

**Sygn. akt: KIO 1904/21**

**WYROK**  
**z dnia 30 lipca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę Rokom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto Podkowa Leśna

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: G. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Robokop G. L.

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: G. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Robokop G. L. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 224 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
  - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Podkowa Leśna prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Przebudowa ul. Leśnej w Podkowie Leśnej”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13 maja 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2021/BZP 00053341.

I. W dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawca Rokom spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

- czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę: G. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Robokop G. L. (dalej także jako „wykonawca Robokop”) jako oferty najkorzystniejszej;
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Robokop, pomimo że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny i przedłożenia stosownych dowodów nie wykazał, aby było inaczej;
- zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Robokop, pomimo że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, co zostało potwierdzone w treści złożonych wyjaśnień ceny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Robokop, pomimo że zawiera rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę Robokop wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Robokop, pomimo że treść złożonych przez wykonawcę Robokop wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca przewidział realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu materiałów niezgodnych z wymaganiami SWZ, co obliguje do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania;
- odrzucenia oferty wykonawcy Robokop;
- powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu, co spowoduje wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

II. Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie, natomiast ustne stanowisko w sprawie przedstawił na rozprawie. Zarzuty podniesione przez odwołującego uznał za niezasadne i w związku z tym wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca G. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Robokop G. L. Ww. wykonawca nie stawił się na rozprawę i nie przedstawił merytorycznego stanowiska w sprawie.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Jak wynika z dokumentacji postępowania pismem z dnia 9 czerwca 2021 r. zamawiający wezwał wykonawcę Robokop, na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, do udzielenia wyjaśnień ceny oferty. W treści wezwania zamawiający wskazał między innymi konkretne zagadnienia, co do których wykonawca zobowiązany był przedstawić wyjaśnienia. Odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca Robokop udzielił pismem z dnia 16 czerwca 2021 r., do którego zostały załączone dowody w postaci faktur vat.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu błędną ocenę wyjaśnień i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Robokop. Odwołujący podniósł, że treść wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Robokop nie obala domniemania rażąco niskiej ceny. Wskazał również, że przedstawione przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie stanowią kompletnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Ponadto, zdaniem odwołującego wykonawca Robokop przewidział realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu materiałów niezgodnych z wymaganiami Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”).

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Robokop, pomimo że zawiera rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę Robokop wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

1. Odwołujący zarzucił, że składając wyjaśnienia dotyczące ceny oferty wykonawca Robokop nie złożył kosztorysu.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie wymagał przedstawienia kosztorysu w ramach oferty, jak i w ramach wyjaśnień dotyczących. W związku z powyższym okoliczność nieprzedstawienia kosztorysu w ramach oferty nie stanowi wystarczającej przesłanki uznania wyjaśnień ceny za niekompletne bądź nierzetelne.

2. Odwołujący zarzucił, że nie jest prawdziwe twierdzenie zawarte w wyjaśnieniach, że dla materiałów z pozycji 1, 3 i 4 zestawienia przedstawionego w wyjaśnieniach ceny nie uległy zmianie od ubiegłego roku (jako dowody wykonawca Robokop załączył fakturę z ubiegłego roku). Odwołujący wskazał, że ceny mas bitumicznych od końca 2020 roku uległy znaczącym podwyżkom, na co bezpośredni wpływ miał wzrost cen asfaltu. Ponadto odwołujący zauważył, że w przypadku materiałów z poz. 1, 3 i 4 nie istnieje możliwość ich magazynowania z uwagi na to, że są wytwarzane na potrzeby konkretnego zamówienia jako wbudowywany materiał.

