) Ad. 1. koszt materiałów podstawowych (rur, studni oraz bet, kształtek, zasuw, hydrantów, zestawu wraz z kontenerem oraz innych materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia oszacowany na

kwotę 654.736, 38 zł stanowi wszystkie materiały wymienione w tabeli dokumentacji projektowej która jest jej integralną częścią. Kwestia całkowicie wszystkich materiałów niezbędnych do realizacji zadania rozwiązałby przedmiar (kosztorys) do sporządzenia na specjalistycznym oprogramowaniu zgodnie ze sztuką. Zamawiający w toku udzielenia odpowiedzi na zapytania odmówił udostępnienia takowego i wskazał że wartość należy wyliczyć na podstawie dokumentacji projektowej. Zakład nasz na podstawie tych wyjaśnień takich wyliczeń dokonał. Załączona tabela zawiera materiały podstawowe i jest zbiorczym zestawieniem otrzymanych ofert. W nawiązaniu do zarzutów zawartych w piśmie RZIW-SZP.2612.3.2020 w kolejności wyjaśniam.

Materiały wymienione przez Zamawiającego stanowią nieznaczny element całej wyceny i nie mają wpływu na rentowność zadania.

- 1) Właz D400 ocieplony styropianem to koszt rzędu 580 zł netto / szt. — oferta w załączeniu — materiał ujęty w cenie kpl.
- 2) W pozycji 12 wkradł się błąd pisarski. Powinna być oczywiście studnia DN 1500. Studnie wycenione wg oferty BEWA 203 - 208/02/2020
- 3) Pozycja prostki , złączki wycenione w ofercie GES 396/2020 , zamawiający nie wskazuje konkretnie o jakie prostki chodzi (średnica, rodzaj materiału itd?), wartość wyceniona w pozycjach tabeli — 51, Wodomierz został wyceniony w ofercie GES 396/2020 poz. 67.68 — błąd pisarski w ofercie.
- 4) koszt płyty betonowej to 12,58 zł/szt. — pozycja o nieistotnej wartości dla zadania.
- 5) klucze stojaki to koszt 103,50 zł — pozycja o nieistotnej wartości dla zadania , skrzynka hydrantowa wyceniona w pozycji 30 — oferta GES 396/2020
- 6) Wg powyższych wyjaśnień
- 7) przejścia szczelne ujęte w cenie studni oraz komór. Montowane w ciągu technologicznym przy produkcji, dodatkowo wyceniono w pozycji 48,33-35, Zestawienia materiałów
- 8) Klimatyzator ujęty w ofercie dostawy kontenera oraz zestawu.
- 9) Zarzut nie zrozumiały, wyceniono zgodnie zestawieniem materiałów r, pozycja nieistotna cenowo. Niniejsze zawiera oferta firmy GES poz. 75-76 396/2020 oraz 82-85 zestawienia
- 10) Zarzut nie zrozumiały , wyceniono zgodnie zestawieniem materiałów , pozycja nieistotna cenowo. Niniejsze zawiera oferta firmy GES 396/2020 poz. 75-76 oraz pozycja 82-85 zestawienia
- 11) pozycja ujęta w ofercie GES 35-36 396/2020 pozycja 91-92 pozycja nieistotna cenowo. Niektóre ceny w tabeli materiałów podstawowych są zdublowane z uwagi na wliczenie ich wartości w cenie komór oraz osobno w pozycjach od 30-93.

Inne materiały na które się powołuje Zamawiający nie ujęte w tabeli to materiały o znikomej wartości na potwierdzenie tego faktu załączamy ofertę GES nr 1458/2020, część tych materiałów jest również ujęta w zestawieniu materiałów (rura PE100 SDR 11 Dn32=64 mb — pozycja 6)

Niektóre materiały wycenione w tabeli się dublują natomiast trudno nam się odnieść do zarzutu przyjęcia zbyt małej ilości materiałów gdyż Zamawiający nie precyzuje o które materiały konkretnie chodzi, a dokładnie o jaką armaturę zakład nasz przyjął w mniejszych ilościach. Wszystkie oferowane materiały są standardzie ciśnienia do PN -16. Znakowanie w tym zakresie wygląda następująco PN 10-16.

Zamawiający dokonał samodzielnych wyliczeń jednakże nie przedstawił żadnych konkretnych dowodów, że przyjęty sposób wyliczenia jest prawidłowy, Zakład nasz kompletnie się nie zgadza z przyjętą logiką. Przyjmując taki sposób rozumowania można by przyjąć, że wartość materiałów nie ujętych w tabeli to 500 000zł . Pozostałe przyjęte metody kosztorysowego doliczania 1,5% do wartości materiałów o hipotetycznej wartości, w sytuacji kiedy Zamawiający odmówił udostępnienia oferentom przedmiaru — kosztorysu ślepego, wydaje się co najmniej nie zrozumiałe.

Tym samym chcąc przyjąć za trafną przyjętą logikę Zamawiającego i podanych przez niego wyliczeń, z czym zakład nasz stanowczo się nie zgadza, to wartość wyliczona przez Zamawiającego potwierdza że zaoferowana cena daje możliwość zrealizowania zadania przy podobnie zakładanej przez nas rentowności. Wartość po stronie materiałów oraz wymienionych kosztów zmienia się jedynie o 35 713,43 zł, co przy planowanym zysku na poziomie 583 000 zł nie ma istotnego znaczenia. Właśnie poprzez te wyliczenia Zamawiający potwierdza realność oferty w pełnym zakresie. Nadmieniamy że wszelkie nie wycenione materiały mieszczą się w kwocie różnicy pomiędzy wartością 590 449,81 zł a wartością wymienioną w piśmie z dnia 10.02.2020 w sprawie wyjaśnień rażąco niskiej ceny , gdzie wartość przewidziana na kompletny materiał to 654 736,38 zł. Natomiast z załączonych ofert wynika że wartość takich materiałów nie powinna przekroczyć 20 000 zł netto czyli wartość o znikomym znaczeniu dla całości wyliczeń.

AD2

Odnosząc się do kwestii kosztów kadrowo płacowych po stronie pracodawcy szczegółowo przedstawia to załączony harmonogram przyjmujący koszty pracy w zakładanym okresie.

Wartość tych kosztów nie przekroczy planowane 408 000 zł . W tym miejscu należy podnieść że Zakład nasz zatrudnia pracowników zgodnie z rozporządzeniem rady ministrów odnośnie minimalnego wynagrodzenia które w roku 2020 wynosi minimalne 2600 zł brutto.

Zakład nasz planując czas na wykonanie robót uwzględnił wszystkie warunki mogące mieć wpływ na realizację zamówienia w tym przerwę zimową na wypadek niekorzystnych warunków atmosferycznych. Okres potrzebny na realizację zadania to 2-4 m-cy. Okres 12 m-cy w zupełności wystarcza na realizację robót uwzględniając nawet szczególną specyfikę obiektu, Kwestie związane z niezinventaryzowanym uzbrojeniem będą rozpatrywane na bieżąco o ile wystąpią podczas realizacji robót. Mając na uwadze fakt, że od momentu złożenia oferty minęło już prawie 6 m-cy to niebawem może się okazać , że mimowolnie realizacja robót będzie trwać i zakończy się do 12-mcy od momentu podpisania umowy, zakładając że termin XI.2021 jest ostatecznym dla zakończenia całej inwestycji. Naturalnym jest, że jako przedsiębiorstwo będziemy starali się wykonać zadanie w jak najkrótszym czasie , wynika to z zarobkowego charakteru naszej działalności. Prognozując możliwości podjęcia jak najszybszych działań niezwłocznie po podpisaniu umowy , zakład nasz zakłada maksymalne skrócenie czasu realizacji zadania nawet do 4 —mcy.

AD3

Zakład nasz koszty w postaci

- obsługa geodezyjna wraz z wytyczaniem trasy sieci wraz ze szkicami mapami powykonawczymi
 - koszty związane z zabezpieczeniem terenu robót
 - koszty związane z wywiezieniem i utylizacją odpadów w tym płuczkę
 - koszty badania hydrantów
 - koszty organizacji zaplecza
 - koszty badań bakteriologicznych i fizykochemicznych wody koszty zabezpieczenia zieleni.
- Oraz koszty związane z zatrudnieniem ujął w pozostałych kosztach w pozycji koszty rezerwowe.

Dodatkowo przesyłamy ofertę potwierdzającą zastosowanie ceny 2682,92 zł dla trójnika zintegrowanego oraz 1550 zł dla czwórnik zintegrowanego nr 1458/2020 GES

Reasumując, zamawiający w naszej ocenie dochodzi do błędnych wniosków odnośnie twierdzenia że zakład nasz nadal nie udowodnił że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Z przytaczanych wyliczeń oraz przesłanych dokumentów jasno wynika że zakład nasz jest w stanie wykonać przedmiotowe zadanie z planowanym zyskiem na poziomie ponad 25%.

Zamawiający całkowicie pomija znaczną część dowodów złożonych przez nasz zakład potwierdzających, że zaoferowana cena jest rynkowa oraz że nie odbiega od cen innych wykonawców dla tego typu prac w danym okresie.

Potwierdzają to między innymi złożone nam oferty na podwykonawstwo, z których jasno wynika że robocizna oraz koszt sprzętu nie przekracza kwoty 600 000 zł netto

Skoro zamawiający na podstawie własnych wyliczeń określił wartość materiałów na kwotę 690 449,81 zł to dodając do tego koszty realizacji zadania przez potencjalnego podwykonawcę np. firma A. M. z Grodkowa za 557 643,00 zł netto pozwala na osiągnięcie ZYSKU 752 907 19 netto. (...).”

