

Sygn. akt: KIO 2139/19

WYROK

z dnia 18 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniach: 5,13,15 listopada 2019r. w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21.10.2019r. przez **odwołującego** ETP S.A. ul. Siemianowicka 5A, 41-301 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa

przy udziale przystępującego: INSTALBUD Sp. z o.o. ul. Boya-Żeleńskiego 6A, 35-105 Rzeszów zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego po stronie zamawiającego oraz nakazuje zamawiającemu ponowną ocenę oferty przystępującego po wezwaniu przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez:
 - 1.1. złożenie szczegółowej kalkulacji materiału, sprzętu oraz robocizny zgodnej z dokumentacją zamawiającego,
 - 1.2. wyjaśnienie czy wykonanie zamówienia powierzy podwykonawcy.
2. Kosztami postępowania obciąża Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ETP S.A. ul. Siemianowicka 5A, 41-301 Katowice tytułem wpisu od odwołania
 - 2.1. zasądza od Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. Plac Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa kwotę 24.365 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) na rzecz ETP S.A. ul. Siemianowicka 5A, 41-301 Katowice stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i kosztu dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Wstęp uzasadnienia z prezentacją pisemnych stanowisk stron i uczestnika

Odwołanie

Działając w imieniu ETP S.A. zwany dalej „Odwołującym” lub „ETP”, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwany dalej „Pzp”:

1. wniesiono odwołanie wobec czynności Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawie S.A. (zwany dalej „Zamawiającym” lub „MPWiK”), polegających na:

1.1. czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty i wybraniu oferty złożonej przez Instalbud sp. z o.o. zwany dalej „Instalbud” lub „Przystępującym”,

1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Instalbud jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,

1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty Instalbud jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej „siwz”,

1.4. ewentualnie wobec pkt 1.2 zaniechaniu wezwania Instalbud do złożenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu,

1.5. ewentualnie wobec pkt 1.3 zaniechaniu wezwania Instalbud do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, tj. dotyczących treści ofert w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,

2. zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

2.1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 90 ust. 2 i 3 Pzp przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień Instalbud złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 2 i 3 Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt,

2.2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Instalbud jako oferty niezgodnej z treścią siwz,

2.3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,

2.4. ewentualnie wobec zarzutu z pkt 2.1 art. 90 ust. 1-3 Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej zaofiarowana cenę lub koszt w taki sposób, aby możliwa była ocena tychże wyjaśnień,

2.5. ewentualnie wobec zarzutu z pkt 2.2 art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,

2.6. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania stron,

3. z uwagi na powyższe zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

3.1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty,

3.2. przeprowadzenie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez Instalbud jako zawierającej niską cenę oraz sprzeczną z treścią siwz,

3.3. ewentualnie wobec pkt 3.2 wezwania Instalbud do złożenia kolejnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oraz wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczących sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,

3.4. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

3.5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków,

4. ponadto wskazuję, że:

4.1. przedmiotem Zamówienia są roboty budowlane (CPV 45200000),

4.2. ogłoszenie o Zamówieniu ukazało się w Dz. U. UE z dnia 03.06.2019 r., pod numerem 2019/S 105-257213.

[warunki formalne odwołania]

1. O naruszeniu przepisów prawa Odwołujący dowiedział się dnia 11.10.2019 r., kiedy to Zamawiający powiadomił go o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Instalbud jako najkorzystniejszej.

2. Wartość Zamówienia przekracza wartość, od której uzależniony jest obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

3. Mając na uwadze powyższe od dnia 11.10.2019 r. rozpoczyna się bieg 10 - dniowego terminu do złożenia odwołania, określony w art. 182 ust. 1 pkt 1) Pzp, który upływa dnia 21.10.2019 r.

4. Niniejsze odwołanie składane jest zatem w przepisany terminie.

5. Wpis od odwołania, w kwocie stosownej do dyspozycji § 1 ust. 2 pkt 2)

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz zasad pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z dnia 17 marca 2010 r., nr 41, poz. 238), został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

6. Odwołujący, zgodnie z treścią art. 180 ust. 5 Pzp, przesłał kopię odwołania do Zamawiającego dnia 21.10.2019 r.

[interes w korzystaniu ze środka ochrony prawnej]

7. Odwołujący posiada w niniejszej sprawie interes w złożeniu środka ochrony prawnej przewidzianego w art. 180 i nast. Pzp. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, środki ochrony prawnej określone w dziale VI Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

8. Oferta Odwołującego jest drugą najkorzystniejszą ofertą złożoną w postępowaniu, po ofercie Instalbud. W ocenie Odwołującego, wykonawca ten powinien zostać wykluczony, a jego oferta podlegać odrzuceniu. W tej sytuacji ofertą najkorzystniejszą byłaby oferta Odwołującego.

9. Nieuwzględnienie odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego spowoduje poniesienie przez Odwołującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania poprzez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi szkodę Odwołującego uzasadniającą złożenie odwołania.

[zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny]

10. W ocenie Odwołującego zaoferowana przez Instalbud cena jest ceną rażąco niską i zawiera rażąco niski koszt, a mianowicie koszt odtworzenia nawierzchni.

11. Co istotne, w tej sprawie Zamawiający pismem z dnia 12.08.2019 r. już wzywał Instalbud do złożenia wyjaśnień odnośnie zaoferowanej ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. To, w połączeniu z art. 90 ust. 2 Pzp oznacza, że wezwany wykonawca miał obowiązek wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

12. Wskazać w tym miejscu należy, że zastosowanie procedury z art. 90 ust. 1 Pzp (co miało miejsce w niniejszej sprawie), tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy.

13. Powstanie tego domniemania skutkuje tym, że wykonawca (Instalbud) wezwany do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp jeżeli chce je obalić musi wykazać, iż zaofferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. W tym też celu wykonawca musi złożyć takie wyjaśnienia, które jednoznacznie wykażą, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę oraz załączyć potwierdzające to dowody. Stąd też w orzecznictwie utrwalił się już jednolity w tym zakresie pogląd, że owe wyjaśnienia muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. Pogląd taki nie tylko, że jest cały czas aktualny, ale wręcz został istotnie wzmocniony nowym brzmieniem art. 90 ust. 2 Pzp.

14. Przykładowo wskazać można następujące orzeczenia:

- wyrok KIO z dnia 12.10.2009 r. (KIO/UZP 1415/09) stwierdzający „wystąpienie do wykonawcy w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych o wyjaśnienie elementów mających wpływ na wysokość ceny stanowi domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy, który w złożonych wyjaśnieniach winien wykazać, że możliwe i realne jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną przez siebie cenę”,

wyrok KIO z dnia 17.03.2009 r., w którym KIO (KIO/UZP 262/09), stwierdziło, iż: „Skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez odwołującego, wyroku z dnia 05.01.2007 r. sygn. V Ca 2214/06, tj. że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaofferowania przez wzywanego wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca przez swoje wyjaśnienia domniemania tego nie obalił.”, wyrok KIO z dnia 23.05.2019 r. (KIO 840/19), zgodnie z którym „jeżeli cena oferta wzbudziła wątpliwości Zamawiającego, to wykonawca jest zobowiązany wykazać, że rzetelnie skalkulował cenę w odniesieniu do konkretnego przedmiotu zamówienia. Także w sytuacji, gdy wysokość ceny nie wynika z nadzwyczajnych okoliczności, na wykonawcy spoczywa obowiązek szczegółowego wyjaśnienia, w jaki sposób ją skalkulował i co w niej uwzględnił.”,

- wyrok KIO z dnia 17.06.2019 r. (KIO 992/19), w którym Izba wskazała m.in., że „celem postępowania wyjaśniającego sposób kalkulacji ceny jest ustalenie faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawcę cena jest realna, wiarygodna i zapewnia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia - procedura wyjaśniająca musi zmierzać do klarownego wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny oferty, a także wątpliwych jej kosztów. Zaś wyjaśnienia wykonawcy powinny zawierać jednoznaczne informacje, przekładające się na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, co powinno zostać poparte adekwatnymi i wiarygodnymi dowodami (art. 90 ust. 2 p.z.p.), ponieważ brak udowodnienia realności cen skutkuje odrzuceniem oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.”,

- identyczne stanowisko prezentują również sądy okręgowe, a najbardziej reprezentatywny jest tu wyrok SO w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., który to również wskazuje na konieczność złożenia skonkretyzowanych i jednoznacznych wyjaśnień odnoszących się do przedmiotu zamówienia (wyrok SO w Warszawie z dnia 05.01.2007 r., (sygn. akt: V Ca 2214/06), podobnie wyrok SO w Warszawie z dnia 13.02.2014 r. (sygn. akt: V Ca 3765/13), a dotyczący wyroku KIO z dnia 22.10.2013r., (KIO 2354/13) i wyrok SO w Warszawie z dnia 17.02.2014 r., (sygn. akt: V Ca 3547/13), a dotyczący wyroku KIO z dnia 07.10.2013 r., (KIO 2216/13 i KIO 2221/13)).

15. Zauważyć także należy, że utrwalono się również w orzecznictwie stanowisko, że domniemanie rażąco niskiej ceny powoduje dla wykonawcy taki skutek, że musi on je obalić w wyjaśnieniach składanych zamawiającemu w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. w ramach procedury oceny ofert.

16. W konsekwencji w razie złożenia odwołania na ewentualny wybór podmiotu wcześniej wezwanego do wyjaśnień ocenie podlegać powinno to, czy zamawiający dysponując takimi, a nie innymi wyjaśnieniami i potwierdzającymi je dowodami prawidłowo je ocenił i wybrał ofertę danego wykonawcy.

17. Podkreślenia wymaga także to, że sam brak wyjaśnień lub ich niewystarczająca jakość (np. zbyt ogólnikowość) jak i brak dowodów stanowi podstawę do uznania, że spełniona została przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp jak i na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. W tym zakresie mamy do czynienia ze zbiegiem norm prawnych. Wskazuje na to także utrwalone już orzecznictwo KIO. Przykładowo w wyroku z dnia 03.04.2013 r., KIO trafnie wskazało, że: „Sam brak wyjaśnień lub niewystarczające uzasadnienie wysokości ceny wpisują się również w treść hipotezy normy prawnej art. 89 ust 1 pkt 4 p.z.p.” (tak wyrok KIO z dnia 03.04.2013r., KIO 664/13).

18. Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszego postępowania, stwierdzić należy, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie, pismem z dnia 19.08.2019 r. Instalbud

przedłożył bardzo ogólne wyjaśnienia okoliczności (w tym ogólnikowe wyjaśnienia odnośnie doświadczenia wykonawcy i jego zasobów sprzętowych), kalkulację ceny oraz oferty kilku podwykonawców. Kolejnym pismem Zamawiający wezwał Instalbud do złożenia wyjaśnień uzupełniających, czy złożona oferta uwzględnia cały zakres zamówienia, w tym zakres zmodyfikowany w ramach odpowiedzi na pytania do siwz. Pismem z dnia 2.09.2019 r. Instalbud potwierdził, że jego oferta obejmuje cały zakres zamówienia oraz przedłożył zmodyfikowaną kalkulację wg schematu Zamawiającego.

19. W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia Instalbud są niewystarczające, aby uznać, że cena tego wykonawcy nie jest ceną rażąco niską z następujących przyczyn.

20. Po pierwsze, Instalbud w swoich pismach w żaden sposób nie wyjaśnił, w jaki sposób oraz przy uwzględnieniu jakich czynników i okoliczności wyliczył wysokość zaoferowanego wynagrodzenia, które było o ponad 30% niższe od przewidzianej przez Zamawiającego wartości zamówienia.

21. W wyjaśnieniach z dnia 19.08.2019 r. Instalbud przedłożył bowiem wyłącznie kalkulację, w której rozbił cenę ofertową na części składowe (za poszczególne elementy zamówienia składające się na całość zamówienia), nie wskazał jednak w żaden sposób, jak poszczególne ceny składowe oraz cena łączna zostały ustalone.

22. Należy w tym miejscu podkreślić, że wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ust. 1 Pzp mają na celu jednoznaczne wykazanie, że zaoferowana cena lub koszt zostały skalkulowane na rzeczywistym poziomie, tj. uwzględniającym wszystkie koszty niezbędne dla realizacji zamówienia, w tym m.in. koszty bezpośrednie (wraz z ich wskazaniem i szczegółowym wyliczeniem), pośrednie, ogólne, rezerwy oraz marżę.