Izba stwierdziła, że odwołujący udowodnił swoje twierdzenia dotyczące wzrostu cen mas bitumicznych – poprzez: publikację zamieszczoną na portalu Forsal.pl, a w szczególności złożone na rozprawie pismo Strabag Sp. z o.o., Biuro wytwórni MMA, wraz z załączonymi do pisma cennikami asfaltów Lotos Asfalt Sp. z o.o. (obowiązującymi od: 15.11.2020 r., 24.01.2021 r., 22.02.2021 r. oraz 14.03.2021 r.). Izba pominęła zamieszczone w treści odwołania wyciągi z: raportu Budimex oraz opracowania Polskiego Związku Pracodawców Budownictwa – z uwagi na brak danych odnośnie miejsca publikacji tych opracowań. Okoliczność przeciwna nie została natomiast udowodniona przez wykonawcę Robokop, jak również zamawiającego.

3. Odwołujący zarzucił, że wykonawca Robokop nie przedstawił żadnych dowodów ma potwierdzenie tego, że materiały budowlane wskazane pod pozycjami 2, 7, 8, 9 i 10 znajdują się na stanie jego magazynu i w związku z tym nie ponosi ryzyka wzrostu ich cen. W ocenie odwołującego nie jest wiarygodnym, aby materiał dokładnie taki jak w dokumentacji przetargowej i to wymaganych ilościach, o parametrach projektowych, był faktycznie magazynowany przez przedsiębiorcę, który zajmuje się wykonawstwem robót, a nie prowadzi działalności handlowej, jak hurtownie materiałów budowlanych.

Izba podzieliła stanowisko przedstawione przez odwołującego. Budzi poważne wątpliwości wskazywana przez wykonawcę Robokop okoliczność magazynowania przez tak długi okres czasu materiałów budowlanych, które mają posłużyć do realizacji przedmiotowego zamówienia. Za wysoce prawdopodobne należy uznać, że to zamówienie nie byłoby dla wykonawcy pierwszym wykonywanym w obecnym roku. Tymczasem przedstawione przez wykonawcę dowody w postaci faktur VAT w przypadku materiałów wskazanych pod pozycjami 2, 8 oraz 10 pochodzą z okresu listopad – grudzień 2020 r. Nie oznacza to oczywiście, że należy z pewnością wykluczyć, aby twierdzenia przedstawione przez wykonawcę Robokop były prawdziwe. Jednakże należy zgodzić się ze stanowiskiem przedstawionym przez odwołującego, że w takim przypadku mamy do czynienia z okolicznością wyjątkową, która powinna zostać udowodniona w sposób nie pozostawiający żadnych wątpliwości (np. poprzez przedstawienie wyciągów z dokumentacji magazynowej), co w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

4. Odwołujący wskazał, że wykonawca Robokop wyjaśnia obniżenie kosztów pracy powołując się na deklarowane skrócenie terminu realizacji zamówienia do 10 dni roboczych, a zdaniem odwołującego wykonanie pełnego zakresu rzeczowego robót w deklarowanym czasie nie jest możliwe. Ponadto odwołujący podniósł, że wyjaśnienie ceny w żaden sposób nie prezentuje sposobu, w jaki ustalono koszty pracy personelu wykonawcy.

Izba stwierdziła, że wykonawca Robokop nie przedstawił wystarczających wyjaśnień odnośnie sposobu ustalenia kosztów pracy, uwzględniających m.in. kwestię skrócenia terminu realizacji do 10 dni roboczych jako okoliczność skutkującą obniżeniem tych kosztów. Natomiast w treści wezwania zamawiający wymagał nie tylko przedstawienia popartych dowodami wyjaśnień w zakresie zgodności oferty z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, ale również przedstawienia informacji „jaki sposób organizacji pracy przyjął Wykonawca”. Niezależnie od powyższego, jeżeli koszty osobowe stanowią istotny element cenotwórczy (jak w przypadku tego zamówienia), sposób ustalenia ich wysokości powinien zostać przez wykonawcę wyjaśniony wyczerpująco i konkretnie, w tym poprzez przedstawienie dowodów. Podanie stawki kalkulacyjnej i łącznego kosztu robocizny stanowi informacje niewystarczające do przeprowadzenia weryfikacji prawidłowości kalkulacji. Wskazanie czasu realizacji zamówienia, bez podania informacji odnośnie czasu pracy poszczególnych członków personelu, również stanowi informację zbyt ogólną, ażeby możliwe było przeprowadzenie weryfikację zaoferowanej przez wykonawcę ceny.