Na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowieź na odwołanie (wersja pisemna wpłynęła do Izby po zamknięciu rozprawy): „(...) I. Odnosząc się szczegółowo do zarzutów wskazanych w złożonym przez Spółkę EKO-WOD odwołaniu, Zamawiający wskazuje za chybione jego twierdzenie, jakoby Wykonawca DROBUD nie był w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem i oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Odwołujący wskazuje przede wszystkim na brak możliwości ustalenia w ofercie firmy DROBUD wartości materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Z powyższym nie sposób się jednak zgodzić. Wykonawca w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, za każdym razem wskazywał, że koszty materiałów podstawowych będą oscylowały na poziomie kwoty 654 736,38 zł, zaznaczając jednocześnie, iż z uwagi na prowadzone dalsze negocjacje z dostawcami materiałów mogą one ulec zmniejszeniu. Przy czym Zamawiający uznał za wiarygodne wyjaśnienia Wykonawcy, że ceny materiałów podstawowych mogą ulec faktycznie znacznemu zmniejszeniu. Na powyższe wpływ może mieć chociażby znaczny spadek wartości cen ropy naftowej, która jest niezbędna do produkcji PCV (które składają się w ok. 43% z ropy). Na uwagę zasługuje również, iż Przystępujący wyraźnie podkreśla (choćby w swoich wyjaśnieniach z dnia 07.07.2020r.), że kwota 654 736,38 obejmuje wszystkie materiały wymienione w tabeli dokumentacji projektowej, która jest jej integralną częścią. Zaznaczył on również, że gdyby Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego udostępnił oferentom przedmiary robót, to złożone przez niego wyjaśnienia byłyby jeszcze bardziej szczegółowe. Jednakże Zamawiający ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za realizację zamówienia, odmówił udostępnienia Wykonawcom przedmiarów i wskazał, że wartość robót należy wyliczyć w oparciu o dokumentację projektową. Zamawiający przyznaje, iż gdyby Przystępujący był w posiadaniu przedmiaru

robót, byłby w stanie jeszcze bardziej wyczerpująco i szczegółowo przedstawić wycenę nawet nieznaczących elementów, które nie mają jego zdaniem wpływu na rentowność zadania. De facto chociaż Zamawiający w piśmie z dnia 01.07.2020r. wskazywał, iż Wykonawca nie uwzględnił w swojej kalkulacji wszystkich materiałów, które zdaniem Zamawiającego opiewały na kwotę ok. 100 000 zł (co Wykonawca wyraźnie podważył w swoim piśmie z dnia 07.07.2020r.), to różnica ta pomniejszyłaby jedynie zysk Wykonawcy o ok. 111 321,04 zł. Powyższa kwota została wyliczona w następujący sposób: Zamawiający przyjął, że koszt materiałów podstawowych nieuwzględnionych w kalkulacji to ok. 100 000 zł netto. W związku z powyższym wartość materiałów podstawowych wyniosłaby 754 736,38 zł zamiast 654 736,38 zł.

Przy przyjęciu, iż koszty materiałów pomocniczych stanowią 1,5% kwoty materiałów podstawowych, to ich wartość wyniosłaby 11 321,04 zł. W związku z powyższym całkowity koszt materiałów netto wyniesie zatem 766 057,42 zł. Jest to zatem jak wyżej wskazano około 111 321,04 zł. zł więcej niż kwota deklarowana przez DROBUD (654 736,38 zł netto). Różnica może pomniejszyć zysk, nie sprawia jednak, że zgodnie z kalkulacją Wykonawcy wykonanie umowy za podaną cenę byłoby nieopłacalne.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego w zakresie kosztów pracowniczych i ich ewaluacji w kolejnych wyjaśnieniach, Zamawiający podnosi, że deklaracja Przystępującego w zakresie maksymalnych kosztów kadrowo-płacowych nie wyniesie więcej niż 408 000 zł, co zostało przez niego wykazane odpowiednimi dokumentami, w tym umowami o pracę, które zostały załączone do złożonych przez niego wyjaśnień z dnia 17.06.2020r. W tym miejscu należy również podnieść, iż kwestionowanie przez Odwołującego możliwości pozyskania pracowników „chętnych do pracy” za najniższą krajową jest bezzasadne, w szczególności w świetle przedłożonych przez DROBUD dokumentów tj. umów o pracę.

Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego jakoby „koszty pozostałe” oszacowane przez firmę DROBUD ewoluowały. Przystępujący od pierwszych wyjaśnień złożonych w dniu 11.02.2020r. wskazywał, że koszty pozostałe będą wynosiły 355 000 zł. Przy czym odnosząc się do kosztów paliwa, wskazania wymaga, iż w okresie od lutego do czerwca br. cena paliwa, uległa znacznemu obniżeniu, co przedstawia załączony na stronie internetowej Orlen archiwalny cennik paliw (<https://www.orken.pl/PL/DlaBiznesu/HurtoweCenyPaliw/Strony/archiwum-cen.aspx?Fuel=ONArctic2&Year=2020>).

Wykonawca w dniu 17.06.2020r. przedstawił dowód zakupu oleju napędowego EKODIESEL w postaci faktury VAT aktualny na dzień złożenia wyjaśnień. Na stronie internetowej Orlen cena hurtowa netto za m³ oleju napędowego, na dzień wystawienia faktury wynosiła 3,237

zł, co świadczy o tym, że Wykonawca posiada jeszcze dodatkowy rabat na paliwo. Należy również zwrócić uwagę, że technologia wykonywania prac koniecznych do realizacji zamówienia nie wymaga codziennego wykorzystania całego sprzętu.

Zamawiający nie oceniał na tym etapie informacji przedstawionych przez DROBUD w piśmie złożonym na etapie postępowania odwoławczego, z uwagi na fakt, iż nie stanowi ono wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp i nie powinno być jako takie oceniane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W związku z powyższym fakt, iż Przystępujący na etapie postępowania odwoławczego oświadczył, że dzienne zapotrzebowanie na paliwo będzie wynosiło 120 l, a na etapie wezwania go przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień 220 l - pozostaje bez znaczenia. Przy czym istotnym pozostaje fakt, że Wykonawca w dalszym ciągu potwierdza, iż koszty pozostałe będą oscylowały na poziomie 355 000 zł.

Odnosząc się do zarzutu braku uwzględnienia przez Przystępującego kosztów wykonania humusowania wraz z obsiewem na powierzchni 1200 m², RZI wskazuje, że biorąc pod uwagę iż DROBUD deklaruje realizację prac własnymi siłami, to powyższe czynności zostały wycenione w materiałach, robociźnie i sprzęcie. Nie budzi również wątpliwości Zamawiającego wysokość kosztów rezerwowych obejmujących:

- obsługę geodezyjną wraz z wytyczaniem trasy sieci wraz ze szkicami mapami powykonawczymi,
- koszty związane z zabezpieczeniem terenu budowy,
- koszty związane z wywiezieniem i utylizacją odpadów w tym płuczkę,
- koszty badania hydrantów,
- koszty organizacji zaplecza,
- koszty badań bakteriologicznych i fizykochemicznych wody,
- koszty zabezpieczenia zieleni,

która została wyceniona przez Wykonawcę na 66 112,80 zł powyższa kwota jest w pełni realna i nie wymagała przedstawienia przez Wykonawcę dodatkowych wyjaśnień, czy też dowodów. Przy czym zabezpieczenie terenu budowy obejmuje również zabezpieczenie wykopów, a nawet gdyby tak nie było, to przy przyjęciu, że Wykonawca będzie realizował prace siłami własnymi, zarówno koszty zabezpieczenia wykopów jak i uprzątnięcia terenu budowy mogły zostać uwzględnione również w robociźnie i sprzęcie.

W związku z powyższym, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, iż Zamawiający naruszył art. 90 ust. 2 w zw. z art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp,

a Przystępujący nie przedstawił rzetelnej kalkulacji kosztów jakie pozwoliłyby na zaoferowanie realizacji zamówienia w zaoferowanej kwocie.

II. Zamawiający nie zgadza się również z twierdzeniem Spółki EKO-WOD, że oferta DROBUD była sprzeczna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, z uwagi na nie ujęcie w ww. ofercie klimatyzatora, twierdząc jednocześnie, że element ten z uwagi na jego wysoką cenę został celowo pominięty przez Przystępującego. Zamawiający nie miał podstaw, aby poddać wątpliwości oświadczenie Przystępującego zawarte w wyjaśnieniach z dnia 07.07.2020r., z których jednoznacznie wynika że klimatyzator został ujęty w ofercie dostawy kontenera oraz zestawu. Zgodnie z załączoną do ww. wyjaśnień ofertą HYDRO - VACUUM przedmiotem zapytania był kontener (2400 x 3500) wraz z projektowanym wyposażeniem. Skoro więc klimatyzator był elementem zaprojektowanego wyposażenia, należy uznać, że faktycznie został objęty ww. kwotą.