23. Tymczasem Instalbud zamiast wyjaśnić zaoferowaną cenę dokonał jedynie jej „rozbicia”, co w żaden sposób nie jest wyjaśnieniem ceny, a jedynie podziałem ceny jako całości, na ceny za poszczególne elementy przedmiotu zamówienia. Tymczasem wyjaśnienia to w jaki sposób skalkulowaną zaoferowaną cenę, tzn. jakie koszty i w jakiej wysokości ją determinują.

24. Na marginesie, gdyby przyjąć, że podział ceny na poszczególne elementy (części) stanowi wyjaśnienie jej wysokości wówczas można by dojść do absurdalnego wręcz wniosku, że nigdy nie byłoby potrzeby wyjaśniania ceny kosztorysowej, ta bowiem jest już z istoty rzeczy podzielona.

25. Skoro zaś Instalbud, poza podzieleniem ceny ryczałtowej, nie złożył praktycznie żadnych dalszych wyjaśnień co do sposobu ustalenia ceny, wyjaśnienia te uznać należy za niewystarczające.

26. Oceny wyjaśnień nie mogą również zmienić załączone do pisma z dnia 19.08.2019 r. oferty podwykonawców na realizację elementów zamówienia, tym bardziej, że oferty te nie odpowiadają wszystkim wymogom Zamawiającego sformułowanym w dokumentacji technicznej. Szczegółowa argumentacja dotycząca stwierdzonych rozbieżności zostanie przedstawiona w dalszej części odwołania, jednakże nie może być ona odczytywana w oderwaniu od zarzutu rażąco niskiej ceny. Wszelkie braki i rozbieżności z dokumentacją Zamawiającego w ofertach podwykonawców prowadzi do powstania braków i rozbieżności w ofercie wykonawcy. Skoro zaś Instalbud nie uwzględnił chociażby wszystkich zakresów odtworzenia nawierzchni, zaoferowana przez niego cena nie może być uznana za inną cenę niż rażąco niską.

27. Odnosząc się do przekazanych ofert, można zauważyć, że Instalbud przedłożył następujące oferty, nie pokrywające w całości przedmiotu zamówienia:

- oferta HTI BP sp. z o.o. sp. k. na kwotę 807.458,89 zł brutto,
- oferta Instal-Nika sp. z o.o. sp. k. na kwotę 4.174.277,00 zł brutto,
- oferta P.V. Prefabet Kluczbork S.A. na kwotę 356.967,96 zł brutto,
- oferta Rurex sp. z o.o. na kwotę 749.251,20 zł brutto,
- oferta Nadolles sp. z o.o. na wykonanie mikrotunellingu.

28. Przede wszystkim należy wskazać, że łączna wartość przedłożonych wraz z wyjaśnieniami ofert podwykonawców wynosi około 6 milionów złotych, podczas gdy łączna cena zaoferowana przez Instalbud wynosi 17.687.400,00 zł. Widocznym jest zatem, że nawet gdyby oferty te uznać za należyte i niezawierające rażąco niskiej ceny, ich łączna wartość (około 1/3 wartości ceny ofertowej) jest zbyt niska, aby wytłumaczyć na ich podstawie sposób ustalenia ceny ofertowej. Tym bardziej, że oprócz przedłożenia tych ofert, Instalbud nie odnosi się do nich w żaden sposób.

29. Zauważyć można, analizując zarówno kalkulację jak i oferty podwykonawców że Instalbud na wyjaśnienie największej części składowej ceny, tj. kosztów odtworzenia nawierzchni, stanowiącej około 1/4 całości wynagrodzenia, przedłożył wyłącznie ofertę podwykonawcy sporządzoną i podpisaną przez kierownika robót (gdy zgodnie z doświadczeniem posiadanym przez Odwołującego, kierownicy robót w spółkach nie są co do zasady odpowiedzialni ani za wycenianie ofert ani tym bardziej za ich podpisywanie). Co istotne, oferta ta nie jest ani całkowicie zbieżna z kosztorysem Instalbudu ani nie jest zbieżna z dokumentacją techniczną Zamawiającego, gdyż nie obejmuje wszystkich zakresów odtworzenia nawierzchni, a dla części uwzględnionych zakresów przewiduje inny niż

wymagany sposób odtworzenia. Wskazać w tym miejscu należy, że różnica pomiędzy wynagrodzeniem z tytułu odtworzenia nawierzchni zaoferowanym przez Instalbud (łącznie kwota 4.323.761,20 zł) a wynagrodzeniem zaoferowanym przez podwykonawcę (łącznie kwota 4.174.277,00 zł) jest zbyt niska, aby mogły się w niej zawierać zakresy pominięte przez podwykonawcę (o czym bardziej szczegółowo w dalszej części uzasadnienia).

30. Ponadto należy stwierdzić, że nie można uznać za wyjaśnienie ceny ofertowej, kiedy wykonawca - zamiast przedłożyć własną kalkulację i wyjaśnienia, w jaki sposób wyliczył daną kwotę - de facto zastępuje własną ofertę ofertą podmiotu trzeciego, bez żadnego dodatkowego wyjaśnienia. Przyjęcie takiego zachowania wykonawcy doprowadziłoby do sytuacji, że wykonawca wezwany do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, zamiast faktycznie wyjaśniać sposób kalkulacji, przedkładałby ofertę uzyskaną od podmiotu trzeciego, na przyjętym przez siebie w ofercie do zamawiającego poziomie.

31. W tym miejscu warto zauważyć, że ustosunkowując się do zarzutu rażąco niskiej ceny, wykonawca obowiązany jest nie tylko wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Jeżeli bowiem wykonawca zamierza realizować część zamówienia za pomocą podwykonawców, to również oferty tychże podwykonawców nie mogą zawierać ceny rażąco niskiej.

32. Należy przy tym wskazać, że oczywiście także konieczne jest złożenie ofert podwykonawców, aby wykazać realność (rynkowość) ceny, niemniej samo to nie jest wystarczające (tak jak i same oferty nie są wystarczające). Prawidłowo skonstruowane wyjaśnienia, w takim przypadku jak niniejszy (czyli posługiwania się w realizacji zamówienia podwykonawcami), muszą zawierać wyjaśnienia poszczególnych pozycji kosztowych jak i oferty podwykonawców, tylko bowiem to połączenie weryfikuje realnie zaoferowaną cenę.

33. Ponadto należy zauważyć, że w złożonych wyjaśnieniach Instalbud powołał się na szereg okoliczności, które w jego ocenie winny wyjaśniać poziom zaoferowanej przez niego ceny, takie jak realizowanie innego zamówienia podobnego typu (w tym zamówienia realizowanego w Warszawie) czy posiadanie własnej bazy sprzętu czy pojazdów. Co jednak istotne, wykonawca ten nie potwierdził w żaden sposób prawdziwości swoich twierdzeń.

34. W ocenie Odwołującego, w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp przedstawia kalkulację ceny polegającą wyłącznie na rozbięciu ceny łącznej na poszczególne jej składowe, oferty podwykonawców na część przedmiotu zamówienia oraz ogólne, gołosłowne informacje, niepoparte żadnymi dowodami, to takie wyjaśnienia nie mogą zostać uznane - jak uczynił to Zamawiający - za należyte.

35. Co więcej, Instalbud w zakresie najwyższej ceny jednostkowej, tj. ceny za odtworzenie nawierzchni, w miejsce wyjaśnień przedłożył wyłącznie ofertę swojego podwykonawcy, która częściowo różni się kwotowo od oferty wykonawcy (za część zadań oferta Instalbud jest niższa, a za część wyższa). Co więcej, przedłożona oferta podwykonawcy nie uwzględnia wszystkich koniecznych zakresów, zaś dla części zakresów przewiduje inny sposób wykonania robót niż przewidziany przez Zamawiającego (o czym bardziej szczegółowo w dalszej części odwołania). Skoro zatem Instalbud przyjął za podstawę swojej ceny ofertowej cenę zaproponowaną przez podwykonawcę na warunkach wynikających z oferty podwykonawcy, a jednocześnie nie wykazał w żaden sposób, że podana cena jest ceną rynkową, zaoferowane wynagrodzenie wykonawcy uznać należy za rażąco zaniżone.

36. Uzupełniająco należy wskazać, że Instalbud miał dwukrotnie możliwość złożenia wyjaśnień zaoferowanej ceny, jednakże w żadnym ze złożonych pism nie podał spoczywającemu na nim ciężarowi dowodowemu i nie wyjaśnił w sposób wystarczający, że jego cena nie jest ceną rażąco niską. Z tego względu, w ocenie Odwołującego, nie ma konieczności ponownego wzywania Instalbud do wyjaśnień w tym zakresie. Tym bardziej, że jako podmiot profesjonalnie działający na rynku budowlanym i posiadający znaczne doświadczenie (co wynika z twierdzeń samego wykonawcy), Instalbud powinien wiedzieć, w jaki sposób należy złożyć wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1-3 Pzp. Skoro jednak odpowiednich wyjaśnień nie złożył, winno to zostać uznane za podstawę do odrzucenia oferty. Tym bardziej, że postępowanie wyjaśniające nie powinno być nadmiernie wydłużane.

37. Z szeroko pojętej ostrożności Odwołujący jednak wskazuje, że na wypadek nie podzielenia powyższego stanowiska przez KIO, Zamawiający powinien ewentualnie zostać zobligowany do ponownego wezwania Instalbud do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny.

[niezgodność oferty z treścią siwz]

38. Ponadto Odwołujący wskazuje, że oferta złożona przez Instalbud jest niezgodna z siwz, a w szczególności z dokumentacją projektową udostępnioną przez Zamawiającego.

39. Należy bowiem wskazać, że w uzupełnieniu swojej oferty, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Instalbud przedłożył oferty podwykonawców, za pomocą których zamierza zrealizować część zamówienia. Sposób (czy materiały) realizacji części przedmiotu zamówienia wskazany przez podwykonawców został zaakceptowany przez Instalbud (gdyż w przeciwnym wypadku nie przedłożyłby przedmiotowych ofert) i znalazł odzwierciedlenie w ofercie złożonej Zamawiającemu.

40. W konsekwencji powyższego, skoro oferty podwykonawców niezgodne są z dokumentacją techniczną udostępnioną przez Zamawiającego, to tym bardziej niezgodna z siwz jest oferta Instalbud, która obejmuje swoim zakresem te oferty.

41. Odnosząc się do poszczególnych niezgodności oferty Instaibud i ofert jego podwykonawców z siwz, a zwłaszcza z dokumentacją przetargową, należy wskazać co następuje.

[odtworzenie nawierzchni]

42. Do wyjaśnień z dnia 19.08.2019 r. Instalbud załączył ofertę otrzymaną od Instal- Nika sp. z o.o. sp. k. na wykonanie odtworzeń nawierzchni. Zgodnie z tabelą sporządzoną przez podwykonawcę, drogi asfaltowe winny zostać odtworzone zgodnie z decyzją nr UD-II-WIR.7230.355.2018.ABA z dnia 30.03.2018 r.

43. Co jednak istotne, w ofercie tej brak jest informacji co do sposobu odtworzenia nawierzchni ul. Modlińskiej głównej na odcinku 175,6 m.

44. Zgodnie bowiem z „Projektem budowlano-wykonawczym - Odtworzenie nawierzchni w ulicy Modlińskiej” oraz dokumentem nr ZDM-ZUWD/G-AOR-5541- 812-2-12 ulica Modlińska, wchodząca w skład zadania 1.1.3 oraz 1.1.4 została podzielona na dwie części - część główną i część techniczną, które mają różną konstrukcję nawierzchni. W konsekwencji, główna część ulicy winna zostać odtworzona z zastosowaniem innych warstw konstrukcyjnych niż część techniczna.

45. Co istotne, powyższe rozróżnienie części ulicy Modlińskiej nie znalazło odzwierciedlenia w załączonej do wyjaśnień oferty podwykonawcy, w konsekwencji czego cała ulica Modlińska miałaby zostać odtworzona w sposób zgodny z konstrukcją wyłącznie odcinka technicznego. Z tego względu należy stwierdzić, że Instalbud, akceptując ofertę podwykonawcy w takim brzmieniu jak załączona do wyjaśnień (a wobec braku jakiegokolwiek stanowiska wykonawcy należy brak takich zastrzeżeń przyjąć), akceptuje wykonanie odtworzenia nawierzchni części głównej ulicy Modlińskiej w sposób odmienny od przewidzianego w dokumentacji projektowej.