5. Odwołujący zarzucił, że w zakresie wyceny pracy sprzętu wykonawca Robokop porzucił na deklaracji posiadania własnego parku maszynowego składającego się z bliżej nieokreślonych i niewykazanych w żaden sposób, kilkudziesięciu urządzeń i maszyn wysokiej wydajności, co uniemożliwia ocenę realności wyliczeń. Odwołujący podniósł, że wykonawca Robokop w żaden sposób nie zaprezentował faktycznych kosztów transportu i wpływu okoliczności, na które się w tym zakresie powołuje, na poziom obniżenia ceny.

Izba uznała stanowisko odwołującego za zasadne. Wykonawca przedstawił bardzo ogólne wyjaśnienia odnośnie pracy sprzętu, które poza podaniem ich łącznej kwoty nie zawierają żadnych konkretnych, w tym w szczególności sposobu ich ustalenia, wysokości poszczególnych kosztów składających się na tę pozycję kalkulacji - zgodnie z treścią wyjaśnień: koszty pracy maszyn i urządzeń, a także wszystkie koszty związane z transportem materiałów pochodzących z robót ziemnych i rozbiórkowych oraz dowozem nowych materiałów. Ponadto wykonawca Robokop nie udzielił odpowiedzi na konkretne pytania zadane przez zamawiającego w treści wezwania, tj. dotyczące rodzaju sprzętu oraz rodzaju i ilości środków transportu.

6. Odwołujący zarzucił, że wykonawca Robokop nie uwzględnił w ramach wyceny oferty kosztów uzgodnień i projektu czasowej organizacji ruchu.

Do kwestii tej wykonawca Robokop odniósł się w treści wyjaśnień wskazując, że w tym zakresie nie przewiduje ponoszenia żadnych kosztów uzgodnień, gdyż nie będą one potrzebne przy realizacji przedmiotu zamówienia. Z kolei zamawiający stwierdził na rozprawie, że z tego tytułu nie ponosi się żadnych opłat w starostwie. Izba uznała, że w tej sytuacji to odwołujący winien był udowodnić wysokość kosztów, jakie w powyższym zakresie obowiązany będzie ponieść wykonawca zamówienia. Nie miało to miejsca w toku postępowania i w związku z tym w odniesieniu do kosztów uzgodnień Izba uznała stanowisko odwołującego za niezasadne. Natomiast za trafne Izba uznała stanowisko odwołującego odnośnie kosztów wykonania czasowej organizacji ruchu. Jak wynika z treści SWZ (s. 4 Informacje ogólne pkt 8) zaprojektowanie i wykonanie czasowej organizacji ruchu należy do obowiązków wykonawcy zamówienia. Zamawiający wprost wskazał, że koszty wykonania czasowej organizacji ruchu nie zostały uwzględnione w przedmiarze dołączonym do dokumentacji i należy je uwzględnić przy sporządzaniu oferty. Natomiast w treści wyjaśnień wykonawcy Robokop koszty czasowej organizacji ruchu nie zostały wskazane.