III. Za chybiony należy uznać również zarzut Odwołującego, że czynem nieuczciwej konkurencji było skalkulowanie kosztów przewiertów w pozycji innej niż przewidziana przez Zamawiającego pozycji w Tabeli elementów scalonych. Zgodnie z pkt IX.2. pkt 6 i 7 SIWZ - cz. A, Formularz nr 6 stanowiący załącznik do SIWZ obejmuje elementy scalone, które Wykonawca, gdy uzna to za stosowne może zmodyfikować poprzez rozbudowę pozycji Tabeli. Zamawiający nie wskazał jednak szczegółowej instrukcji w jaki sposób Wykonawca winien wypełnić przedmiotową Tabelę, ani też jakie miałyby być ewentualnie konsekwencje ujęcia danego elementu w pozycji innej, niż na to wskazywałyby powszechnie stosowane zasady. Zamawiający wymagał jedynie od Wykonawców, by wycenili oni wszystkie pozycje Tabeli elementów scalonych. Przystępujący na wezwanie Zamawiającego w dniu 17.06.2020r. wyjaśnił, iż wartość pozycji 3.7 dotyczy przewiertów sterowanych w zakresie przyłączy kanalizacji sanitarnej do kontenera pompowni. Natomiast wartość wykonania pozostałych przewiertów wymaganych, przez Zamawiającego (w poz. 8 Zestawienia materiałów w Projekcie wykonawczym - Przewierty maszyna do wierceń poziomych - 1279 m) zawarto w pozycji 3.2. „Rurociągi i armatura” z uwagi na proces technologiczny wykonania zamówienia, gdzie sposób realizacji poszczególnych odcinków determinują przeszkody występujące na poszczególnych odcinkach. Zamawiający mając na uwadze ww. wyjaśnienia dokonał porównania sumy wartości pozycji 3.2. i 3.7. z innymi ofertami złożonymi na ww. postępowanie i stwierdził jednoznacznie, że suma ta nie odbiega znacznie od kwot zaoferowanych przez innych oferentów. W związku z powyższym Zamawiający nie mógł uznać, że ta część składowa oferty jest rażąco niska. Przy czym nie jest do końca zrozumiałe dla Zamawiającego, dlaczego zdaniem Odwołującego skalkulowanie kosztów

przewiertu w innej pozycji rodzi donośne konsekwencje i stanowi to czyn nieuczciwej konkurencji. Nie zrozumiałym jest również dla Zamawiającego w jaki sposób „przerzucenie kosztów realizacji przewiertów do pozycji 3.2. Tabeli Elementów Scalonych” miałyby prowadzić do powstania możliwości zrealizowania Wykonawcy przedmiotu zamówienia w powyższym zakresie w sposób odmienny niż to zostało określone w SIWZ tj. nie wykonania sieci w technologii przewiertu sterowanego a tylko wyłącznie poprzez wykopy otwarte. Wykonawca jest zobowiązany wykonać przedmiot umowy w sposób i na zasadach określonych w dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót. Zmiana technologii wykonania robót jest możliwa jedynie w przypadkach określonych w § 2 projektu umowy. W sytuacji gdyby Wykonawca realizował przedmiot zamówienia w sposób odmienny, a tym samym niezgodny z postanowieniami umowy, Zamawiającemu przysługiwałoby prawo do odstąpienia od umowy. Z całą pewnością ujęcie wykonania przewiertów innych niż przewiertów sterowanych w zakresie przyłączy kanalizacji sanitarnej do kontenera pompowni w pozycji innej niż pozycja 3.7 nie doprowadzi do sytuacji w której Wykonawca będzie miał możliwość wykonania sieci w innej technologii niż technologia przewiertu sterowanego, a Zamawiający będzie zmuszony mu za to zapłacić kwotę określoną w Tabeli elementów scalonych w pozycji 3.2. Jak już wcześniej wskazano, Wykonawca nie ma prawa wykonać robót w sposób odmienny niż określa to SIWZ, a sytuacja, którą opisuje Odwołujący nie ma prawa ani możliwości się wydarzyć. Biorąc pod uwagę powyższe, nie można uznać, iż sposób dokonania wyceny oferty przez Przystępującego był sprzeczny z dobrymi obyczajami przez co miałby stanowić czyn nieuczciwej konkurencji.

Podsumowując, Zamawiający uznał wyjaśnienia złożone przez firmę DROBUD za wystarczające by stwierdzić, że zaproponowana cena oferty jak i istotne części składowe tej ceny nie są rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Należy także wskazać, że różnica między ceną zaoferowaną przez niego a ofertą złożoną przez firmę EKO - WOD ze Świdnicy wynosi niecałe 8.8%. Potwierdza to, że cena oferty DROBUD nie odbiega w istotny sposób od ceny zaoferowanej przez Odwołującego. Ponadto nie bez znaczenia pozostaje, iż Przystępujący wykazuje również, że w związku z realizacją zadania za cenę przez niego zaoferowaną, osiągnie zysk na poziomie ok. 24%. Okolicznością mającą wpływ na cenę zaoferowaną przez DROBUD mają również wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia dostępne dla Wykonawcy tj. posiadanie przez niego nowoczesnego parku maszynowego pozwalającego na efektywną realizację zadań siłami własnymi. Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Odwołujący zadeklarował w swojej ofercie, że do 50% robót

budowlano-montażowych zamierza powierzyć podwykonawcom, co zazwyczaj generuje większe koszty niż robota wykonana siłami własnymi. (...)”.

Z kolei Przystępujący w swoim piśmie procesowym złożonym na posiedzeniu stwierdził, co następuje: „(...) 1. *Bezzasadność zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny oferty Drobud*

W wyroku z 24.11.2017 r. (KIO 2373/17), Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „ustawa Pzp nie definiuje rażąco niskiej ceny, niemniej punktem odniesienia winien być przedmiot zamówienia. Zatem należy przyjąć, że rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku”.

Stanowczego podkreślenia wymaga, że cena oferty Przystępującego nie nosi znamion rażąco niskiej, a Przystępujący kompleksowo wyjaśnił ww. okoliczność zarówno w piśmie z dnia 10 lutego 2020 r., jak i w pismach z dnia 17 czerwca 2020 r. oraz 6 lipca 2020 r., ponieważ wyczerpująco udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 5 lutego 2020 r., a następnie z dnia 10 czerwca 2020 r. oraz 1 lipca 2020 r. w zakresie ceny oferty. Wyjaśnienia z dnia 10 lutego 2020 r., 17 czerwca 2020 r. oraz 6 lipca 2020 r. wraz z przedstawionymi dowodami rzetelnie potwierdzają, że cena oferty zapewnia wykonanie zamówienia na poziomie wymaganym przez Zamawiającego, jest rynkowa i przewiduje odpowiedni zysk dla Przystępującego. W świetle powyższego, zarzuty przedstawiane przez Odwołującego są bezpodstawne, nietrafione i nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, że Przystępujący jedynie w sposób formalny dopełnił procedury wyjaśnień.

Ustawa Pzp zawiera dwukrotne odesłanie do sankcji odrzucenia oferty w związku z rażąco niską ceną- nie tylko w art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ale też w art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Pierwszy z nich, art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zawiera bardziej kategoryczne stwierdzenie, tj, wystąpienie rażąco niskiej ceny, drugi zaś jest bardziej formalno-proceduralny i wskazuje na brak złożenia wyjaśnień oraz ich negatywną ocenę przez Zamawiającego.

W przepisie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp wskazano bowiem, że Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze

złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (zob. m. in. wyrok KIO z dnia 12 lutego 2020 r., KIO 198/20).

Z takim przypadkiem nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ponieważ wyjaśnienia z dnia 10 lutego 2020 r., a następnie z dnia 17 czerwca 2020 r. oraz 6 lipca 2020 r., wraz z dowodami są rzetelne i dostatecznie potwierdzają, że cena zaoferowana przez Przystępującego nie nosi znamion rażąco niskiej. W orzecznictwie uznaje się, że Wykonawca może zadośćuczynić obowiązkowi odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 90 ust 1. Ustawy Pzp za pomocą wszelkich dostępnych środków dowodowych, a takim dowodem może być również samo oświadczenie wykonawcy (zob. wyrok z 1.02.2018 r., KIO 104/18). W niniejszej sprawie, Przystępujący złożył wraz z wyjaśnieniami szereg dowodów, które nie wzbudziły wątpliwości Zamawiającego. Wyjaśnienia obejmują niezbędne składniki cenotwórcze, w tym koszt zatrudnienia pracowników, wartość materiałów, czy wreszcie marżę wykonawcy.

Powyższe potwierdził sam Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 sierpnia 2020 r. Z uwagi na powyższe dalsze podnoszenie przez Odwołującego wątpliwości dotyczących złożonych przez Przystępującego wyjaśnień nie będzie miało znaczenia, ze względu na rzetelne rozpatrzenie przez Zamawiającego kwestii ceny oferty Przystępującego.