46. Ponadto, oferta nie uwzględnia dla zadania 1.1.4 odtworzenia nawierzchni w ul. Przyrzecze na odcinku od ul. Modlińskiej do ul. Łącznej po wykonaniu planowanej kanalizacji DN 200 na odcinku około 206 mb, co zgodnie z pkt 2.1 Opisu przedmiotu zamówienia należało do zakresu tego zadania. Także rysunki wchodzące w skład „Projektu budowlano-wykonawczego sieci kanalizacyjnej DN160 L=587,0 m, DN200, DN250 L= 1476,5 w ul. Modlińskiej, ul. Gąsiorowskiej, ul. Przyrzecze, ul. Głównej na odcinku ul. Jędrzejewskiego - ul. Ciechanowska w Warszawie - Dzielnica Białołęka (Warszawa, lipiec 2016)” oraz projektu

„Odtworzenie nawierzchni ul. Modlińskiej, ul. Gąsiorowskiej, ul. Głównej, ul. Przyrzecze w Warszawie - Dzielnica Białołęka" potwierdzają konieczność odtworzenia na ww. odcinku nawierzchni asfaltowej, chodników, zjazdów, zieleni oraz odtworzenia przystanku autobusowego.

47. W dalszej kolejności należy wskazać, że w ofercie dla zadania 1.1.5. została przyjęta błędna ilość robót odtworzeniowych na odcinku ul. Przyrzecze - od ul. Łanowej - do dz.ew. 73/1 obr. 4-01-26. Wykonawca przyjął bowiem odtworzenie nawierzchni na powierzchni 280 m² (56,00 mb x 5 m szerokości), tj. tylko w obrębie samego wykopu. W „Projekcie odtworzenia nawierzchni ulic po budowie kanału na terenie osiedla Buków w Warszawie w zakresie ulic: Przyrzecze, Landwarowska, Główna, Mielnicka, Sortowa, Mławska, Szawelska" przewidziano natomiast odtworzenie nawierzchni zarówno w obrębie wykopu jak i na całym skrzyżowaniu, tj. na łącznej powierzchni 548 m².

48. Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, wykonawca w zakresie zadania 1.1.5. nie ujął odtworzenia całych powierzchni skrzyżowań dla ulic Landwarowskiej, Głównej, Sortowej, Mielnickiej, Mławskiej, Szawelskiej, dla których wykonawca przewidział odtworzenie nawierzchni 5.775,00 m² oraz ul. Przyrzecze (wykonawca planuje odtworzyć nawierzchnię o powierzchni 280 m²), tj. łącznie przyjął odtworzenie nawierzchni na 6.050,00 m². Jednocześnie jednak, zgodnie z „Projektem odtworzenia nawierzchni ulic po budowie kanału na terenie osiedla Buków w Warszawie w zakresie ulic: Przyrzecze, Landwarowska, Główna, Mielnicka, Sortowa, Mławska, Szawelska" do zakresu przedmiotu zamówienia wchodzi odtworzenie nawierzchni na łącznej powierzchni 7.769,70 m².

[wykonanie kanalizacji metodą mikrotunelu]

49. W ramach zamówienia wykonawca zobowiązany jest do wykonania kanalizacji sanitarnej metodą mikrotunelu, przy czym komory startowe i odbiorcze winny zostać zabezpieczone grodzcami. Następnie, w miejscach komór, wykonawca winien ustawić studnie betonowe DN 1200 o wysokości ok. 6 m.

50. W punkcie 3 wyjaśnień z dnia 19.08.2019 r. Instalbud wskazuje, że posiada własne zasoby sprzętu, w tym szalunki słupowe do komór przewiertowych.

51. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że technologicznie niemożliwym jest, aby wykonać przewiert na głębokości 6 m z szalunkowej komory przewiertowej - jak zgodnie z wyjaśnieniami zamierza wykonać to Instalbud. Podwykonawca, firma Nadolles, którego oferta na usługę mikrotunellingu została załączona do wyjaśnień, wskazuje, że przewiert wykonuje w studniach przewiertowych DN 2000 lub w komorach prostokątnych. W tym miejscu należy wyjaśnić, że jeżeli wzięto by pod uwagę zastosowanie studni DN 2000, to należałoby

wykorzystać przy tym studnie zapuszczane, których koszt jednostkowy zbliżony jest do koszt zabezpieczenia komór grodzcami.

52. Ponadto należy wskazać, że z uwagi na fakt, że prace prowadzone będą w drodze krajowej o bardzo dużym natężeniu ruchu, na dużej głębokości oraz z wysokim poziomem wód gruntowych, wykop pod komorę przeciskową należy odpowiednio zabezpieczyć.

53. Z kwoty wskazane przez Instalbud w pozycji „Kanał DN300 bezwykopowo” nie wynika, że w cenie zostało uwzględnione odpowiednie zabezpieczenie. Odejmując od ceny jednostkowej 3.628 zł/mb koszty wykonania mikrotuneiu (1.770 zł/mb) oraz cenę rury (1.103 zł/mb), pozostaje kwota 755 zł/mb, w której jest już uwzględniony zysk wykonawcy. Jednocześnie koszt wykonania jednej komory przewiertowej zgodnej z dokumentacją Zamawiającego to koszt około 50.000,00 zł. Zgodnie z dokumentacją techniczną należy ich wykonać 11 sztuk, co daje koszt 1.550 zł/mb - za samo wykonanie komory zgodnie z dokumentacją. Porównując zatem koszt zgodnie z dokumentacją z rozpisaniem ceny zaoferowanej przez Instalbud, widocznym jest, że wykonawca ten nie jest w stanie wykonać bezwykopowo kanału DN 300 zgodnie z dokumentacją techniczną Zamawiającego.

54. Uzupełniająco należy zauważyć, że zgodnie z wyjaśnieniami Instalbud, spółka ta nie posiada własnego sprzętu do zabijania grodzic, a zatem wskazana powyżej cena 1.550 zł/mb musiałaby zostać odpowiednio zwiększona.

[rury kamionkowe]

55. Instalbud do swoich wyjaśnień z dnia 19.08.2019 r. przedłożył również ofertę HTI BP sp. z o.o. sp. k. Z oferty tej wynika, że Instalbud planuje realizację robót z użyciem rur kamionkowych nieglazurowanych.

56. W tym miejscu należy wskazać, że zgodnie z dokumentacją techniczną, w zależności od etapu robót, wykonawca obowiązany jest stosować rury kamionkowe DN 250 i DN 200 obustronnie lub wewnątrznie glazurowane.

57. Skoro zatem Instalbud przedłożył ofertę wyłącznie na rury kamionkowe nieglazurowane oraz nie wykazał w żaden sposób, czy i za jaką cenę nabędzie rury kamionkowe stosownie glazurowane bądź że posiada wymagane rury w swoich zasobach, uznać należy, że przyjmując bez zastrzeżeń ofertę wykonawcy HTI BP, zamierza przy robotach użyć rur nieglazurowanych, a tym samym zamierza wykonywać roboty niezgodnie z dokumentacją techniczną.

[ewentualne wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp]

58. Wyłącznie z szeroko pojętej ostrożności procesowej, Odwołujący wskazuje, że przed odrzuceniem oferty Instalbud z uwagi na jej niezgodność z siwz, ewentualnie można zobowiązać Zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

59. W ocenie Odwołującego jednak wezwanie takie prowadzić może wyłącznie do niedopuszczalnej zmiany oferty, a dokładniej albo do zmiany sposobu wykonania przedmiotu zamówienia albo do uzupełnienia zakresu zamówienia o pominięte w pierwotnej ofercie elementy.

60. Na wypadek jednak, gdyby KIO nie podzieliło powyższej argumentacji, Odwołujący podtrzymuje ewentualny wniosek o wezwanie Instalbud do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze powyższe odwołanie należy uznać za uzasadnione.

Stanowisko Przystępującego

Do postępowania odwoławczego w dniu 23 października 2019 roku przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany INSTALBUD sp. z o.o. z siedzibą: Rzeszów (35-105) ul. Boya — Żeleńskiego 6A zwany dalej „przystępującym”, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący w dniu 4 listopada 2019 roku, twierdząc o bezpodstawności wniesionego odwołania, przedstawił następujące stanowisko w sprawie.

Pismem z dnia 11.10.2019r. Zamawiający MPWiK w m.st. Warszawie poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy INSTALBUD Sp. z o.o., ocenionej zgodnie z kryteriami oceny ofert. Oferta Wykonawcy wybranego zawiera cenę ryczałtową brutto w kwocie **17 687 400,00** zł. Druga w kolejności oferta Odwołującego, z pośród ofert ważnych i nie podlegających odrzuceniu, ulokowała się na drugiej pozycji z ceną ryczałtową brutto o 2 mln. wyższą od ceny oferty wybranej (tj. **19 672 620,00** zł.). Przy czym, wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia w postępowaniu została oszacowana przez Zamawiającego na kwotę netto **21 453 362,54** zł. netto, co daje kwotę brutto: 26 387 635,92 zł.

Ad. pkt. 2.1.

Przystępujący odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp, art. 90 ust. 3 Pzp i zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającą rażąco niską cenę, w tym błędną ocenę wyjaśnień Przystępującego dotyczących ceny oferty, złożonych w postępowaniu przetargowym na wezwania Zamawiającego, stwierdził jak poniżej.

Zarzut jest niezasadny, jako taki nie powinien podlegać uwzględnieniu, albowiem Przystępujący w procedurze wyjaśnienia ceny oferty, zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp wykazał, że

złożona oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia Przystępującego wraz z załączonymi dowodami, złożonymi odpowiednio przy piśmie z dn. 19.08.2019r. oraz z dn. 02.09.2019r. wykazały, że cena oferty w kwocie 17 687 400,00 zł. jest realna i za taką cenę Wykonawca INSTALBUD jest w stanie wykonać kompletny i pełny zakres przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją techniczną, w tym w zakresie odtworzenia nawierzchni.

Argumentacja zarzutu Odwołującego sprowadza się de facto do subiektywnej oceny sposobu kalkulacji ceny oferty INSTALBUD. Tymczasem cena ofertowa, zgodnie z SIWZ jest ceną ryczałtową, jako taka nie jest sumą cen obliczoną na podstawie kosztorysu sporządzonego na podstawie przedmiaru robót.

Zamawiający takowego kosztorysu nie wymagał i nie załączył do dokumentacji przetargowej.

Wykonawca miał zadanie dokonania własnego rachunku ekonomicznego w zakresie zysku i wyliczenia kosztu robót z zakresu poszczególnych elementów tabeli cen na podstawie dokumentacji.

Reasumując, każdy z wykonawców biorących udział w przetargu poszczególne koszty robót mógł oszacować w odmienny sposób. Zatem sposób uznany przez Odwołującego nie jest jedynym słusznym i poprawnym.

Tytułem przykładu: dla wykonania kanału można było przyjąć dokonanie rozbiórki nawierzchni na szerokości wykopu i odtworzenia jej wg. wytycznych z dokumentacji przetargowej, podczas gdy inny z wykonawców dla tego samego kanału mógł przyjąć, że będzie dokonywał rozbiórki na szerokości większej niż wykop (nawet na całej jezdni), gdyż Zamawiający pozostawił zakres tych robót wykonawcom. Co więcej, Zamawiający dopuścił sposób wykonanie robót przewiertem, zamiast wykopem otwartym, co pozwala w znaczącej części uniknąć dokonywania rozbiórki, w konsekwencji odtwarzania nawierzchni.

Ponadto, przedstawione oferty podwykonawców Przystępującego nie obejmują wszystkich elementów zamówienia i nie mogą wszystkich obejmować, gdyż nie o takie oferty - na pełnego zakresu zamówienia - poszczególni podwykonawcy zostali poproszeni przez INSTALBUD, lecz wyłącznie o kluczowe elementy z zakresu, które służyły INSTALBUD do skalkulowania kosztów. Zatem, uzasadnienie zarzutu (z pkt. 27,28 odwołania), iż przedłożone oferty podwykonawców nie pokrywają kwoty oferty Instalbud, jest kompletnie nietrafiony. Do swoich wyjaśnień złożonych do Zamawiającego dnia 19.08.2019r. INSTALBUD załączył wybrane oferty dostawców materiałów i usług dla kluczowych elementów cenotwórczych, mające potwierdzić dołożenie należytej starości w kalkulacji kosztów oraz rynkowy poziom cen jednostkowych przyjętych do oferty Instalbud na dzień składania ofert.