7. Odwołujący zarzucił, że wykonawca Robokop pominął szereg bardzo istotnych zakresów rzeczowych zamówienia, tj. wskazanych pod następującymi pozycjami przedmiaru: 23, 27, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 37, 38, 46, 49, 50, 52, 53 oraz 55 (tabela – wyciąg z przedmiaru w treści odwołania). Odwołujący wskazał, że wykonawca Robokop nie uwzględnił w ramach wyceny i wyjaśnień podsypki cementowo-piaskowej dla całej inwestycji w ilości ponad 7 m<sup>3</sup> (pod krawężnikami, opornikami, obrzeżami, wszystkimi nawierzchniami z kostki betonowej). Odwołujący zauważył, że w zestawieniu materiałów złożonym przez wykonawcę Robokop wraz wyjaśnieniami ceny brakuje:

- krawężników ulicznych 15x30x100 cm oraz krawężników najazdowych 15x22x100 cm oraz obrzeży 8x30x100 cm (OPZ oraz pozycje przedmiarowe wskazywały na te elementy);
- oznakowania poziomego, oznakowania pionowego oraz dodatkowych dwóch znaków (pomimo załączenia w materiałach przetargowych dokumentacji w zakresie organizacji ruchu oraz zapisów w OPZ: Należy dodatkowo umieścić znak B-43 i B-44 celem domknięcia strefy 30 km/h - te dwa znaki nie zostały uwzględnione w przedmiarze robót.);
- materiałów dla robót dotyczących budowy wschodniego wlotu skrzyżowania Myśliwska — Miejska (dotyczy to pozycji przedmiarowych od 41 do 55, pomimo następującego zapisu w OPZ: *Z zakresu przebudowy wyłączona jest przebudowa skrzyżowania Myśliwska — Miejska, natomiast należy wykonać wschodni wlot tego skrzyżowania. Modyfikacja ta została uwzględniona w przedmiarze.*);
- wykonania zieleni, w tym 359,6 m<sup>2</sup> trawników (pozycje 36-38 przedmiaru);
- materiałów do wykonania poboczy (wg zapisów dokumentacji: Przewidziano nawierzchnię poboczy jako nawierzchnię z kłińca: warstwa nawierzchni - grubości 14cm z kłińca frakcji 5/20mm; podsypka - grubości 10cm, piaskowa.).

Ponadto odwołujący zarzucił, że wyjaśnienia pomijają również całkowicie kwestię zapewnienia transportu odpadów do miejsc ich wykorzystania lub utylizacji, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, łącznie z kosztami ich utylizacji jako wytwórcy wytwarzającego odpady zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska i ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Z zastrzeżeniem, że zarzuty wskazujące na brak uwzględnienia konkretnych pozycji przedmiaru (tabela w odwołaniu) częściowo pokrywają się z zarzutami przedstawionymi w formie opisowej, Izba uznała stanowisko odwołującego za zasadne w takim zakresie, w jakim odwołał się on do postanowień SWZ określających poszczególne zakresy rzeczowe zamówienia. Uwzględnienie przez wykonawcę Robokop wymienionych przez odwołującego zakresów rzeczowych (z wyjątkami, o których mowa poniżej) nie wynika natomiast z treści



wyjaśnień złożonych przez tego wykonawcę. Na podstawie art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 537 pkt 1 ustawy Pzp to na wykonawcy Robokop spoczywał ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. m.in. że uwzględnia wszystkie koszty realizacji zamówienia. Wykonawca Robokop nie podjął próby dowiedzenia tej okoliczności.

W odniesieniu do nawierzchni z kłińca 5/20 mm o grubości 14cm należy zauważyć, że w dalszej części odwołania odwołujący podnosi, że w tym zakresie wykonawca Robokop zamierza zastosować inny materiał niż wymagany przez zamawiającego. Jeżeli zaś chodzi o koszty transportu odpadów, to wydaje się koszty te zostały uwzględnione w ramach kosztów pracy sprzętu („wszystkie koszty związane z transportem materiałów pochodzących z robót ziemnych i rozbiórkowych”), jednakże ogólny charakter wyjaśnień nie pozwala na weryfikację prawidłowości kalkulacji w tym zakresie.

8. Odwołujący zarzucił, że zauważony przez wykonawcę Robokop błąd w przedmiarze robót, wbrew twierdzeniom zawartym w wyjaśnieniach ceny, nie może być uznany za okoliczność uzasadniającą niską cenę oferty tego wykonawcy, w porównaniu do oferty drugiego wykonawcy jak i szacunku zamawiającego.