Z daleko posuniętej ostrożności, abstrahując od tego, że w ocenie Przystępującego złożone wyjaśnienia wraz z dowodami potwierdzają, że cena nie zawiera znamion rażąco niskiej, Przystępujący syntetycznie odnosi się do poszczególnych zarzutów Odwołującego dotyczących ceny oferty,

1) Koszty materiałów

Odwołujący podnosi w treści odwołania, że: „Wykonawca Drobud w świetle złożonych przez siebie wyjaśnień i obecnych uwarunkowań rynkowych, nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem i oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Co przy tym istotne, zawarte w złożonych przez DROBUD wyjaśnieniach dane i wyliczenia wskazują wprost na zaistnienie okoliczności opisanych dyspozycją art. 90 ust 3 ustawy Pzp tj. na zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia za cenę rażąco niską”. Powyższe twierdzenia należy uznać za gołosłowne, tym bardziej, że Przystępujący na wykazanie rzetelności przekazał nie tylko wyjaśnienia, ale również cały szereg dowodów na poparcie rynkowego poziomu zaoferowanej ceny. Odwołujący doszukuje się niezgodności w przedstawionych na poszczególnych etapach Postępowania wyjaśnieniach, podczas gdy kwestie aktualizacji cen zostały szczegółowo wyjaśnione w samych wyjaśnieniach. Przystępujący w pierwszej kolejności zaznacza, że treść wyjaśnień

ceny przede wszystkim zależy od treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający w wezwaniu z dnia 5 lutego 2020 r. nie wymagał przedstawienia wyjaśnień o bardzo dużym stopniu szczegółowości, Przystępujący mógł przedstawić kalkulacje uśrednione, które nie zawierały wyliczeń „co do złotówki”. Powyższy pogląd potwierdza liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej m.in. w wyroku z dnia 30 stycznia 2020 r. (sygn. akt: KIO 82/20): „W sytuacji, gdy tylko to jest możliwe, to wezwanie do złożenia wyjaśnień winno być sformułowane w formie konkretnych zagadnień, które budzą wątpliwości zamawiającego, a które następnie będą podlegały wyjaśnieniu przez wykonawcę. Pytania lub też zagadnienia zakreślone przez zamawiającego, które zostały przedstawione wykonawcy powinny wskazywać elementy oferty, które podczas badania oferty wzbudziły wątpliwości i co do których zamawiający oczekuje wyjaśnień. Tego rodzaju konstrukcja treści wyjaśnień wystosowanych przez zamawiającego do wykonawcy ma służyć temu, aby wykonawca posiadał wiedzę, które elementy wyceny oferty wzbudziły zastrzeżenia zamawiającego i w jakim kierunku mają iść jego wyjaśnienia. (...) Zamawiający nie może stawiać wykonawcy w sytuacji, aby ten domyślał się, które elementy wyceny oferty zamawiający zakwestionował (które budzą jego wątpliwości), albo oczekiwał, że wykonawca w takiej sytuacji szczegółowo przeanalizuje każdą pozycję cenową oferty, w szczególności, gdy mamy do czynienia z zamówieniem na robotę budowlaną”.

Natomiast dopiero na wezwanie z dnia 10 czerwca 2020 r. oraz 1 lipca 2020 r. Przystępujący został wezwany o przedstawienie bardziej szczegółowych wyliczeń konkretnych elementów cenowy, W związku z powyższym ceny na poszczególnych etapach wezwań o wyjaśnienia mogły podlegać aktualizacji ze względu na upływ czasu, co wbrew twierdzeniom Odwołującego nie świadczy o wprowadzaniu modyfikacji do elementów cenowych, ale o uszczegółowieniu/aktualizacji wyjaśnień.

Tymczasem Odwołujący w treści odwołanie dochodzi do nieopartego żadnymi okolicznościami wniosku, że: „Ostatecznie więc, pomimo wielokrotnie składanych wyjaśnień nie wiadomo jaką wartość materiałów niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia uznać należy za ostateczną w ofercie firmy DROBUD.

To co nie budzi wątpliwości to fakt, iż wartość ta odbiega znacząco zarówno od szacunków zamawiającego jak i ofert pozostałych wykonawców”. Po pierwsze Przystępujący zaktualizował wartość materiałów w swoich wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2020 r. oraz 6 lipca 2020 r., co zostało poparte przedłożonymi dowodami. Ponadto, jak już Przystępujący wskazywał w wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2020 r. „po rozstrzygnięciu niniejszego postępowania, tj. po wyborze oferty najkorzystniejszej, a przed podpisaniem umowy

w sprawie zamówienia publicznego, DROBUD w wyniku negocjacji z dostawcami otrzymał szereg nowych - skorygowanych ofert od dostawców w wyniku prowadzonych negocjacji. Sumując wartość zebranych ofert dotyczących materiałów niezbędnych do realizacji zadania, obecnie Przystępujący jest w stanie zrealizować dostawy w tym zakresie za wartość znacznie niższą niż ta, którą określił w Wyjaśnieniach z dnia 10 lutego 2020r". Po drugie Odwołujący dochodzi do absurdu wniosku, iż cena częściowa materiałów niezbędnych do realizacji zamówienia znacząco odbiega od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na wykonanie zamówienia oraz ofert pozostałych wykonawców, podczas gdy w toku postępowania nie zostały wyszczególnione poszczególne elementy cenowe kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia oraz cen innych ofert. Za niezrozumiałe należy również uznać wniosek Odwołującego, iż sposób wyliczenia poszczególnych kwot pozostaje nieznany, podczas gdy Przystępujący poza precyzyjnymi wyjaśnieniami przedstawił liczne dowody na poparcie swoich wyjaśnień.

Przystępujący w pełni potwierdza twierdzenie Zamawiającego wynikające z Odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 sierpnia 2020 r., zgodnie z którymi Zamawiający uznał za wiarygodne wyjaśnienia, że „ceny materiałów podstawowych mogą ulec faktycznemu zmniejszeniu". Przystępujący potwierdza, że wpływ na powyższe miał między innymi spadek wartości cen ropy naftowej, wykorzystywanej do produkcji PCV. Jak wskazał Zamawiający, koszt materiałów obejmuje wszystkie elementy tabeli dokumentacji projektowej, która jest jej integralną częścią. Zamawiający słusznie zauważył, że w toku Postępowania nie został udostępniony przedmiary robót, co dodatkowo utrudniało dokonania bardzo szczegółowej kalkulacji.

Zamawiający w swoim piśmie z dnia 3 sierpnia 2020 r, odniósł się szczegółowo do aktualizacji poszczególnych cen z upływem czasu i potwierdził, że powyższe aktualizacji nie mają wpływu na brak opłacalności realizacji zamówienia, co wyklucza wystąpienie rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego.

2) Koszty robocizny

Podobnie jak w przypadku kosztów materiałów, również argumenty dotyczące przez Odwołującego w zakresie kosztów pracowniczych należy uznać za nielogiczne. Przepisy ustawy Pzp nie narzucają określonego sposobu sporządzania kalkulacji, stąd też niezasadne są obiekcje Odwołującego, aby koszty pracodawcy nie mogły być ujęte w pozycji „Pozostałych kosztów". Przystępujący przypomina, że celem wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazania, że oferta będzie realizowana po cenach rynkowych uwzględniających zysk wykonawcy. Inny wykonawca nie jest uprawniony do decydowania jaki sposób kalkulacji

będzie tolerowany przez Zamawiającego. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują niedopuszczalności optymalizacji kosztów robocizny w celu zwiększenia zysku wykonawcy.

Zamawiający wymagał aby w okresie realizacji robót na budowie w trybie ciągłym był zatrudniony kierownik budowy. Taki obowiązek nie został określony wobec pozostałych kierowników branżowych (np. konstrukcyjno-drogowych, elektrycznych). W związku z powyższym kierownicy branżowi nie muszą być zatrudnieni w pełnym wymiarze czasowym. Również harmonogram prac branżowych nie wymaga ich obecności na budowie w pełnym miesięcznym wymiarze czasu pracy.

Również ilość pracowników jest zależna od wielu czynników związanych z realizacją zamówienia. Nie jest przy tym istotne ilu pracowników będzie realizowało zamówienie i w jakim zakresie czasowym będą oni pracować, ale jakie koszty robocizny praca ta wygeneruje. Zamawiający przedstawił precyzyjnie koszty jakie będą konieczne do poniesienia ze względu na wynagrodzenia osób delegowanych do realizacji zamówienia. Jednocześnie stawki te są wyższe niż minimalne wynagrodzenie wymagane przepisami prawa. Ponadto, podnoszenie przez Odwołującego, że niemożliwym jest znalezienie pracowników wyrażających chęć realizacji zamówienia po określonych przez Przystępującego stawkach świadczy jedynie o małej rentownej polityce kadrowej Odwołującego. Tymczasem Przystępujący posiada kadrę gotową zrealizować zamówienia za wynagrodzenie określone w wyjaśnieniach. Powyższe twierdzenia Odwołującego stanowią zatem jego własną interpretację wyjaśnień ceny oferty Odwołującego, nie mającą nic wspólnego z rzeczywistością. Dalsze podnoszenie argumentacji przez Odwołującego w powyższej kwestii jest tym bardziej niezasadne ponieważ Przystępujący uprzednio przedstawił umowy o pracę poszczególnych pracowników.

Co istotne powyższe potwierdził Zamawiający w swojej Odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 sierpnia 2020 r. podkreślając, że przedstawienie umów z pracownikami wskazuje na rzetelność przedstawionych przez Przystępującego kosztów kadrowo-płacowych.

3) Pozostałe koszty

Podobnie jak w przypadku poprzednich pozycji, również Pozostałe koszty zostały zaktualizowane ze względu na upływ czasu. Przystępując przedstawił przy wyjaśnieniach z dnia 17 czerwca 2020 r. fakturę VAT wystawioną przez Orlen Paliwa Sp. z o.o. z której wyraźnie wynikała cena za jaką Przystępujący nabył paliwo, przez co odniesienie się przez Odwołującego do średniej ceny opublikowanej na stronie internetowej spółki Orlen stanowi jedynie własną interpretację Odwołującego dotyczącą powyższego składnika cenowego.

Powyższe potwierdził Zamawiający, w swoim piśmie z dnia 3 sierpnia 2020 r., w którym potwierdził, że w toku Postępowania doszło do obniżki cen paliwa, a przedstawiona faktura potwierdza cenę nabycia paliwa po preferencyjnej cenie na potrzeby przedmiotowego zamówienia. Zamawiający słusznie również zwrócił uwagę, że nie podlegały ocenie przez niego wyjaśnienia przedstawione poza trybem z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ale podczas poprzedniego postępowania odwoławczego. Za rzetelne Zamawiający uznał wyjaśnienia dotyczące zużycia paliwa przedstawione na wezwanie Zamawiającego.