Ponadto, przedstawione oferty nie są ostatecznymi ofertami cenowymi i mogą podlegać dalszym negocjacjom cenowym na etapie realizacji zamówienia (dowód: oświadczenie RUREX Sp. z o.o. z dnia 29.10.2019r., oferta RUREX sp. z o.o. z dn. 22.10.2019).

Zakres ilościowy dostaw materiałów określony w ofertach dostawców, nie oznacza, że tylko taki został uwzględniony w ofercie Przystępującego. Co więcej, w zakresie robót drogowych zarówno robocizna, jak i sprzęt dla rozbiórki w tabeli wykazu cen, ujęte jako oddzielna pozycja, wykonywane są przez pracowników INSTALBUD, a nie przez podwykonawcę. To samo dotyczy odtworzenia podbudowy nawierzchni, która jest liczona przez INSTALBUD w koszcie wykonania wykopu — zasypki, a nie w koszcie odtworzenia nawierzchni (wykonywana jest na bieżąco z kanałem, gdyż do czasu wykonania docelowego odtworzenia nawierzchni tj. warstwy wiążącej i ścieralnej należy zapewnić przejezdność drogi). Wykonawca w tym celu nie dokona bowiem wymiany sprzętu i ludzi, ale roboty te wykonuje się z zastosowaniem tego samego sprzętu i ludzi co zasypkę wykopu. Profilowanie natomiast tej warstwy i uzupełnienie jest kalkulowane w robotach drogowych, gdyż jest wykonywane bezpośrednio przed ułożeniem warstwy wierzchniej nawierzchni.

Oferta podwykonawcy jest jedynie odpowiedzią na konkretne zapytanie mające ułatwić oszacowanie przewidywanego poziomu kosztów, tym samym oferty podwykonawców i dostawców obrazują przybliżony metraż konieczny do właściwego skalkulowania ceny jednostkowej podwykonawcy.

Przystępujący złożył oświadczenie w treści oferty, że zamówienie wykona w pełnym zakresie i zgodnie z dokumentacją załączoną do przetargu.

Reasumując, zarzut Odwołującego oparty na ocenie sposobu kalkulacji ceny oferty wybranej, jako ceny ryczałtowej, jest nietrafiony i nie powinien podlegać uwzględnieniu.

Ad. pkt. 2.2

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy INSTALBUD jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Zarzut jest niezasadny, jako taki nie powinien podlegać uwzględnieniu, albowiem oferta Przystępującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do poszczególnych zarzucanych przez Odwołującego rzekomych niegodności treści oferty wybranej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, Przystępujący wskazuje, że są oparte na błędnych założeniach przyjętych przez Odwołującego, opartych w znakomitej części na niepełnej analizie dokumentacji technicznej, nieaktualnych projektach, a

nadto abstrahuje od udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania wykonawców do treści SIWZ.

Przystępujący podnosi, co następuje:

ad. pkt. 42-48 uzasadnienia odwołania (dotyczy odtworzenia nawierzchni).

Na wstępie Przystępujący podkreśla, że oferty jego podwykonawców złożone na etapie kalkulowania oferty w przedmiotowym przetargu służyły wyłącznie do założenia określonych cen jednostkowych, tak jak: w przypadku dróg - cen jednostkowych za wykonanie np. warstwy ścieralnej o gr. 1cm i powierzchni 1 m². Oferta podwykonawcy potwierdza przyjęcie rynkowego poziomu cen jednostkowych, nie potwierdza natomiast ilości (metrażu) drogi do wykonania. Zwrócić należy również uwagę na fakt, że podwykonawcy Przystępującego nie oferują wykonania całości robót towarzyszących odtworzenia nawierzchni, w tym takich jak zabezpieczenia, organizacja ruchu, komunikacja zastępcza, pozwolenie na wejścia w teren, opłaty za zajęcie pasa, nowe projekty odtworzenia nawierzchni, itp. Roboty te wykonuje, a ich koszt ponosi Wykonawca Instalbud.

Kwestia „odtworzenia nawierzchni dróg” poruszana była kilkakrotnie przez wykonawców na etapie zapytań do treści SIWZ w postępowaniu przetargowym. Na zadane pytania w tej kwestii, które kierował między innymi INSTALBUD, Zamawiający udzielił wyczerpujących odpowiedzi (odpowiedzi nr 31, nr 33, nr 43). Wykonawca INSTALBUD ujął zatem w złożonej ofercie pełny zakres przedmiotu zamówienia, wbrew supozycjom Odwołującego.

Na marginesie, odnośnie wywodów Odwołującego co do sposobu odtworzenia nawierzchni w części głównej i technicznej w zakresie ul. Modlińskiej wskazać należy, iż przywołany przez Odwołującego Projekt budowlano — wykonawczy traci ważność uzgodnienia w dniu 14.11.2019 roku, (decyzja ZDMURD.5541.3888.2017.AOR.2 z dnia 15.11.2017) i dotyczy zadania 1.1.3 oraz 1.1.5. (vide: odpowiedź nr 43. Zamawiającego). Wobec czego w trakcie realizacji zamówienia kwestia ta będzie wymagała nowego projektu albo uzgodnienia starego projektu, co pozostaje w gestii wykonawcy. Tymczasem, projekty odtworzenia nawierzchni w części dla pozostałych ulic będą wymagały aktualizacji w oparciu o wytyczne warunków odtworzenia nawierzchni, tj. :

- UD-11-WIR.7230.355.2018. ABA z dnia 30.03.2018 r,
- UD-11-WIR.7230.355.2018. ABA (5.ABA.UD-11-WIR) z dnia 11.06.2018 r,
- UD-11-WIR.7230.981.2018. ABA z dnia 14.08.2018 r.,

co Zamawiający zawarł w odpowiedzi nr 43 z dnia 03.07.2019r.

Ulica Modlińska, która występuje w ww. projektach, będzie wymagała przynajmniej w części ponownego uzgodnienia, co najwyraźniej uszło uwadze Odwołującego formułującego argumenty jak w pkt. 43, 44, 45 uzasadnienia odwołania.

Jeśli natomiast chodzi o argumentację Odwołującego z pkt. 46, 47, 48 uzasadnienia odwołania, wskazać należy, że jest błędna i sprzeczna z odpowiedziami Zamawiającego udzielonymi na pytania nr 31, nr 33, nr 43, w tym przede wszystkim decyzją zarządcy drogi o warunkach odtworzenia.

W odpowiedzi nr 31 i 43 Zamawiający wskazał:

„Pozostały zakres należy przyjąć zgodnie z zapisami Opisu Przedmiotu Zamówienia pkt 2. ust. II ppkt. 7” który stanowi:

II. Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do:

7. opracowania nowych projektów odtworzenia nawierzchni dla terenów będących w zarządzie Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka Urzędu m.st. Warszawy w oparciu o załączone wytyczne techniczne:

a. zgodnie z warunkami nr UD-II-WIR. 7230.355.2018.ABA z dn. 30.03.2018r. oraz UD-11-WIR. 7230.355.2018.ABA (5.ABA. UD-II-WIR) z dn. 11.06, w zakresie Zadania I 1.3 oraz Zadania I 1.5 oraz wymaganiami Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka) oraz uzyskania niezbędnych uzgodnień, a następnie odtworzenie nawierzchni. Dla ułatwienia określenia zakresu odtworzenia nawierzchni załączone zostały nieaktualne projekty odtworzenia nawierzchni”

W zadaniu I. 1.4. Projekt odtworzenia nawierzchni w ul. Modlińskiej będącej we władaniu Zarządu Dróg

Miejskich jest aktualny, pismo nr ZDM-URD.5541.2070.2017.AOR.2 z dn. 18.07.2018 r.

Pozostały zakres zgodnie z zapisami Opisu Przedmiotu Zamówienia pkt 2. ust. II ppkt. 8:

II. Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do:

8. aktualizacji projektów odtworzenia nawierzchni dla terenów będących w zarządzie Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka Urzędu m.st. Warszawy w oparciu o załączone wytyczne techniczne:

a. zgodnie z warunkami nr UD-II-WIR. 7230.981.2018.ABA z dn. 14.08.2018r. w zakresie Zadania I. 1.4 oraz wymaganiami Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka oraz uzyskania niezbędnych uzgodnień, a następnie odtworzenie nawierzchni. Dla ułatwienia

określenia zakresu odtworzenia nawierzchni załączone zostało nieaktualne projekty odtworzenia nawierzchni.

Reasumując, rzetelna analiza udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi do treści SIWZ w zakresie projektu odtworzenia nawierzchni prowadzi do wniosku, że powierzchnia odtworzenia nawierzchni przyjęta przez Odwołującego (7 769,70 m², vide pkt.48 uzasadnienia odwołania) to zestawienie ilości z nieaktualnego projektu z listopada 2014 roku „ODTWORZENIE NAWIERZCHNI PO ROBOTACH KANALIZACYJNYCH na terenie OSIEDLA BUKÓW W WARSZAWIE”.

Zakres odtworzenia nawierzchni tj. konstrukcję, jak i powierzchnię, zmieniono następnymi wydanymi decyzjami, które określają warunki odtworzenia inne, niż założone w ww. projekcie, i tak:

- decyzja UD-II-WIR.7230.355.2018.ABA z dnia 30.03.2018 określa konstrukcję odtworzenia nawierzchni jak i powierzchnię, która zależy od tego jak wykonawca będzie prowadził roboty. Dla każdej z typów jezdni KRI ,2,3,4 i warstwy konstrukcyjnej określone zostało, że wykonawca odtwarza całą szerokością wykopu, w zależności od warstwy i typu nawierzchni od 0 do 0,8 m. poza obrys wykopu. Decyzja ta obowiązuje również Wykonawcę do uzgodnienia projektu odtworzenia po upływie 2 lat od daty wskazanej w piśmie, która upływa 30.03.2020 roku , co skutkować będzie koniecznością wykonania nowych projektów.

- decyzja UD-11-WIR.7230.355.2018.ABA (5.ABA.UD-11-WIR) z dnia 1 1.06.2018 określa kategorie KR, a tym samym konstrukcję nawierzchni do jej odtworzenia.

- decyzja UD-II-WIR.7230.981.2018.ABA z dnia 14.08.2018 określa konstrukcję i zakres odtworzenia chodników, zjazdów, krawężników, jak również oznakowania i wykonania robót.

Mając na uwadze powyższe, projekt w tym zakresie został zmieniony w/w decyzjami, które ograniczają ilość robót w stosunku do założeń projektowych, i to znacznie (sic), np. w decyzji UD-IIWIR. 723427.2012.EKO z dnia 08.01.2013, która była pierwszą wytyczną projektową dla ulic Łącznej, Landwarowskiej i Łanowej, szerokość odtworzenia określona była dla całej szerokości jezdni. Podczas gdy nowe wytyczne z decyzji UD-II-WIR.7230.355.2018.ABA z dnia 30.03.2018 zmieniają ten zakres i ograniczają go do szerokości wykopu + + w zależności od warstwy i typu nawierzchni od 0 do 0,8 m poza obrys wykopu. Jednocześnie, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (na stronie 1) postawił wymóg wobec Wykonawcy zamówienia wykonania nowego projektu i uzgodnienia, oraz określenia zakresu powierzchni odtworzenia. Podobnie, w odpowiedzi nr 33 Zamawiający wskazał:

„ Wybór sposobu bezwykopowego wykonania odcinków w ul. Gąsiorowskiej na odcinku od ul. Przyrzecze do ul. Głównej po zachodniej stronie ulicy pozostaje po stronie Wykonawcy. Koszt

wyboru bezwykopowego wykonania wskazanych odcinków należy skalkulować w ofercie przetargowej. Wykonawca na etapie realizacji robót uzgodni z Inżynierem Kontraktu oraz Zamawiającym sposób wykonania oraz materiał do wbudowania(...).

ad. pkt. 49-54 uzasadnienia odwołania (dotyczy wykonania kanalizacji metodą mikrotunelu).