Izba wskazuje, że ww. okoliczność nie ma istotnego znaczenia dla niniejszej sprawy. Jeżeli bowiem do wykonawcy zostało przez zamawiającego wystosowane wezwanie do udzielenia wyjaśnień ceny oferty, na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Natomiast ww. okoliczność mogła mieć ewentualnie znaczenie dla stwierdzenia przez zamawiającego podstawy do wystosowania ww. wezwania – co nie było kwestionowane i nie stanowi przedmiotu rozpoznania w niniejszej sprawie.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Robokop, pomimo że zawiera rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia, a złożone przez wykonawcę Robokop wyjaśnienia ceny wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Zgodnie z przepisem art. 224 ust. 5 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. W myśl przepisu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który

nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Ponadto zgodnie z przepisem art. 537 pkt 1 ustawy Pzp ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Z przepisów ustawy Pzp wynika, że w przypadku wystosowania do wykonawcy wezwania do udzielenia wyjaśnień ceny, na wykonawcy spoczywa udowodnienia, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tj. w szczególności że dokonując wyceny wykonawca uwzględnił wszystkie koszty realizacji zamówienia. Oferta podlega odrzuceniu, jeżeli wykonawca nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Podstawa do odrzucenia oferty występuje zatem między innymi w sytuacji, w której wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę nie są wystarczające konkretne, kompletne czy rzetelne. W ocenie składu orzekającego Izby taka sytuacja wystąpiła w odniesieniu do wyjaśnień ceny udzielonych przez wykonawcę Robokop. Jak wynika z przedstawionych powyżej okoliczności wyjaśnienia te mają ogólny charakter, nie zawierają szczegółowej kalkulacji. Podane przez wykonawcę zbiorcze kwoty dotyczące głównych pozycji kalkulacji ceny nie pozwalają na dokonanie weryfikacji jej prawidłowości. Wykonawca Robokop nie udzielił odpowiedzi na niektóre pytania zamawiającego postawione w wezwaniu. Załączone do wyjaśnień dowody są niewystarczające w świetle występujących wątpliwości odnośnie składowania materiałów budowlanych przez długi okres czasu. Wykonawca Robokop nie odparł zarzutów odwołującego co do nieuwzględnienia wskazanych zakresów rzeczowych.

Należy również przypomnieć, że zamawiający obowiązany jest do równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu. Oznacza to między innymi, że dokonując oceny co do wystąpienia ww. podstawy odrzucenia oferty winien kierować się treścią wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w postępowaniu, a nie opinią o wykonawcy posiadaną na podstawie okoliczności spoza postępowania. Należy również dodać, że wykonawca, który nie może wziąć udziału w rozprawie, ma możliwość przedstawienia stanowiska w sprawie poprzez pełnomocnika lub na piśmie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Robokop, pomimo że treść złożonych przez wykonawcę Robokop wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca przewidział realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu materiałów niezgodnych z wymaganiami SWZ, co oblikuje do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że złożone przez wykonawcę Robokop wyjaśnienia wskazują, że przewiduje on posłużenie się przy realizacji zamówienia materiałami, które są niezgodne z SWZ, co dotyczy następujących pozycji:

1. Materiał z kłińca o uziarnieniu 4-31,5 mm na pobocze (pozycja 10 zestawienia str. 1 wyjaśnień ceny Robokop) - w OPZ i w Dokumentacji projektowej wskazano, że to musi być nawierzchnia z kłińca 5/20 mm o grubości 14cm. Postanowienie z SWZ Opis przedmiotu zamówienia - pobocza utwardzone: podsypka piaskowa 10cm, nawierzchnia z kłińca 5/20 mm o grubości 14cm;
2. Mieszanka bitumiczna AC 16W 50/70 (pozycja 3 zestawienia str. 1 wyjaśnień ceny Robokop) - w Dokumentacji projektowej wskazano, że projektowana Kategoria Ruchu to KR3, a w zestawieniu materiałów zaoferowano wykonanie zamówienia z użyciem materiału bitumicznego na niższą kategorię ruchu KR 1-2, o mniejszej wytrzymałości na obciążenia pojazdów. Dodatkowo wyceniona mieszanka jest tańsza niż mieszanka bitumiczna przewidziana dla drogi o kategorii ruchu KR3. Postanowienie z załącznika nr 8 do SWZ - Projekt wykonawczy: Przyjęte rozwiązanie zakłada wykonanie nawierzchni drogi jak dla drogi o kategorii ruchu KR3. Zestawienie materiałów Robokop w pozycji 3 zakłada wbudowanie mas bitumicznych dla kategorii ruchu KR 1-2.

Izba uznała ww. zarzut za zasadny.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z porównania treści wyjaśnień Robokop oraz ww. postanowień SWZ wynika zaistnienie ww. podstawy do odrzucenia oferty. W treści SWZ (str. 3) zamawiający przedstawił następujące wymaganie: „*pobocza utwardzone: podsypka piaskowa 10cm, nawierzchnia z kłińca 5/20 mm o grubości 14cm.*”. Takie samo postanowienie zostało zawarte w projekcie wykonawczym (str. 7). Natomiast w treści wyjaśnień wykonawca wskazał na kliniec kwarcytowy o frakcji 4 - 31,5 mm. Wykonawca Robokop nie przedstawił stanowiska przeciwnego do stanowiska odwołującego. Ponadto na str. 4 projektu wykonawczego wskazano: „*Przyjęte rozwiązanie zakłada wykonanie nawierzchni drogi jak dla drogi o kategorii ruchu KR3*”, co zostało również potwierdzone przez zamawiającego na rozprawie. Z kolei w pkt 9 Informacji ogólnych SWZ (str. 4) zamawiający wskazał na obowiązek wykonania zamówienia zgodnie z projektami wykonawczymi. Natomiast w zestawieniu materiałów przedstawionym w ramach wyjaśnień wykonawca Robokop wskazał pod pozycją 3 mieszankę AC 16 W 50/70 (KR 1-2) w odniesieniu do pozycji 17 kosztorysu (kosztorys wykonawcy nie został złożony, natomiast pod pozycją 17 przedmiaru wskazano nawierzchnię z mieszanek mineralno-bitumicznych

grysowych – warstwa wiążąca asfaltowa – grubość po zagęszczeniu 5 cm). Wprawdzie pod pozycją 4 została również wskazana mieszanka Ac 11 S 50/70 (KR 3-4), jednakże dotyczy to pozycji 18 kosztorysu ((kosztorys wykonawcy nie został złożony, natomiast pod pozycją 18 przedmiaru wskazano nawierzchnię z mieszanek mineralno-bitumicznych grysowych – warstwa ścieralna asfaltowa – grubość po zagęszczeniu 5 cm). Z treści dokumentacji jak i stanowiska zamawiającego nie wynikało, że ww. wymaganie miało nie dotyczyć warstwy wiążącej asfaltu. Natomiast wykonawca Robokop nie zajął stanowiska w sprawie.

W świetle powyższego Izba stwierdziła, że w odniesieniu do oferty wykonawcy Robokop zaistniała również podstawa do odrzucenia wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Skład orzekający podziela prezentowany w orzecznictwie Izby pogląd, że stwierdzenie wystąpienia ww. przesłanki odrzucenia oferty może mieć miejsce na podstawie treści wyjaśnień ceny przedstawionych przez wykonawcę. Nie można bowiem zaakceptować ewentualnych odrębnych kalkulacji: jednej na potrzeby wyceny oferty i drugiej na potrzeby realizacji zamówienia. Wycena oferty musi uwzględniać zakładany sposób realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553, art. 554 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 3 pkt 1) lit. a i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....