Wbrew twierdzeniom Odwoływającego, Przystępujący uwzględnił koszt humusowania wraz z obsiewem na powierzchni 1200m² w kosztach robót drogowych i instalacyjnych. Powyższe słusznie potwierdził Zamawiający, wskazując, że biorąc pod uwagę deklarację realizacji prac własnymi siłami, powyższe czynności wycenione w „materiałach, robociznie i sprzęcie”, Za nielogiczne należy uznać odniesienie się przy tym twierdzeniu przez Odwoływającego do odpowiedzi Zamawiającego nr 1 z dnia 27 stycznia 2020 r.

W zakresie kosztów amortyzacji Przystępujący wskazuje, że Odwoływający (w odróżnieniu od Przystępującego) nie poparł swoich twierdzeń w tym zakresie żadnymi dowodami. Ponadto, Przystępujący w zakresie zabezpieczenia wykopów, dysponuje on własnymi, specjalistycznymi szalunkami co nie generuje kosztów.

Za absurdalny należy uznać argument Odwoływającego, dotyczący braku przedstawienia dowodów dotyczących kosztów rezerwowych. Jak już uprzednio wskazano, treść wyjaśnień jest determinowana treścią wezwania Zamawiającego. Po drugie wyjaśnienia nie wymagają tak nadmiernego formalizmu, na jaki wskazuje Odwoływający. Nie ma obowiązku przedstawiania dowodów co do każdego elementu wyjaśnień ceny oferty, tym bardziej jeżeli uzyskanie takich dowodów jest niemożliwe lub mocno utrudnione. Powyższe potwierdził Zamawiający w piśmie z dnia 3 sierpnia 2020 r. wskazując na realność wysokości kosztów rezerwowych, co do których nie ma potrzeby wzywania o dalsze wyjaśnienia.

Należy zatem uznać, że zarzuty Odwoływającego nie mają odzwierciedlenia w okolicznościach sprawy i stanowią jego wyłącznie jego własną interpretację wyjaśnień złożonych przez Przystępującego. Odwoływający swoją argumentację opiera wyłącznie o minimalne różnice w treści kolejnych wyjaśnień przedstawianych przez Przystępującego, nie biorąc przy tym pod uwagę faktu aktualizacji dalszych kolejnych wyjaśnień co było związane z upływem dłuższego czasu oraz wpływu epidemii COVID-19 na wahania cen, To ostatnie jest o tyle istotne, że pierwsze wyjaśnienia były przedstawione 10 lutego 2020 r. podczas gdy kolejne na przełomie czerwca i lipca. Ponadto, na podstawie wyroku KIO z dnia 25 lutego 2020 r. (sygn. akt: KIO 263/20) Przystępujący przypomina, że: „Kalkulacja ceny

jest sprawą indywidualną każdego z wykonawców, co przesądza iż stawki dla każdego z wykonawców mogą być zróżnicowane".

Ponadto, w treści odwołania Odwołujący podnosi, że wartość oferty uznanej za najkorzystniejszą stanowi odpowiednio niespełna 64% wartości zamówienia oszacowanej przez Zamawiającego i 67% średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Jedynie na marginesie Przystępujący podkreśla, że cena oferty Odwołującego plasuje się na podobnym poziomie co cena oferty Przystępującego (70% kwoty, jaka Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia). W związku z powyższym idąc tokiem rozumowania Odwołującego, również jego ofertę należałoby uznać za zawierającą rażąco niską cenę, ponieważ jej wartość również znacznie odbiega od wartości pozostałych ofert. W świetle powyższego, nie ulega wątpliwości, że twierdzenia Odwołującego są bezpodstawne i gołosłowne, a Przystępujący należycie wykazał w swoich wyjaśnieniach, że zaofferowana cena nie nosi znamion rażąco niskiej. Abstrahując od powyższego, należy zauważyć, że jeśli Zamawiający powziąłby wątpliwości, to powinien skierować do Przystępującego kolejne wezwanie w zakresie ceny oferty, co potwierdza ugruntowane w tym zakresie stanowisko wyrażane w orzecznictwie KIO (np. w wyroku KIO z 27 lutego 2018 r., KIO 266/18).

2. Bezzasadność zarzutu sprzeczności oferty Drobud z SIWZ

Oderwane od rzeczywistości jest również twierdzenie Odwołującego dotyczące rzekomego braku klimatyzatora w wyposażeniu kontenera tj. „Oznacza to, iż DROBUD zwracając się o wycenę dostawy kontenera wraz z zestawem hydroforowym celowo pominął ten drogi element wyposażenia. Powyższe świadczy wprost, iż zamiarem firmy DROBUD jest realizacja przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od założeń projektowych a tym samym w sposób sprzeczny z opisem zawartym w SIWZ.”.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego klimatyzator został ujęty w wyposażeniu kontenera. Twierdzenie Odwołującego, aby treść oferty firmy HYDRO-VACUUM zaprzeczała twierdzeniom Drobud stanowi zbyt daleko idącą nadinterpretację powyższych dokumentów.

Przystępujący wskazuje, że klimatyzator jest ujęty w wycenie, koszt takiego urządzenia to wartość do 2000 zł /Przykładowy link z ofertą cenową klimatyzatora:[https://www.iriediaexpert.pl/aRd-male/do-domu/klimatyzatorv-scienne/klimatvzator-split-beko-bivoi-120-zestaw?pxlid=£AlalQobChMI uDT0YX 6RIV10J3Ch3JGg8Z£AYYA vABERLKY D BwE&Eclsrc=aw.ds./](https://www.iriediaexpert.pl/aRd-male/do-domu/klimatyzatorv-scienne/klimatvzator-split-beko-bivoi-120-zestaw?pxlid=£AlalQobChMI uDT0YX 6RIV10J3Ch3JGg8Z£AYYA vABERLKY D BwE&Eclsrc=aw.ds/) Powyższe potwierdził Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie z dnia 3 sierpnia 2020 r, wskazując, że nie miał podstaw aby poddać pod wątpliwość oświadczenie Przystępującego złożone

w wyjaśnieniach z dnia 7 lipca 2020 r., z których jednoznacznie wynikało, że klimatyzator został ujęty w ofercie.

W związku z powyższym brak jest podstaw do przyjęcia, aby oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu z Postępowania, ponieważ nie zostało wykazane przez Odwołującego, aby oferta nie uwzględniała wymaganego klimatyzatora. Jedynie na marginesie Przystępujący przywołuje wyrok z dnia 30 stycznia 2020 r. (sygn. akt: KIO 82/20), w którym Izba orzekła, że: „o ile w przypadku wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu ciężar dowodu, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp spoczywa na wykonawcy, to w przypadku czynności odrzucenia jego oferty obowiązek wykazania okoliczności związanych z tym, że oferta podlega odrzuceniu spoczywa na Zamawiającemu. Wobec tego zasadnym jest twierdzenie, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu ofert szczegółowo i konkretnie wskazać i opisać wszystkie przyczyny na podstawie których uznał, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu”.

3. Bezzasadność zarzutu popełnienia przez Drobud czynu nieuczciwej konkurencji

Za absurdalne należy również uznać zarzucanie popełnienia przez Drobud czynu nieuczciwej konkurencji, polegającego na dokonaniu obliczenia ceny z pominięciem zasad jej kalkulacji i sposobu rozliczania wynagrodzenia opisanego w SIWZ. Fakt ujęcia pewnych kosztów w innych pozycjach niż przewidziane w formularzu cenowym stanowi dopuszczalne uprawnienie wykonawcy i w żaden sposób nie może być uznany za niezgodność z SIWZ. Powyższe nie wpływa na ostateczną cenę całkowitą oferty. Tym bardziej nie można uznać dokonania takiego działania za czyn nieuczciwej konkurencji. Powyższe potwierdza wyrok KIO z 13 listopada 2018 r. (sygn. akt: KIO 2210/18), w treści którego wskazano, że: „Niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ Zamawiający sprowadzał do faktu wprowadzenia w formularzu ofertowym dodatkowego elementu cenotwórczego i dopisania dodatkowej pozycji w części C.2. tj. pkt 3), który został przez Odwołującego określony jako "cena ofertowa dokumentacji projektowej". Dostrzeżenia wymaga, że niezgodność o takim charakterze rozpatrywać można jedynie jako niezgodność z wymogami formalnymi SIWZ, nie zaś merytoryczną treścią SIWZ, która powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty Wykonawcy.”.

Przystępujący podkreśla, że z uwagi na ryczałtowy charakter kwota przewieru została umieszczona w innych pozycjach Tabeli elementów scalonych i zgodnie z wcześniejszymi wyjaśnieniami znajduje się w pozycji wykonania rurociągów. Powyższe potwierdził ze szczegółami Zamawiający w Odpowiedzi na Odwołanie z dnia 3 sierpnia 2020 r. W swoim piśmie Zamawiający potwierdził również dopuszczalność modyfikacji

Formularza nr 6 stanowiącego załącznik do SIWZ i obejmującego elementy scalone, poprzez rozbudowę poszczególnych pozycji Tabeli elementów scalonych. Zamawiający podkreślił, że nie narzucił żadnych instrukcji w powyższym zakresie, ani też nie przewidział jakie byłby konsekwencje ujęcia danego elementu w pozycji innej, niż na to wskazywałaby powszechnie stosowana zasada. Zamawiający wskazał, że oczekiwał wyceny wszystkich elementów Tabeli elementów scalonych, a Drobud powyższemu obowiązkowi uczynił zadość. Zamawiający potwierdził również, że Odwołujący bezzasadnie uznał rozszerzenie ilości pozycji w Tabeli za zmianę technologii realizacji przedmiotowego zamówienia.