Na wstępie Przystępujący oświadcza, że posiada grodzice i sprzęt do ich zabicia, ścianki tzw. „berlińskie”. Supozycje Odwołującego w zakresie jego wiedzy co do posiadanego przez INSTALBUD sprzętu, są całkowicie gołosłowne i pozbawione podstaw faktycznych.

Szalunki słupowe, bo o nich mowa, są nowoczesną metodą pozwalającą ograniczyć koszty i dają możliwość wykonania mikrotunelingu, zaś opinia Odwołującego (vide: pkt. 51 uzasadnienia odwołania) - w ocenie Przystępującego - dowodzi braku dostatecznej wiedzy w tym zakresie.

Wyjaśniająco Przystępujący wskazuje, że komory można wykonywać różnymi metodami, w tym metodami mieszanymi (tj. przy zastosowaniu grodzic i szalunków), a wybór stosowanej metody dokonywany jest w trakcie wykonywania robót w zależności od warunków fizycznych, jakie występują w terenie.

W ocenie Przystępującego koszt studni zapuszczanych wskazywany przez Odwołującego jest daleko idącą manipulacją, jakiej się dopuszcza twierdząc, że koszt studni zapuszczanej jest zbliżony do zabicia grodzic. Odwołujący pomija przy tym fakt, że zapuszczenie studni to równocześnie wykonanie studni połączeniowej, natomiast grodzice - to ich zabicie, wyciągnięcie, wykonanie wykopu i zasypki, częściowe ich zniszczenie dodatkowy montaż i dostawa studni. Studnia zapuszczana to wyłącznie materiał i wykop, ale bez: zasypki, zniszczenia materiału i zbędnej rozbiórki nawierzchni, dłuższego czasu wykonania robót, inne dodatkowe koszty.

Nie polega również na prawdzie kolejne twierdzenie Odwołującego, jakoby podwykonawca INSTALBUD miał wykonywać przewiert w studniach DN 2000 lub komorach prostokątnych. W ofercie Nadoles nie ma informacji, że wykonuje przewiert wyłącznie w takich rozwiązaniach, co więcej wyraźnie stanowi, cyt.: „Wykonanie komór roboczych i koszt zakupu materiałów - po stronie Zleceniodawcy”, czyli firmy INSTALBUD.

Informacja zawarta w ofercie firmy podwykonawczej, że dysponuje maszynami do wykonania prac w studniach DN 2000, jak również możliwości wypożyczenia komór prostokątnych, ma charakter wyłącznie informacyjny, a nie stanowi zobowiązania firmy.

Nadto, w opisie przedmiotu zamówienia na stronie 2 w pkt. II, 2 Zamawiający wskazał co każdy wykonawca biorący udział w przetargu zobowiązany jest uwzględnić w ofercie:

II. Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do:

2. ze względu na możliwość użycia do robót bezwykopowych różnych maszyn, urządzeń i sprzętu, Wykonawca Robót winien wykonać projekt konstrukcyjny szalowania tymczasowych komór wraz z korkiem zabezpieczającym przed napływem wód gruntowych w dostosowaniu do aktualnego poziomu tych wód zastanego w trakcie wykonywania prac. Wszystkie komory powinny być tak wykonane, by spełniały warunki BHP, wytrzymałościowe oraz gwarantowały stabilność maszyny mikrotunelingu. Podstawowym wymogiem jest zachowanie prostopadłości i stabilności ścian i podłoża. Dopuszcza się wykonanie komór z okrągłych kręgów betonowych dostosowanych konstrukcyjnie do wykonywania prac w panujących warunkach. Warunki geotechniczne określone zostały w dokumentacji dotyczącej badań podłoża gruntowego.

Odnosnie argumentacji Odwołującego z pkt. 53 uzasadnienia odwołania, Przystępujący wskazuje, że w pozycji „Kanał DN 300 bezwykopowo” jest ujęty wyłącznie montaż, bo zgodnie z opisem tej pozycji tabeli tylko montaż bezwykopowy kanału miał być tam ujęty. Tymczasem, zabezpieczenie wykopu wraz z robotami ziemnymi (czyli komora przewiertowa - jak nakazują wnioskowo zasady logiki) ujęte jest w pozycji „Roboty ziemne”, bo w tych pracach mieszczą się te roboty, które wykonuje się równocześnie z wykopem, bądź przed nim, w zależności od tego, czy są to komory czy grodzice zabijane do wykonania wykopu.

Błędne jest twierdzenie Odwołującego, jakoby cena rury przewiertowej wynosiła 1.103 zł/mb. Oferta firmy HTI załączona do odpowiedzi Instalbud z dnia 19.08.2019, w pozycji pierwszej dotyczy rury o module długości 2 m., dla której cena jednostkowa za sztukę wynosi właśnie 1 103,31 zł / szt, co daje za 1 mb rury cenę jednostkową 551,65 zł/mb (czyli 50 % niższą, niż wskazał Odwołujący). Co więcej do wyjaśnień INSTALBUD została również załączona oferta na ten sam asortyment firmy RUREX, gdzie cena za mb w walucie EUR podana była za 1 mb w kwocie 126,43 EUR, co przy kursie ok. 4,3 zł za 1 EUR daje cenę jednostkową 543,64 zł / mb., czyli jeszcze niższą, niż oferta cenowa otrzymana od firmy HTI.

Dodatkowo, Przystępujący przypomina, na co wskazywał już powyżej, że oferty jego dostawców zgodnie z przyjętą praktyką w relacjach handlowych z ww. dostawcami, podlegają dalszej negocjacji cenowej na etapie zakupu.

Reasumując, szacunki cenowe przyjęte przez Odwołującego w tej pozycji są całkowicie błędne, podobnie dowolnie Odwołujący założył i twierdzi, że koszt wykonania jednej komory przewiertowej to 50 000 zł. Twierdzenie to jest całkowicie gołosłowne.

ad. pkt. 55-57 uzasadnienia odwołania (dotyczy rur kamionkowych)

Nie jest prawdziwe stwierdzenie Odwołującego, jakoby wykonawca obowiązany jest bezwzględnie zastosować rury kamionkowe wewnętrznie lub obustronnie glazurowanych.

Mianowicie, Zamawiający w odpowiedzi nr 21,41,52 do treści SIWZ wskazał co następuje:

W przypadku braku na rynku rur kamionkowych glazurowanych przeciskowych, Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur mikrotunelinguowych z alternatywnego materiału pod warunkiem zachowania ich analogicznych: parametrów gabarytowych, ze względu na konieczność umieszczenia rur przewodowych w rurach osłonowych o konkretnych wymiarach wskazanych w Pozwoleniu Wodnoprawnym, parametrów wytrzymałościowych. W przypadku zmiany materiału rur Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji robót zobowiązany jest do wykonania obliczeń statycznych i przedstawienia ich celem akceptacji Projektantowi oraz Inżynierowi Kontraktu.

Z przywołanej odpowiedzi jednoznacznie wynika, że Zamawiający dopuścił nie tylko rury kamionkowe nieglazurowane, ale możliwe jest zastosowanie również innych typów materiałów po uprzedniej ich akceptacji stwierdzającej parametry opisane w odpowiedziach. Mogą to być zatem również rury GRP, polimerobetonowe, żelbetowe.

Mając na uwadze powyższe, zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP są niezasadne i nie powinny podlegać uwzględnieniu.

Mając na względzie, że oferta Przystępującego odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest celowe ani zasadne dokonywanie przez Zamawiającego dodatkowych czynności w przetargu w postaci wzywania Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści oferty.

Pismo odwołującego z dnia 13 listopada 2019 r.

w odpowiedzi na stanowisko Instalbud sp. z o.o. (zwanego dalej „Przystępującym” lub „Instalbud”) przedstawione w piśmie z dnia 4.11.2019 r. oraz na rozprawie w dniu 5.11.2019 r. wskazuję co następuje.

(Rażąco niska cena — ciężar dowodowy)

1. W pierwszej kolejności Odwołujący podtrzymuje podniesiony w odwołaniu zarzut, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę, zaś złożone przez Przystępującego wyjaśnienia nie udowodniły innej okoliczności z uwagi na swoją ogólnikowość i lakoniczność.

2. Należy w tym miejscu ponownie podkreślić, że zgodnie z jednoznaczną regulacją art. 90 ust 2 Pzp, obowiązek wykazania, że - w razie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 lub ust. 1a Pzp - oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który został wezwany do złożenia wyjaśnień. W konsekwencji, to po stronie Przystępującego spoczywał obowiązek,

aby złożyć wyjaśnienia o takiej treści i poparte takimi dowodami, aby obaliły one powstałe po stronie Zamawiającego domniemanie, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską.

2. Powyższy pogląd znajduje poparcie w orzecznictwie KIO. Przywołać można chociażby wyrok z dnia 17.03.2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 262/09), w którym wskazano, że „Skład orzekający Izby podziela stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie, zawarte w przywołanym przez odwołującego, wyroku z dnia 05.01.2007 r. sygn. V Ca 2214/06, tj. że dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zdawkowe, ogólne i uniwersalnej wręcz natury wyjaśnienia odwołującego potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp. Należy bowiem uznać, że wszczęcie przez zamawiającego procedury wyjaśniającej (niezakwestionowane w terminie przez odwołującego) ustanawia domniemanie prawne zaoferowania przez wzywanego wykonawcę ceny rażąco niskiej. Wykonawca przez swoje wyjaśnienia domniemania tego nie obalił. ' ”

4 Reasumując powyższe rozważania oraz przywołując stanowisko przedstawione w odwołaniu i uzupełnione poniższymi uwagami, stwierdzić należy, że wyjaśnienia złożone przez Instalbud w postępowaniu przed Zamawiającym nie były wystarczające do obalenia domniemania rażąco niskiej ceny, a tym samym oferta Przystępującego winna była zostać odrzucona.

5 W tym miejscu należy stwierdzić, że niedopuszczalnym jest, w ocenie Odwołującego, uzupełnianie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w postępowaniu odwoławczym, co próbuje zrobić Przystępujący zarówno w swoim piśmie z dnia 4.11.2019 r. jak i w argumentacji przedstawionej na rozprawie przed KIO.

6 Podkreślić należy, że regulacja art. 90 i następne PZP dotyczy postępowania prowadzonego przez zamawiającego, w wyniku którego zamawiający dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej. Z tego względu, wszelkie działania wykonawcy, w tym te związane ze składaniem wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 i la Pzp, powinny być podejmowane wyłącznie przed zamawiającym.

7 Izba z kolei ma za zadania kontrolowania działań podejmowanych przez zamawiającego zgodnie ze stanem na dzień ich podjęcia, nie zaś zgodnie ze stanem na dzień wyrokowania przez Izbę.

Na poparcie powyższego należy wskazać na orzecznictwo KIO. W wyroku z dnia 24.11.2017 r. (KIO 2380/17), Izba wskazała m.in., że: „Odwołujący dopiero w odwołaniu oraz na rozprawie konkretyzował i wyjaśniał przyczyny ustalenia ceny na poziomie zaproponowanym w ofercie. Zgodnie z orzecznictwem Izby oceniając prawidłowość podjętej przez zamawiającego decyzji w przedmiocie oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę w toku procedury wszczętej w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Izba bierze pod uwagę stan, jaki istniał na dzień, w którym ocena ta została dokonana. Izba nie bierze tym samym pod uwagę okoliczności i dowodów, które zostały przez odwołującego powołane dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a którymi zamawiający nie dysponował na dzień dokonywania oceny złożonych wyjaśnień. Podkreślić należy, że etap postępowania odwoławczego nie jest etapem, w którym należy dowodzić prawidłowości zaoferowanej ceny, etapem tym jest procedura wszczęta przez zamawiającego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i upływa on wraz z upływem terminu wyznaczonego przez zamawiającego w wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Ocena wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny należy do obowiązków zamawiającego, Izba natomiast bada tylko jej prawidłowość, z uwzględnieniem informacji jakimi zamawiający dysponował w chwili jej dokonania. ” (podkr. TSI. Podobnie KIO w wyroku z 8.01.2018 r. (KIO 2703/17).

9. Z uwagi na powyższe należy uznać, że wszelkie twierdzenia i dowody przedłożone przez Instalbud w toku postępowania odwoławczego, a mające na celu uzupełnienie lub rozszerzenie wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 Pzp, uznać należy za spóźnione i podlegające pominięciu podczas orzekania w sprawie. Skoro bowiem Zamawiający nie dysponował tymi informacjami podczas oceny wyjaśnień Instalbud przed wyborem oferty najkorzystniejszej, to nie miały one wpływu na czynności MPWiK, a tym samym nie podlegają ocenie przez KIO przy rozpoznawaniu odwołania.