Wniosek Odwołującego, aby Przystępujący „poprzez swobodną i jednostronną interpretację zapisów SIWZ dopuścić się do tzw. manipulacji ceną, poprzez jej konstrukcję w sposób niezgodny z zasadami zawartymi w SIWZ” również stanowi daleko idącą nadinterpretację postanowień SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza w swoim wyrok z dnia 23 września 2019 r., KIO 1713/19, wskazała, że: „Zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy czy klienta musi mieć charakter obiektywny, tym samym dostrzegalny dla wszystkich podmiotów w tym Zamawiającego, czyli nie może być kwalifikowane jako takie zagrożenie jedynie subiektywne odczucie wykonawcy. Jednocześnie zagrożenie to musi być realne. Należy wskazać, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. są działania wykonawcy, które prowadzą do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą”. Ponadto, zgodnie z treścią wyroku z dnia 1 kwietnia 2019 r. (sygn. akt: KIO 448/19): „Za czyn nieuczciwej konkurencji nie może być uznane złożenie oferty konkurencyjnej cenowo w stosunku do pozostałych ofert, jeżeli konkurencyjność tej ceny została w sposób prawidłowy przez wykonawcę wykazana”. Z powyższego wynika, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, aby wypełnienie przez Przystępującego formularza cenowego wskazywało na niezgodność z SIWZ stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

Na marginesie Przystępujący wskazuje, że przytoczone przez Odwołującego zarzuty są o tyle kuriozalne, że przyjmując zawarte w wartości podawane przez Odwołującego należałoby dojść do wniosku, że to oferta Odwołującego nie pozwalałaby na wykonanie przedmiotowego zadania po cenach rynkowych.

Na powyższe wskazuje chociażby kwestia kosztów robocizny, które jak twierdzi Odwołujący są rynkowymi tj. kwota 5.110,00 zł brutto (co przy zatrudnieniu tylko 10 osób daje różnicę w kosztach pracy ponad 200.000 zł nie wliczając w to kosztów kadry).

Przystępujący podkreśla, że różnica w cenach oferty Przystępującego i Odwołującego to tylko ok. 192.000,00 zł netto, zatem przyjmując twierdzenia Odwołującego należałoby

dojść do wniosku, że to właśnie jego oferta przy takich wyliczeniach nie gwarantuje wykonania zadania z rentownością a wręcz potwierdza, że przyjęte koszty przekraczają przychód z inwestycji. (...)”.

W pozostałym zakresie Izba odnie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutu drugiego i trzeciego, Izba uznała, że z uwagi na ich charakter należy je rozpoznać łącznie, w konsekwencji stwierdzając, że podlegają one uwzględnieniu.

W tym zakresie, Izba z uwagi na działania Odwołującego, który dokonał krytycznej analizy w odwołaniu oraz w swoim piśmie procesowym, uzyskanych wyjaśnień i dowodów w wyniku trzykrotnych wezwań do wyjaśnień Przystępującego w zakresie ceny rażąco niskiej, musiała przeanalizować zgromadzony materiał dowodowy uzyskany od Przystępującego przez Zamawiającego.

Izba przeanalizowała m.in. koszty amortyzacji maszyn i urządzeń Przystępującego przedstawione przez Odwołującego na rozprawie, w kontekście twierdzeń Odwołującego z odwołania, że nawet przy zastosowaniu korzystnych regulacji dopuszczających jednorazowe rozliczenie, to koszty te przekraczają 10.000 PLN (a takie zostały wskazane w drugich wyjaśnieniach). W tym zakresie Odwołujący przedstawił dowód w postaci wyliczeń kosztów amortyzacji w zakresie 5 (1 - Rozściełacz masy asfaltowej Volvo - wg klasyfikacji KŚT grupa 5 podgrupa 58 maszyny do budowy nawierzchni betonowych, bitumicznych i innych (582-1), stawka: roczna 18% /Faktura z 14 lutego 2020 r. (dot. rozściełacza do asfaltu VOLVO P6820C) – 43.935, 60 PLN /; 2 - Walec drogowy AMMAN AV - wg klasyfikacji KŚT grupa 5 podgrupa 58 - walce drogowe samobieżne z napędem spalinowym i doczepne, stawka roczna 18% /Faktura z 14 lutego 2020 r. (dot. Walca drogowego AMMANN) – 9827,70 PLN/; 3 i 4 (bo 2 szt.) - zagęszczarka Wacker DPU 5545 - wg klasyfikacji KŚT grupa 5 podgrupa 58 maszyny i urządzenia do zagęszczania gruntu, stawka roczna 18% / Faktura nr 000603451 z 7 maja 2019 r. (dot. DPU 5545Hehap Zagęszczarka - 33 456,00 PLN x 2)/; 5 - Koparko-Ładowarka CAT 428F -wg klasyfikacji KŚT grupa 5 podgrupa 58 symbol KST 580 maszyny do robót ziemnych, tj.: koparki, ładowarki, pługi ciągnięte, zrywarki, spycharki, równiarki, zgarniarki, stawka roczna 20% /Faktura nr 18/09/16

S Caterpillar Financial Services Poland Sp. z o.o. (dot. koparkoładowarki) – 3 028,38 PLN/ z 11 maszyn i urządzeń (na podstawie faktur za zakup, nie brał pod uwagę faktur za ratę leasingową oraz polis ubezpieczeniowych). Zawierały informacje o maszynach i urządzeniach wymienionych w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r. Przywołano tam także dowody dołączone do tych wyjaśnień dotyczące wskazanych maszyn i urządzeń (głównie faktury zakupu, za raty leasingu oraz kopie polis ubezpieczeniowych). Wyliczenia zostały oparte o ustawę o podatku dochodowym od osób fizycznych a konkretnie art. 22 upodof (Dz.U. 2019 poz. 1387). Wykaz obowiązujących stawek określa załącznik nr 1 do ustawy dla w/w wykazu stosować należy zaś Klasyfikację Środków Trwałych (KŚT) opublikowaną w formie Rozporządzenia Rady Ministrów (Dz.U, 2016 poz. 1864). Weryfikacja tych danych Izba dokonała w oparciu o ogólnodostępny przelicznik kosztów amortyzacji tak metodą liniową /<https://kalkulatory.gofin.pl/Kalkulator-amortyzacja-metoda-liniowa,12.html/>, jak i degresywną /<https://kalkulatory.gofin.pl/Kalkulator-amortyzacja-metoda-degresywna,12.html/>. Jej efekt wskazuje na jeszcze wyższe koszty amortyzacji niż wynikające z przedstawionych wyliczeń, nawet stosując ulgę przy maszynach i urządzeniach do 10 tys. PLN (czyli nawet przy wyliczeniu z 3 /tych powyżej 10 tys./ a nie z 5 maszyn).

W dalszym zakresie, Izba stwierdza, że nie podziela stanowiska Przystępującego, co do kosztów pracodawcy i braku konieczności ich ujęcia w przedstawionych wyliczeniach w ramach wyjaśnień (drugie wyjaśnienia z 16.07.2020 r.: „nie obejmuje kosztów pracodawcy”, powtórzone w trzecich wyjaśnieniach z 06.07.2020 r.). Izba wskazuje za orzecznictwem: „(...)Do kosztów pracy poza wynagrodzeniem pracowników wlicza się m.in. składki opłacane przez pracodawcę na ubezpieczenie społeczne pracowników, koszty szkolenia zawodowego oraz inne wydatki (np. wydatki na odzież roboczą - składniki kosztów pracy zostały wskazane w Rozporządzeniu Komisji (WE) nr 1737/2005 z dnia 21.10.2005 r., Dz. U.UE L 279/11, rysunek 1). Interpretacja literalna mogłaby wskazywać, że wykonawca obowiązany jest przyjąć do ustalenia ceny tylko wartość minimalnego wynagrodzenia za pracę (aktualnie też minimalną stawkę godzinową). /tak też wyrok KIO z 27.01.2015 r., sygn. akt: KIO 47/15, sygn. akt: KIO 60/15, sygn. akt: KIO 81/15 - str. 41, wyrok KIO z 27.02.2015 r., sygn. akt: KIO 267/15, jak i wyrok KIO z 15.01.2016 r., sygn. akt: KIO 2853/15, sygn. akt: KIO 2870/15 (za wyrokiem KIO z 24.03.2016 r., sygn. akt: KIO 372/16), choć na gruncie wcześniejszego brzmienia tego przepisu/. Zaaprobowanie takiego rozumowania prowadziłoby jednak do wniosków nie do zaakceptowania na gruncie prawa pracy, mogłoby bowiem powodować, iż pracownicy de facto nie otrzymywaliby wynagrodzenia minimalnego

(z kwoty tej należałoby bowiem uiszczać również zobowiązania pracodawcy). W konsekwencji uzasadnione jest, w ocenie Izby, zastosowanie w tym wypadku wykładni systemowej (uwzględniającej zobowiązania pracodawcy wynikające z innych ustaw m.in. w przypadku zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę wykonawca będzie dodatkowo zobowiązany również do zapłaty tzw. kosztów pracodawcy, tj., części składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, którą zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (Dz. U. z 2016 r. poz. 963, ze zm. dalej: „ustawy SUS”) finansuje płatnik składek (pracodawca) i związane z zatrudnianiem pracowników) i w oparciu o dyrektywę a cohaerentia i a completudine uwzględnić koszty obowiązkowych składek, jakie ponosi pracodawca, niezależnie od formy zatrudnienia. Na taką interpretację wskazuje także art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp. /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 m.in. w zakresie wynikającym z przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, obowiązujących w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie (art. 90 ust. 1 pkt 3 Pzp)./. W zakresie ujęcia obowiązkowych składek Izba wskazuje na wyrok z 18.03.2015 r., sygn. akt: KIO 398/15, z 09.03.2015 r., sygn.. akt: KIO 346/15, czy też na wyrok z 09.02.2015 r., sygn. akt: KIO 189/15. Przy czym, przywołane zmiany w drugiej połowę 2016 r., wprowadzenie stawki godzinowej skutkują koniecznością ciągłej ewolucji orzecznictwa w zakresie niniejszej kwestii. (...). (za wyrokiem KIO z 14.06.2017 r., sygn.. akt: KIO 1074/17, wyrokiem KIO z 16.05.2018 r., sygn. akt: KIO 861/18 oraz za wyrokiem KIO z 10.02.2020 r., sygn. akt: KIO 150/20).

Jednocześnie, Izba podkreśla, że biorąc pod uwagę stanowisko wyrażone w pierwszych wyjaśnieniach z 10.02.2020 r., a w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r., ma duże wątpliwości, co nagłej zmiany liczby pracowników z 9 na 13, ale nie wyklucza, że rzeczywiście, jak twierdził Przystępujący na marcowej rozprawie (w sprawie o sygn. akt: KIO 410/20) chodziło o de facto etaty (ówczesny harmonogram złożony wraz z pismem z marca 2020 r. to nie precyzował, w odróżnieniu od przedłożonych wraz z drugimi i trzecimi wyjaśnieniami). Podobnie, kwestia de facto braku kierowników robót branżowych przy pierwszych wyjaśnieniach, względem ich pojawienia się w drugich i trzecich wyjaśnieniach możnaby w jakiś sposób wyjaśnić. Jednakże nagła zmiana i to dwukrotna wynagrodzenia ze

120 tys. PLN w pierwszych wyjaśnieniach na 75 tys. PLN w drugich wyjaśnieniach na 79.300 PLN w trzecich wyjaśnieniach nie została w żaden sposób logicznie wyjaśniona. Naturalnie Izba dostrzegła w harmonogramie przy drugich i trzecich wyjaśnieniach argument poparty harmonogramami, iż kierownicy branżowi będą zatrudnieni na pół etatu. Przy czym, w ocenie Izby, analiza całości tych przedstawionych zmian daje podstawę do stwierdzenia, że od początku Przystępujący nie uwzględnił kierowników branżowych w pierwszych wyjaśnieniach, a tak naprawdę wyliczył koszty w oparciu jedynie o 9 osób. Dopiero w skutek rozprawy marcowej i ustalenia, że Zamawiający obligatoryjnie wymagał nie mniej niż 10 osób przedstawił argumentację co do etatów (przy czym podczas marcowej rozprawy raz twierdził, że jest to 13, a raz że 15 osób, co potwierdza treść protokołu z rozprawy z 11.03.2020 r., str. 7), nagle pojawienie się kierowników branżowych, do tego z dostosowanym wynagrodzeniem w ramach pół etatu czyni całość zupełnie niewiarygodnym. Należy wskazać, że wezwanie do dodatkowych wyjaśnień nie może być podstawą do uznania, że wyjaśnienia pierwotne są niejako niebyłe, nie można je dowolnie przebudowywać i zmieniać. Podobne stanowisko Izba wyraziła w wyroku KIO 29.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2127/18: „(...)W przedstawionych wyjaśnieniach brak jest - kosztów ochrony oraz ubezpieczenia, jak i jakichkolwiek dowodów zwłaszcza co do wynagrodzenia ekspertów (mimo, że Przystępujący przyznał /okoliczność przyznana na rozprawie - art. 190 ust. 5 zd. 2 Pzp), że nie było w tym zakresie żadnych przeszkód). Ponowne wezwanie nie mogłoby prowadzić do zmiany pierwotnych wyjaśnień, ich przebudowywania i przedkładania dowodów, które nie zostały pierwotnie przedstawione (jeśli nie było żadnych przeszkód w tym zakresie, a pierwotne wezwanie wprost wzywało do ich złożenia). W konsekwencji, w przedmiotowym stanie faktycznym takie ponowne wezwanie nie jest dopuszczalne.”.

Dotyczy, to tak liczby pracowników ujętych w zaoferowanej cenie do realizacji zamówienia, jak i kosztów wynagrodzenia. Nie chodzi tu tylko o to, że wprost przyznał Przystępujący, iż nie ujął kosztów pracodawcy, czego Izba za przytoczonym orzecznictwem nie podziela, ale ciągła zmiana kosztów wynagrodzenia kadry kierowniczej, co daje podstawę do twierdzeń, że nawet zmniejszenie etatu na pół, było niewystarczające.

Odnośnie kosztów wynagrodzenia operatorów maszyn budowlanych i kierowców samochodów ciężarowych, Izba ma pewne wątpliwości, w kontekście dowodu Odwołującego, tj. Kalkulacji kosztów wynagrodzeń w oparciu o wyjaśnienia DROBUD. Jednakże, analiza przedłożonych kopii umów o prace oraz aneksów do nich (załączonych w ramach drugich wyjaśnień z 17.06.2020 r.), pracowników skierowanych do tego zadania,

potwierdza, że mają oni uprawnienia operatorów maszyn budowlanych (dwie osoby) i kierowców samochodów ciężarowych (jedna osoba), co czyni argumentację i stanowisko Przystępującego z rozprawy wiarygodnym.

Odnosnie kosztów paliwa, Izba uznała, stanowisko Przystępującego z jego pisma procesowego, jak i Zamawiającego, w kontekście zmienności cen, jak i dowodu wskazanego przez Przystępującego / Faktura Orlen Paliwa Sp. z o.o. z dnia 29.05.2020 r./ Należy także uznać, że różna praca urzędzeń jest wiarygodna, niewiarygodne byłoby, gdyby Wykonawca wykazywałby stałe zużycie paliwa i ciągłą pracę maszyn każdego dnia, z czym Izba spotkała się na kanwie innej sprawy. Przystępujący nie powoływał się także wprost na dodatkowe rabaty. Izba uznała także stanowisko Zamawiającego, że oparł się na ilości paliwa wynikającej z drugich wyjaśnień, a nie z marcowego pisma procesowego.

Względem kosztów rezerwowych, Izba nie przeczy, że mogą się w niej znajdować określone i wymienione składniki wskazane w drugich wyjaśnieniach. Izba jednakże zwraca uwagę Przystępującemu, jak i Zamawiającemu, że w wezwaniu z 12.06.2020 r. Zamawiający żądał nie tylko podania co znajduje się w kosztach pozostałych, ale wycenę tych składników, które zostały ujęte w jedną zsumowaną wartość. W zakresie tego ostatniego Przystępujący nie uczynił zadość samej treści wezwania. Podobnie, Izba odnosi się do kwestii robót tzw. „humusowania” wskazując na treść wezwania. Należało podać co znajduje się w tej pozycji. Nie było żadnego wyjątku.

W zakresie kosztów materiałów, izba podkreśla, że pierwotnie był to koszt 654.736,38 zł, po drugich wyjaśnieniach koszt 590.449,81 zł (wynika z zestawienia podstawowych materiałów zgodnie z dokumentacją projektową na podstawie złożonych ofert), a po trzecich wyjaśnieniach – zmienia się o 35 713, 43 PLN. Izba zwraca uwagę, że trzecie wezwanie z 01.07.2020 r. odnosiło się do „Zestawienia materiałów podstawowych”, a zgodnie z pkt IX .2 pkt 4 (Wynagrodzenie zawiera wszelkie koszty, w tym wynikające z dokumentacji projektowej), czyli zestawienie materiałów, ale także materiałów, tych ujętych w innych w innych częściach dokumentacji projektowej np. klimatyzator. Jeżeli więc Zamawiający w trzecim wezwaniu z 01.07.2020 r. konkretnie pyta o określony asortyment, to Wykonawca winien w tym zakresie udzielić konkretnej odpowiedzi, a nie udzielać niejednokrotnie wymijających lub też niejednoznacznych odpowiedzi.

Izba ostatecznie w tym zakresie przychyliła się do stanowiska, że z uwagi na nieudostępnienie przedmiarów, jak i wobec wynagrodzenia ryczałtowego Wykonawca mógł

nie tak szczegółowo opisać, to co wycenił w danej pozycji. Jednakże, nie można uznawać, że nie ma znaczenia zmiana kilkukrotna całościowej ceny materiałów. Wyjaśnienia służą wykazaniu realności zaoferowanej ceny, nie można ich kosztów zamieniać kilkukrotnie kolejnymi wyjaśnieniami. Nie służą one ciągłemu ich przebudowywaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie zarzutu czwartego, Izba wskazuje, że podlega on uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba zgadza się ze stanowiskiem orzecznictwa, że informacje uzyskane od Wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny mogą służyć ocenie zgodności oferty z SIWZ. Przykładowo: „*Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia.*” (wyrok KIO z 15.04.2019 r., KIO 522/19). Podobnie miało miejsce w wyroku KIO z 05.10.2017 r., sygn. akt: KIO 1938/17.

Nadto, Izba wobec twierdzeń Odwołującego z rozprawy ustaliła, że Zamawiający na str. 43 -44 projektu wykonawczego - OPIS instalacje wskazał: „**4. Pompownia p.poż. (wariant zabudowy)**

(...)Zakres techniczny oferty: (...)