10. Reasumując, po pierwsze Przystępujący nie udźwignął spoczywającego na nim ciężaru dowodowego wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest ceną rażąco niską. Po drugie, kompletna argumentacja oraz dowody winny były zostać przedłożone Zamawiającemu, zaś ich podnoszenie w postępowaniu odwoławczym jest spóźnione i nie podlega rozpoznaniu przez KIO.

(wyjaśnienia Przystępującego z dnia 19.08.2019 r.)

1 1. W uzupełnieniu powyższych wywodów - w celu wykazania, że Instalbud swoimi wyjaśnieniami z dnia 19.08.2019 r. nie obalił domniemania, że zaoferowana przez niego cena jest ceną rażąco niską - należy odnieść się do złożonych przez Przystępującego wyjaśnień. Przede wszystkim Odwołujący podtrzymuje, że wyjaśnienia te są skrajnie lakoniczne i ogólnikowe. Analizując poszczególne punkty argumentacji Przystępującego należy wskazać co następuje.

12. W punkcie nr 1 pisma z dnia 19.08.2019 r. (zwanego dalej „Wyjaśnieniami”), Przystępujący wyłącznie polemizuje z wartością szacunkową zamówienia ustaloną przez Zamawiającego, a nie odnosi się w żaden sposób do kosztów wykonania przedmiotu zamówienia.

13. W punkcie nr 2, Przystępujący ograniczył się do opisu działań matematycznych, porównując oferty złożone w postępowaniu i ustalając średnią arytmetyczną wartości wszystkich ofert. Co istotne, również w tej części Wyjaśnień Instalbud w żaden sposób nie wykazuje, w jaki sposób ustalił zaoferowaną Zamawiającemu cenę. Ponadto, wyliczenia matematycznie nie odnoszą się do działań matematycznych związanych ze sposobem wyliczenia ceny ofertowej, a tym samym są nieskuteczne do obalenia hipotezy Zamawiającego.

14. Dalsze stanowisko Przystępującego, przedstawione w punkcie nr 3 Wyjaśnień, jest z kolei tak ogólnikowe i lakoniczne, że mogłoby się odnosić do dowolnego z postępowań, w których Instalbud bierze udział. Praktycznie żadna część argumentacji nie wyjaśnia sposobu ustalenia ceny ofertowej, jej składowych czy uwzględnionych przy jej wyliczaniu okoliczności.

15. Co prawda w przedostatnim tirecie pkt 3 Przystępujący wskazuje na pewne koszty, ale ani ich szczegółowo nie opisuje ani nie wskazuje, w jaki sposób kalkulacja tychże kosztów wpływa na wysokość zaoferowanej ceny i na rzekome oszczędności Przystępującego. Podobnie, w tirecie ostatnim Instalbud powołuje się na własne zasoby, ale ponownie nie przekłada tego w żaden sposób na rzekomo poczynione oszczędności. Co więcej, Przystępujący nie przedstawia żadnych dowodów, że faktycznie posiada taki sprzęt, na jaki się powołuje, pomimo że nie powinien mieć najmniejszych problemów ze zgromadzeniem materiału dowodowego, gdyż wystarczyłoby przedłożyć chociażby faktury zakupu sprzętu lub wyciąg z listy środków trwałych Instalbudu. Co przede wszystkim istotne, Przystępujący w żaden sposób nie wykazał, jak owe okoliczności na które się powołuje, przekładają się na rzekome oszczędności, nawet nie stara się owej oszczędności wyrazić kwotowo.

16. Domniemanie, że cena zaoferowana przez Przystępującego jest rażąco niska, nie obala również argumentacja przedstawiona w punkcie nr 4 Wyjaśnień, na którą powoływał się nie tylko Przystępujący, ale także Zamawiający.

17. W ocenie Odwołującego, bez znaczenia dla sprawy pozostaje wskazywane przez Instalbud wieloletnie doświadczenie, ponieważ w postępowaniu, którego dotyczy przedmiotowy spór brały udział wyłącznie podmioty posiadające wieloletnie, obszerne doświadczenie w dziedzinach objętych przedmiotem Zamówienia. Zatem czynnik doświadczenia został uwzględniony niewątpliwie we wszystkich złożonych ofertach, a tym samym nie może on uzasadniać różnicy w zaoferowanej cenie,

18. Niewiarygodna jest także argumentacja Przystępującego dotycząca minimalizowania kosztów z uwagi na prowadzenie w sąsiedztwie przedmiotu Zamówienia robót budowlanych na podobnej inwestycji. Przede wszystkim należy podkreślić, że również w tej części Wyjaśnień Instalbud nie wskazał, w jaki sposób prowadzenie podobnej inwestycji ma wpływ na obniżenie kosztów przy realizacji robót stanowiących przedmiot Zamówienia i jakie to znajduje odzwierciedlenie kwotowe.

19. Po drugie, z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika, że inwestycja prowadzona - nota bene przez Zamawiającego - pod nazwą „Budowa kanalizacji dla Osiedla Dąbrówka Szlachecka” jest na zupełnie innym etapie realizacji. Wg wiedzy odwołującego termin realizacji ww. inwestycji został co prawda przedłużony do dnia 31.12.2019 r., jednakże wydaje się, że zanim w ramach przedmiotowego Zamówienia zostanie podpisana umowa z wybranym wykonawcą i zanim Zamawiający przekaze teren budowy, to - o ile nie dojdzie do dalszych opóźnień - roboty w ramach Osiedla Dąbrówka Szlachecka zostaną zakończone.

20. Gdyby jednak nawet uznać, że przez jakiś czas roboty na obu inwestycjach toczyć się będą równolegle, to jednak należy uwzględnić specyfikę prowadzenia procesu budowlanego zgodnie z zasadami sztuki, gdzie inny rodzaj robót prowadzony jest na początku (np. rozbieranie nawierzchni i przygotowywanie wykopów) a inny na koniec inwestycji (np. roboty odtworzeniowe) zaś do poszczególnych rodzajów robót konieczny jest inny sprzęt. Nie można zatem zgodzić się z Przystępującym, że z faktu dysponowania położonym w pobliżu terenem budowy, na którym znajduje się jego sprzęt, może on czynić jakieś znaczące oszczędności, skoro niewątpliwie sprzęt potrzeby do robót początkowych został już dawno z terenu budowy wywieziony.

21. Na marginesie należy zauważyć, że koszt transportu sprzętu, nawet na większych odległościach, stanowi tak niewielki czynnik cenotwórczy, że praktycznie w ogóle nie jest wyszczególniany w cenach ofertowych. Znacznie większe koszty generują okresy przestoju w używaniu sprzętu, stąd też można domniemywać, że sprzęt używany przez Instalbud na etapach początkowych robót w Dąbrówce Szlacheckiej został wywieziony z terenu tej budowy po przejściu wykonawcy do dalszych etapów prac i obecnie jest wykorzystywany na innych inwestycjach prowadzonych przez Przystępującego.

22. Co wydaje się być niezwykle istotne, Zamawiający oceniając Wyjaśnienia, nie zweryfikował żadnej z powyższych okoliczności. Bez znaczenia przy tym jest fakt, że to właśnie Zamawiający prowadzi inwestycję w Dąbrówce Szlacheckiej, a tym

samym posiada część informacji z urzędu. Nie można bowiem uznać, że znajomość zaawansowania procesu budowlanego na jednej inwestycji jest równoznaczny z posiadaniem informacji dotyczących kalkulowania ceny przez tego samego wykonawcę na innej inwestycji,

23. W świetle powyższych uwag, stanowisko Odwołującego, że Wyjaśnienia nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny w ofercie Instalbudu jest w pełni uzasadnione.

(oferty podwykonawców)

24. Odnosząc się do wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, odrębnie należy ustosunkować się do argumentacji opartej na ofertach podwykonawców. Odwołujący podtrzymuje swoje dotychczasowe stanowisko w tym zakresie, jednak w świetle stanowiska Przystępującego przedstawionego w piśmie z dnia 4.11.2019 r. oraz na rozprawie w dniu 5.11.2019 r., wymaga ono uzupełnienia.

25. Przede wszystkim zdziwienie Odwołującego budzi okoliczność, że wyjaśnienia Przystępującego w zakresie oparcia ceny na ofertach podwykonawców nie wzbudziły żadnych wątpliwości po stronie Zamawiającego. Należy bowiem wskazać, że zarówno Wyjaśnienia jak i przedstawione w toku postępowania odwoławczego stanowisko Przystępującego nie przystaje w ogóle do treści złożonej przez Instalbud oferty. Przystępujący bowiem zadeklarował w ofercie, że będzie wykonywał przedmiot Zamówienia własnymi siłami i nie wskazał w stosownej części formularza ofertowego żadnego podwykonawcy, któremu planowałby powierzyć część Zamówienia. Zatem już chociażby z tego względu oferty podwykonawców załączone do Wyjaśnień nie mogą stanowić argumentacji popierającej stanowisko Przystępującego w zakresie charakteru zaoferowanej przez niego ceny,

26. Co więcej, oparcie Wyjaśnień na ofertach podwykonawców, którzy nie zostali wskazani w formularzu ofertowym podkreśla wyłącznie nierzetelność złożonych wyjaśnień, jak również świadczy o tym, że przedstawiona w piśmie z dnia 19.08.2019 r. argumentacja została stworzona wyłącznie na użytek tego pisma i nie znajduje pokrycia w rzeczywistości, w konsekwencji czego świadczy raczej o tym, że Przystępujący źle skalkulował cenę i następnie zaczął się bronić na wszelkie możliwe sposoby.

27. Powyższego wrażenia nie dość, że nie rozwiewa, a wręcz skrajnie potęguje pismo z dnia 4.11.2019 r.

28. Przede wszystkim nie można zgodzić się ze stanowiskiem Przystępującego, jakoby przedłożone oferty podwykonawców miały wyłącznie potwierdzić „dołożenie należytej staranności w kalkulacji kosztów oraz rynkowy poziom cen jednostkowych”. W pierwszej kolejności należy bowiem zauważyć, że przedłożone wraz z Wyjaśnieniami oferty podwykonawców są bardzo szczegółowe i odnoszą się bezpośrednio do przedmiotu

Zamówienia, a nie stanowią odpowiedzi na ogólne zapytanie Przystępującego o ceny. Poza tym, za dołożenie należytej staranności należałoby raczej uznać pozyskanie analogicznych ofert od kilku wykonawców na ten sam zakres, tak aby móc faktycznie porównać poziom cen na rynku.

29. Również dalsza argumentacja Instalbud przedstawiona w piśmie z dnia 4.11.2019 r. świadczy o tym, że Przystępujący zamierza powierzyć podwykonawcom, których oferty przedłożył wraz z Wyjaśnieniami, realizację części przedmiotu Zamówienia.

30. Przywołać można chociażby następujący fragment pisma :

Ponadto przedstawione oferty nie są ostatecznymi ofertami cenowymi i mogą podlegać dalszym negocjacjom cenowym na etapie realizacji zamówienia (dowód: oświadczenie RUREX Sp. z o.o. z dnia

29.10.2019r., RUREX sp. z o.o. z dn. 22, I O.20J9).

31. Skoro Przystępujący planuje negocjować dalej oferty na etapie realizacji Zamówienia to znaczy, że zamierza z tych ofert skorzystać i powierzyć objęte nimi zakresy podwykonawcom.

32. Również kolejne fragmenty pisma potwierdzają stanowisko Odwołującego:

Oferta podwykonawcy potwierdza przyjęcie rynkowego poziomu cen jednostkowych, nie potwierdza ilości (metrażu) drogi do wykonania nawierzchni. Zwrócić należy również uwagę na fakt, że podwykonawcy przystępującego nie oferują wykonania całości robót towarzyszących odtworzenia nawierzchni. W tym takich jak zabezpieczenia, organizacja ruchu, komunikacja zastępcza, pozwolenie na wejście na teren, opłaty za zajęcie pasa, nowe projekty odtworzenia nawierzchni itp. Roboty te wykonuje, a ich koszt ponosi Wykonawca Instalbud.