- Ogrzewanie i chłodzenie: grzejnik elektryczny Q=2000W załączany od termostatu oraz klimatyzator ścienny split z funkcją grzania i chłodzenia załączany od termostatu.

UWAGA:

KOLOR ŚCIAN ZEWNĘTRZNYCH KONTENERA UZGODNIĆ Z ZAMAWIAJĄCYM NA ETAPIE ZAMÓWIENIA KONTENERA, KONTENER ZAMÓWIĆ JAKO KOMPLET Z RODZIELNIĄ NN

- Instalacja elektryczna:

Rozdzielnia dopasowana do obiektu

- *oprawa świetlówkowa 2 szt.*
- *wyłącznik 1 szt.*
- *gniazda 230V 3 szt.*
- *klimatyzator SPLIT grzanie - 2,5kW, chłodzenie 2,0kW 230V załączany od termostatu 1 szt.*
- *osuszacz powietrza 300 W 1 szt.*
- *gniazdo do agregatu 1 szt.*
- *grzejnik elektryczny Q=2000 [W] załączany od termostatu 1 szt.*

UWAGA: Instalacja elektryczna prowadzona naściennie w korytkach systemowych przeznaczonych do prowadzenia instalacji elektrycznej naściennej. (...)”.

Wynika więc z tego, że Zamawiający oczekiwał trzech niezależnych urządzeń: klimatyzatora, osuszacza i grzejnika, a nie tylko klimatyzatora z funkcją grzania i chłodzenia.

Przystępujący twierdzi, że klimatyzator był ujęty w wyposażeniu kontenera, a Zamawiający „wraz z projektowanym wyposażeniem kontenera”. Nadto, w samej ofercie został wyspecyfikowany osuszacz powietrza i grzejnik elektryczny (str. 1), co także w ocenie Przystępującego miało świadczyć, że został ujęty i wyceniony klimatyzator. Wskazano tam również – *„Powyższa oferta została przygotowana tylko i wyłącznie na podstawie danych przekazanych przez adresata”, „Wycena zawiera tylko wymienione w ofercie elementy”* (str.2).

Izba wskazuje, że istnieją daleko idące wątpliwości, czy klimatyzator został ujęty w wycenie, załączona oferta Hydro-Vacum z 01.06.2020 r. dołączona do drugich wyjaśnień z 17.06.2020 r. przeczy temu. Pewien element na który powołuje się Zamawiający i Przystępujący są zbyt nikłą podstawą, aby uznać, że klimatyzator został ujęty i wyceniony.

Nadto, brak jest klimatyzatora tak w treści oferty Instalcompact z 04.03.2020 r. (dołączonej do pisma procesowego Przystępującego z 11.03.2020 r. do rozprawy w sprawie odwołania o sygn. akt: KIO 410/20), jak i oferty HydroMarko z 04.02.2020 r. dołączonej do pierwszych wyjaśnień z 10.02.2020 r.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu piątego, Izba wskazuje, że podlega on oddaleniu.

Należy podkreślić, że zasadnie podnosił Przystępujący za orzeczeniem wyrok KIO z 23.09.2019 r., sygn. akt: KIO 1713/19, że: „Zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy czy klienta musi mieć charakter obiektywny, tym samym dostrzegalny dla wszystkich podmiotów w tym Zamawiającego, czyli nie może być kwalifikowane jako takie zagrożenie jedynie subiektywne odczucie wykonawcy. Jednocześnie zagrożenie to musi być realne. Należy wskazać, że podstawą odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. są działania wykonawcy, które prowadzą do utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcą”. Zamawiający wskazywał na postanowienia § 11 ust. 8 zdanie drugie: *„Wartość tych robót zostanie wyliczona na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę kosztorysu z uwzględnieniem parametrów o których mowa w ust. 6.”*. w kontekście § 11 ust. 6 i 7 projektu umowy i oponował przeciwko stwierdzeniu Odwołującego, że w razie

zmniejszenia zakresu przewiertów będzie miała korekta o całą pozycję /zdanie trzecie § 11 ust. 8: „W przypadku zmniejszenia zakresu robót obejmujących cały element z tabeli elementów scalonych, wynagrodzenie zostanie pomniejszone o wartość tego elementu robót.”. Stwierdził, że raczej korekta będzie dokonywana w oparciu o zasady wynikające z § 11 ust. 6 projektu umowy: „6. W przypadku konieczności wykonania zamówień dodatkowych lub wprowadzenia rozwiązań zamiennych dla ich finansowego rozliczenia zastosowane będą czynniki cenotwórcze o parametrach:

a. (R) robocizna . . . zł/r-g,

b. (KP) koszty pośrednie ... % naliczane od (R+S),

c. (Z) zysk ... % naliczane od (R) + (KpR) + (S) + (KpS).”.

Wydaje się, że stanowisko Odwołującego ma w dużej mierze charakter oceny i wynika charakteru sytuacji procesowej w jakiej się znajduje. W ocenie Izby, Zamawiający nie będzie, w takiej sytuacji, jak została nakreślona przez Odwołującego w odwołaniu, w piśmie procesowym i na rozprawie, w sposób mechaniczny odwoływał się do tabeli elementów scalonych i uregulowań § 11 ust. 5 projektu umowy: „5 Wynagrodzenie za wykonanie elementów składowych przedmiotu umowy określa tabela elementów scalonych stanowiąca załącznik do niniejszej umowy.”.

Konieczne jest również wskazanie, że rzeczywiście w pkt IX 2 ppkt 6 i 7 SIWZ znajdują się postanowienia dotyczące elementów scalonych, które pozostawiały dużą dowolność w konstrukcji takiej tabeli, a co za tym idzie w jej wypełnianiu: „6. Formularz nr 6 stanowiący załącznik do SIWZ obejmuje elementy scalone, które Wykonawca, gdy uzna to zastosowane może zmodyfikować poprzez rozbudowę pozycji Tabeli. 7. Wykonawca zobowiązany jest do wyceny wszystkich pozycji Tabeli elementów scalonych (Formularz nr 6)”. W rezultacie jeśli można było zmieniać pozycję tej tabeli, to konsekwencja wypełnienia w takiej, czy innej pozycji także nie mogła nieść tak daleko idących negatywnych konsekwencji, jak uważa Odwołujący. Izba podkreśla, że pewnego rodzaju dowolność określił Zamawiający. Niewykluczone, jak pokazała rozprawa, i jego odpowiedź na odwołanie, że był przekonany, iż w razie zmiany technologii, co mógł czynić na podstawie § 2 ust. 1 projektu umowy: „Strony przewidują możliwość wprowadzenia rozwiązań zamiennych w stosunku do rozwiązań przyjętych w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót w zakresie materiałów, parametrów technicznych i technologii wykonania robót budowlanych”, będą miały zastosowanie postanowienia § 11 ust. 6 projektu umowy. W ostateczności miał prawo do odstąpienia od umowy - § 21 ust. 1: „Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w terminie 60 dni od dnia uzyskania przez niego wiedzy o okoliczności uzasadniającej odstąpienie, w przypadku gdy:

1) Wykonawca nie przejął terenu budowy w terminie 14 dni licząc od daty terminu, o którym mowa w 4 ust. 2 umowy lub nie rozpoczął realizacji robót w terminie 14 dni od dnia przejęcia terenu budowy.

2) Wykonawca pomimo wezwania przez Zamawiającego do zaniechania naruszeń realizuje przedmiot umowy w sposób niezgodny z postanowieniami niniejszej umowy;”.

Kwestia samego przerzucania pewnych kosztów przewiertów sterowanych wymaganych przez Zamawiającego do poz. 3.2 /dotyczy przewiertów poziomych – str. 47 – projekt wykonawczy ilość 1279 m – instalacje wykonawcze - ZESTAWIENIE MATERIAŁÓW poz. 8/, a w poz. 3.7 umiejscowienie jedynie przewiertów sterowanych w zakresie przyłączy kanalizacji sanitarnej do kontenera pompowni została de facto zaakceptowana przez Zamawiającego. Informacje w tym zakresie Zamawiający otrzymał w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r. Nie było to kwestionowane, a ściśle wyjaśniane nie tylko z jakiej przyczyny, ale fakt dotyczący przewiertów w zakresie przyłączy kanalizacji sanitarnej do kontenera pomp, w wezwaniu z 01.07.2020 r. Zostało to także powtórzone w odpowiedzi na odwołanie. Odwołujący w swoim piśmie procesowym kwestionuje fakt, że będą tam jakiegokolwiek przewiertu realizowane (Rys. 39A, "Profil podłużny kanalizacji sanitarnej", Projekt Wykonawczy). Dokumentacja projektowa wykonawcza w tym zakresie nie może w tym zakresie mieć decydującego znaczenia, gdyż niewykluczone, że na tym odcinku Wykonawca uznał niejako niezależnie od niej, że będzie musiał dokonać takich przewiertów, a te ściśle wymagane umieścił z przyczyn zawartych w wyjaśnieniach z 17.06.2020 r. w poz. 3.7. Izba musiała wsiąść także pod uwagę, że kwestia ta nie była w żaden sposób podważana podczas wyjaśnień, więc albo Zamawiający zaakceptował takie działanie Przystępującego, albo wbrew stanowisku Odwołującego, takie przewiertu w tym miejscu są przewidziane.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Z uwagi na potwierdzenie się zarzutów od drugiego do czwartego, Izba uznała, jako konsekwencje tego stanu rzeczy, za potwierdzony także zarzut pierwszy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości

i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Odwołującego o zasądzenie kosztów noclegu pełnomocnika Odwołującego w kwocie 199, 20 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....