Nie polega również na prawdzie kolejne twierdzenie Odwołującego. jakoby podwykonawca INSTALBUD miał wykonywać w studniach DN 2000 lub komorach prostokątnych. W ofercie Nadoles nie ma informacji, że wykonuje przewiert w takich rozwiązaniach. co więcej wyraźnie stanowi, cyt.: „Wykonanie komór roboczych i koszt zakupu materiałów - po stronie Zleceniodawcy". Czyli firmy INSTALBUD.

Zakres ilościowy dostaw materiałów określony w ofertach dostawców, nie oznacza, że tylko taki został uwzględniony w ofercie Przystępującego. Co więcej w zakresie robót drogowych zarówno robocizna. jak i sprzęt dla rozbiórki w tabeli wykazu cen. ujęte jako oddzielna pozycja, wykonywane są przez pracowników INSTALBUD, a nie przez podwykonawcę. To samo dotyczy odtworzenia podbudowy nawierzchni, która(...)

33. Z powyższego wynika bowiem także, że Instalbud planuje powierzyć część przedmiotu Zamówienia swoim podwykonawcom, pomimo że w ofercie złożonej Zamawiającemu żadnego z podwykonawców nie wskazał.

34. W tym miejscu warto jeszcze zauważyć, że zarówno prace dotyczące odtworzenia nawierzchni (dla których wskazano podwykonawcę Instal-Nika sp. z o.o. sp.k.), jak i przewierthy w technologii mikrotunelingu (dla których przedstawiono ofertę podwykonawcy Nadolles sp. z o.o.), to typowe roboty budowlane, które realizować można tylko w ramach podwykonawstwa. W konsekwencji skorzystanie z ww. podmiotów musi odbywać się zgodnie z ofertą Instalbud (co jak wykazano jest z nią oczywiście sprzeczne) oraz postanowieniami umowy z MPWiK jak i przepisami Pzp. Tym samym próba argumentacji Przystępującego jakoby charakter tych prac (rzekome usługi) nie wymagał podwykonawstwa jest całkowicie chybiona i oczywiście sprzeczna z przepisami prawa,

35. Brnięcie przez Przystępującego w argumentację opartą na ofertach podwykonawców podważa wiarygodność Wyjaśnień i stanowiska procesowego, które tym samym nie są spójne z ofertą i mogą świadczyć o tym, że argumentacja Przystępującego w tym zakresie została stworzona wyłącznie na użytek wyjaśnień oraz niniejszego postępowania.

(replika Odwołującego do pisma Przystępującego z dnia 4.11.2019 r.)

36. Poniżej Odwołujący wprost odniesie się do tez Przystępującego wskazanych z jego piśmie procesowym z dnia 4.11.2019 r.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że argumentacja Przystępującego zawarta w ww. piśmie w żaden sposób nie potwierdza, aby Instalbud w sposób rzetelny wykazał swoją cenę i aby cena ta nie była ceną rażąco niską.

38. Warto także zauważyć, że znaczna część argumentacji Przystępującego albo w ogóle nie odnosi się do zarzutów zawartych w Odwołaniu, albo „mija” się z tymi zarzutami (o czym szerzej niżej).

{ różne sposoby kalkulacji }

39. W pierwszej kolejności Przystępujący (por. s. 2 pisma z 4.11.2019 r.) twierdzi, że argumentacja zarzutu Odwołującego sprowadza się de facto do subiektywnej oceny sposobu kalkulacji ceny oferty Instalbud (...) a każdy z wykonawców biorących udział w przetargu poszczególne koszty robót mógł oszacować w odmienny sposób. Zatem sposób uznany przez Odwołującego nie jest jedynym słusznym i poprawnym.

40. O ile faktycznie sposoby kalkulacji mogą być różne, różna może być też forma wyliczeń, o tyle w każdym przypadku występują dokładnie te same kategorie kosztów, w tym takie jak:

tw. nakłady ludzkie, czyli koszt świadczenia pracowników (obliczana jako iloczyn wynagrodzeń oraz czasu ich pracy, np. w przeliczeniu na etaty, roboczodni, roboczogodziny), koszt pracy sprzętu (liczonego jako iloczyn kosztu jednostkowego różnych kategorii sprzętu, np.: koparek, spychaczy, wywrotek, walcy, ubijarek itp. oraz czasu pracy poszczególnych jednostek sprzętowych), koszty ogólnego nadzoru, koszty pracy firm zewnętrznych, koszty amortyzacji sprzętu własnego lub jego wynajmu, koszty pośrednie i ogólne (te koszty zawsze muszą być uwzględnione inaczej przedsiębiorstwo byłoby stale nierentowne), koszty finansowe (w tym m.in. koszty wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty finansowania, albowiem wykonawca zanim otrzyma wynagrodzenie od zamawiającego musi pokryć koszty pracy sprzętu i ludzi oraz podwykonawców, o ile takowych ma).

41. Instalbud, choć przecież musi ponieść wszystkie ww. koszty żadnego z nich nie opisał i nie wyliczył. Tymczasem wykazanie zasadności ceny dokładnie na tym polega, aby te koszty wskazać, bo tylko wówczas po porównaniu zaoferowanej ceny do wysokości kosztów można stwierdzić, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska i to w sytuacji, gdy suma rzetelnie wykazanych kosztów jest niższa od ceny ofertowej.

42. Dalej Przystępujący wskazuje (s. 3 pisma z 4.11.2019 r.) na owe różne sposoby wyceny, podając dwa przykłady. Pierwszy dotyczy tego, że dla wykonania kanału można było przyjąć dokonanie rozbiórki nawierzchni na szerokości wykopu i odtworzenia jej wg wytycznych z dokumentacji przetargowej podczas gdy inny z wykonawców dla tego samego kanału mógł przyjąć, że będzie dokonywał rozbiórki na szerokości większej niż wykop. Twierdzenie takie wydaje się cokolwiek dziwnie i absurdalne, gdyż każdy wykonawca kalkuluje w taki sposób wykonanie przedmiotu zamówienia (szczególnie przy cenie ryczałtowej), aby zminimalizować swój zakres prac i w ten sposób ponieść możliwie najniższe koszty realizacji zamówienia. W każdym jednak przypadku te założenia muszą być zgodną z dokumentacją, która dla każdego jest taka sama. Nie wiadomo więc dlaczego jeden wykonawca miałby zakładać mniejszy zakres prac, a inny działając na swoją szkodę większy.

43. Wreszcie Przystępujący wskazuje na inny sposób kalkulacji polegający na realizacji robót przewiertami. Abstrahując od tego, że takowe nie zawsze są możliwe w realizacji, znów nie wiadomo jak to się miało stać, że tylko jeden z wykonawców wpada na tak prosty i genialny pomysł na oszczędzenie kosztów, a inni na to nie wpadli. Przede wszystkim w wyjaśnieniach składanych przez Instalbud w toku postępowania taka argumentacja nie została w ogóle wskazana.

(zmienione wytyczne dot. odtworzenia nawierzchni)

44. Ustosunkowując się do twierdzeń Przystępującego przedstawionych w piśmie z dnia 4.11.2019 r. mających w swoim założeniu polemizować z zarzutem niezgodności oferty

Instalbud z postanowieniami siwz oraz zarzutem rażąco niskiej ceny, wskazać należy co następuje.

45. Przede wszystkim Odwołujący podtrzymuje postawiony zarzut niezgodności oferty Przystępującego w siwz w zakresie robót odtworzeniowych we wszystkich trzech wskazanych w odwołaniu aspektach, jak i wprost powiązany z tym zarzut rażąco niskiej ceny (związany z nieuwzględnieniem wszystkich prac w wycenie ofertowej).

46. Nie zmienia zasadności tego zarzutu argumentacja Przystępującego przedstawiona w szczególności w piśmie z dnia 4.11.2019 r. oraz podtrzymana na rozprawie przed KIO.

47. Po pierwsze, nie można uznać za trafną argumentacji Przystępującego - w odpowiedzi na zarzuty dotyczące ulicy Modlińskiej - zarówno co do ustalenia niewłaściwego sposobu odtworzenia jak i pominięcia części ulicy w planach odtworzenia.

48. Odwołujący nie kwestionuje, że zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, przywoływanym w ww. piśmie Instalbud, część robót odtworzeniowych na ulicy Modlińskiej będzie ponownie projektowana. Co jednak istotne, konieczność wykonania nowych projektów nie zwalnia wykonawcy z konieczności dokonania odtworzeń nawierzchni na tej ulicy, a w konsekwencji nie zwalnia konieczności ich uwzględnienia w ofercie. Skoro bowiem, składając ofertę, Przystępujący wiedział, że na danych odcinkach ulicy Modlińskiej będą prowadzone roboty, wskutek których będzie musiała być odtworzona nawierzchnia drogi to, niezależnie od kwestii nowego czy starego projektu, winien był uwzględnić w cenie ofertowej koszty tych prac. Nieuwzględnienie tych prac w cenie i w samej ofercie oznacza niezgodność tej ostatniej z siwz, skoro wolą Zamawiającego jest wykonanie tych odtworzeń Reasumując fakt konieczności dokonania z zarządcą drogi nowych uzgodnień co do sposobu ich odtworzenia nie oznacza, że tego odtworzenia nie będzie, tymczasem Przystępujący pominął wycenę odtworzenia części ul. Modlińskiej, choć przecież będzie musiała ona być w taki czy inny sposób odtworzona.

49. W dalszej części pisma, Instalbud odnosząc się do zarzutu błędnego skalkulowania powierzchni odtworzenia dla zadania 1.1.5 - przywołuje nowe wytyczne dotyczące odtwarzania nawierzchni w ramach inwestycji, która jego zdaniem uzasadnia wykonywanie odtworzeń w ograniczony sposób.

50. Przystępujący w swym piśmie z dnia 4.11.2019 r. wskazał co następuje Podczas gdy nowe wytyczne z decyzji UD-11-WIR.7230.355.2018 z dnia 30.03.2018 zmieniają ten zakres (szerokość odtworzenia dla całej szerokości jezdni - przyp. TSJ i ograniczają go do szerokości wykopu ++ w zależności od warstwy i typu nawierzchni od 0 do 0,8 m. poza obrys wykopu.

51. Tymczasem w tych wytycznych, na które powołuje się Przystępujący jednoznacznie wskazano, że w każdym przypadku (drogi KR 1-4, ścieżki rowerowe oraz chodniki i miejsca postojowe), odbudowa warstwy ścieralnej musi mieć miejsce na całej szerokości jezdni, a tylko w zakresie jej długości może być poza obrysem po 60-80 cm:

jezdni obciążoną ruchem KR 1 i 2 oraz ścieżki rowerowe:

a. warstwa ścieralna całą szerokością i na długości po 0,60 m poza obrys wykopu (lecz nie mniej niż w strefie rozgęszczenia) z AC 8 S KR 1-2 gr. 5 cm,

52. Powyższe pokazuje, że Przystępujący źle odczytał treść ww. wytycznych w sposób chybiony przyjmując (co wprost potwierdza w swym piśmie z 4.11.2019 r.), że odtworzenie warstwy ścieralnej powinno być wykonane po 60 cm na szerokości i długości poza obrys wykopu. W rzeczywistości z powyższego warunku wynika, że warstwa ścieralna faktycznie ma być odtworzona do 60 cm poza obrys wykopu, ale wyłącznie na długości, natomiast odtworzenie na szerokości ma być wykonane na całą szerokość drogi.

53. O prawidłowości powyższego stanowiska Odwołującego świadczą m.in. wytyczne wskazane w piśmie z dnia 30.03.2018 r. dla odtworzenia innych warstw drogi. I tak na przykład:

Typowe warunki odtworzenia (zakres i technologia):

1. jezdnia obciążoną ruchem KR 1 i 2 oraz ścieżki rowerowe.

a. warstwa ścieralna całą szerokością i na długości po 0,60 m poza obrys wykopu (lecz nie mniej niż w strefie rozgęszczenia) z AC 8 S KR 1-2 gr. 5 cm.

b. warstwa wiążąca na szerokości i na długości po 0,40 m poza obrys wykopu (lecz nie mniej niż w strefie rozgęszczenia) z AC 16 W KR 1-2 gr. 7 cm

54. Porównując podpunkty 1a) i 1.b) widocznym jest, że w przypadku warstwy wiążącej dysponent drogi faktycznie chce, aby została ona odtworzona na ograniczonych odcinkach na szerokości i długości poza obrys wykopu, jednak w przypadku warstwy ścieralnej odtworzenie ma być wykonane na całej szerokości.

55. O tym, że zarządca dróg objętych Zamówieniem również chce, aby zostały one odtworzone na całej szerokości, a nie tylko kawałkami, świadczą jego dyspozycje sformułowane w innych dokumentach. Przykładowo, w „Opisie technicznym do projektu odtworzenia nawierzchni na ul. Modlińskiej i na ul. Klasyków” wskazano, że:

KONSTRUKCJA NAWIERZCHNI, ZAKRES ROBÓT

Zgodnie z ww decyzją Zarządu Dróg Miejskich zakres robót odtworzeniowych i konstrukcja nawierzchni uzgodniona została z Zarządem Dróg Miejskich.

Należy zachować wszystkie istniejące spadki podłużne i poprzeczne nawierzchni.

Odtworzenie nawierzchni warstwy ścieralnej i warstwy wiążącej na ul. Modlińskiej i ul. Kalsyków, należy wykonać na całej szerokości jezdni zgodnie z zakresem przedstawionym na planie sytuacyjnym.

56. Z powyższego wynika zatem, że wbrew twierdzeniom Przystępującego, nowe wytyczne nie uzasadniają tak znaczącego zmniejszenia powierzchni odtworzenia, jak uczynił to w swojej ofercie Instalbud, gdyż nadal odtworzenia warstwy ścieralnej (a tego dotyczył zarzut Odwołującego) mają być wykonywane na całej szerokości drogi, w której będą robione wykopy. To nie dość, że świadczy o niezgodności oferty Instalbud z postanowieniami siwz (jak wskazano w odwołaniu), również pokazuje, że cena ofertowa Instalbud została źle skalkulowana (dot. to przede wszystkim zadania 1.1.5), gdyż u podstaw jej kalkulacji legły błędne założenia. W konsekwencji, skoro prawidłową powierzchnią warstwy ścieralnej, która będzie musiała być odtworzona w ramach Zamówienia, jest powierzchnia wskazana przez Odwołującego, to cena Przystępującego (zakładająca odtworzenie znacznie mniejszej powierzchni) nie umożliwi realizację przedmiotu Zamówienia zgodnie z siwz. Ponadto, okoliczność tak potwierdza również zarzut, że cena zaoferowana przez Instalbud jest ceną rażąco niską.

57. Reasumując powyższe uwagi, należy stwierdzić, że Przystępujący w swoim piśmie nie obalił - w ocenie Odwołującego - postawionych mu w odwołaniu zarzutów niezgodności oferty w zakresie prac odtworzeniowych z postanowieniami siwz. Co więcej, stanowisko Przystępującego potwierdza również zasadność zarzutu Odwołującego, że cena zaoferowana przez Instalbud jest ceną rażąco niską.

58. Zarzutu dot. niezgodności oferty z siwz dotyczyły wszystkich trzech zadań wchodzących w skład Zamówienia i miały polegać na nieuwzględnieniu w ofercie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego prac. W odpowiedzi Przystępujący usiłował wykazać, że ujął cały konieczny zakres robót odtworzeniowych, zaś wycena podwykonawcy Instal-Nika był tylko informacyjna jak również nie uwzględniała całego zakresu robót, ponieważ część z nich Przystępujący planował wykonać własnymi siłami.

59. Wystarczy jednak porównać ofertę Przystępującego oraz ofertę Instal-Nika załączoną do wyjaśnień z dnia 19.08.2019 r., aby powyższa argumentacja stała się całkowicie bezzasadna:

zadanie	oferta Instalbud	oferta InstalNika	różnica pomiędzy ofertami
1.1.3	1.233.308,95 zł	1.234.124,00 zł	-815,05 zł

1.1.4	1.607.212,75 zł	1.501.748,00 zł	105.464,75 zł
1.1.5	1.438.239,50 zł	1.438.405,00 zł	-165,50 zł
łącznie:	4.278.761,20 zł	4.174.277,00 zł	104.484,20 zł

60. Z powyższego wynika, że pomimo twierdzeń Przystępującego, różnica pomiędzy ofertą Przystępującego a ofertą Instal-Nika była niewielka (biorąc pod uwagę całkowitą wartość) i należy uznać ją za zbyt niską, aby przyjąć, że w różnicy tej zawierają się pominięte roboty. Po drugie, zaoferowana przez Instalbud cena za prace odtworzeniowe wydaje się pokrywać wyłącznie zakres prac uwzględnionych w wycenie przez Instal-Nika, w związku z czym nie obejmuje ona prac odtworzeniowych, które zgodnie z siwz będą konieczne do wykonania a które zostaną objęte nowymi projektami.

61, W konsekwencji należy uznać, że Przystępujący w swojej ofercie (i w zaoferowanej cenie) nie uwzględnił wszystkich koniecznych prac w ramach odtwarzania nawierzchni, a tym samym jego oferta jest niezgodna z postanowieniami siwz.

(rury kamionkowe)

62. Nie można się także zgodzić z argumentacją Przystępującego w zakresie rur kamionkowych (por. strona 8 pisma z dnia 4.11.2019 r.). Odwołujący podtrzymuje sformułowany w odwołaniu zarzut niezgodności oferty Przystępującego z siwz w zakresie stosowanych rur.

63. Co istotne, wbrew stanowisku Instalbud, odpowiedzi nr 21, 41 oraz 52 do siwz, sformułowane przez Zamawiającego nie dopuszczają możliwości dowolnej zmiany stosowanych przy robotach budowlanych rur.

64. Zamawiający wskazał bowiem, że:

Odpowiedź nr 21

Należy zastosować rury zgodnie z dokumentacją projektową.

Jedynie w przypadku braku na rynku rur kamionkowych glazurowanych precyzyjnych, Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur mikrotunelinguowych z alternatywnego materiału pod warunkiem zachowania ich analogicznych parametrów gabarytowych, ze względu na konieczność umieszczenia rur przewodowych w rurach osłonowych o konkretnych wymiarach wskazanych w Pozwoleniu Wodnoprawnym, parametrów wytrzymałościowych

W przypadku zmiany materiału rur precyzyjnych Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji robót zobowiązany jest do wykonania obliczeń statycznych i przedstawienia ich celem akceptacji Projektantowi oraz Inżynierowi Kontraktu

65. Z powyższego wynika zatem jednoznacznie, że faktycznie Zamawiający dopuszcza możliwość użycia przez wykonawcę innych rur niż kamionkowe glazurowane, ale wyłącznie w przypadku, gdy wskazane w siwz rury nie będą dostępne na rynku. Z informacji posiadanych przez Odwołującego, który w tym samym okresie czasu co Przystępujący przygotowywał ofertę w tym samym postępowaniu, wynika, że rury kamionkowe glazurowane są dostępne na rynku, w związku z czym brak było podstaw do uwzględnienia w ofercie rur innego rodzaju. Ponadto, Przystępujący nie wykazał, aby rury kamionkowe glazurowane były niedostępne na rynku, a tym samym, że zostały spełnione wymagania Zamawiającego sformułowane w przytoczonej odpowiedzi.

66. Tymczasem Przystępujący przyjmuje w swoich założeniach, że spełni się ww. warunek (przyszły i wysoce niepewny), a dopuszczający zmianę rur, choć w nawet nie starał się w swych wyjaśnieniach uprawdopodobnić, że ten warunek się spełni.

67. Z uwagi na powyższe, zarzut niezgodności oferty Instalbud z siwz w zakresie zastosowania innych rur niż wymagane przez Zamawiającego, jest całkowicie uzasadniony, tak samo jak zarzut przyjęcia błędnych rur do wyceny.

68. Reasumując Przystępujący nawet na etapie postępowania odwoławczego (co i tak jest znacznie spóźnione) w żaden sposób nie obala domniemania rażąco niskiej ceny, a co więcej jego tłumaczenia m.in.:

potwierdzają (np. w zakresie odtworzenia nawierzchni) błędne założenia co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, a tym samym wyceny,

potwierdzają brak wyceny (np. w zakresie ul. Modlińskiej) brak wyceny pewnych prac (odtworzenia) wskutek przyjęcia, że w braku dokumentacji można dane prace pominąć,

przyjmują (np. w przypadku rur kamionkowych powlekanych) spełnienie warunku przyszłego i wysoce niepewnego w postaci możliwości zmiany materiałowej, oparte są na ofertach podwykonawców, z których korzystanie jest niedopuszczalne w świetle oferty Instalbud,

w żaden sposób nie odnoszą się do kosztów realizacji przedmiotu zamówienia (np. kosztów pracy ludzi, sprzętu, kosztów wszystkich materiałów, kosztów ogólnych i pośrednich).

Stanowisko zamawiającego

Pismem z dnia 15 listopada 2019 roku zamawiający odnosząc się do treści:

- odwołania z dnia 21 października 2019 r. wniesionego przez Odwołującego ETP S.A.
- pisma tegoż odwołującego z dnia 13 listopada 2019 r.
- argumentacji przedstawionej podczas rozprawy w dniach 5 i 13 listopada 2019 r.

dotyczących naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, oraz jednocześnie przy uwzględnieniu stanowiska prezentowanego przez Przystępującego po stronie Zamawiającego, wnoszę o:

1. oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji,
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa, na podstawie przedłożonej w toku rozprawy faktury VAT.

UZASADNIENIE

(niemożność orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu)

Treścią art. 192 ust. 7 ustawy Pzp ustawodawca ustanowił zakaz orzekania ponad zarzuty zawarte w odwołaniu. Jest bowiem częstą praktyką próba rozszerzania zarzutów odwołania podczas rozprawy przed KIO. Jest to działanie niedopuszczalne, a Izba w takich sytuacjach nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Izba nie może również samodzielnie rozszerzać podstawy prawnej i faktycznej orzekania. Warto w tym miejscu zauważyć, że na zarzut składają się podstawa prawna, jak i okoliczności faktyczne uzasadniające naruszenie przepisów. Tym samym Izba może orzekać w granicach zarzutów podnoszonych przez strony rozumianych zarówno jako wskazanie naruszeń prawnych, jak i faktycznych.

Przytoczenie powyżej regulacji prawa zamówień publicznych jest o tyle istotne i zasadne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, albowiem jak ustalił Odwołujący w treści złożonego odwołania. podstawą faktyczną podniesionego zarzutu rażąco niskiej ceny jest jedynie koszt odtworzenia nawierzchni (pkt 10, 29 i 35 uzasadnienia odwołania). Odwołujący w jakimkolwiek innym miejscu uzasadnienia odwołania uzasadniając okoliczności zarzutu rażąco niskiej ceny nie powołuje innych okoliczności faktycznych, aniżeli zagadnienie kosztu odtworzenia nawierzchni. Pozostałe wywody dotyczące zarzutu rażąco niskiej ceny zawarte w pkt 10-37 uzasadnienia odwołania dotyczą ogólnym zagadnień badania tego rodzaju aspektów. W konsekwencji rozważania, co do oceny rażąco niskiej ceny mogą odnosić się wyłącznie do wyceny odtworzenia nawierzchni.

Na poparcie przedstawionej powyżej argumentacji Zamawiający wskazuje na liczne i jednolite orzecznictwo KIO, i tak przykładowo:

KIO 673/19 - wyrok KIO z dnia 20-05-2019

Zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 192 ust. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poza zakresem kognicji Izby pozostają zarzuty, które nie znalazły się w treści odwołania. Z kolei, definiując zarzut odwołania należy powiedzieć, że składa się on z podstawy faktycznej i prawnej, tj. przytoczenia konkretnych okoliczności, w których odwołujący się wykonawca upatruje naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych j wskazania odpowiednich regulacji. O ile jeszcze można zgodzić się z twierdzeniem, że przytoczenie podstawy prawnej nie ma dla wynikającej z przywołanego przepisu reguły pierwszorzędного znaczenia, jako że Izba rozpatrując odwołanie samodzielnie dokonuje subsumpcji określonego stanu faktycznego pod odpowiednią normę prawną wynikającą z przepisu wskazanej ustawy, o tyle niedopuszczalna jest jakakolwiek zmiana w obrębie wynikających z odwołania okoliczności faktycznych.

KIO 733/19 - wyrok KIO z dnia 10-05-2019

KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Istnieje potrzeba ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak j przypisana im kwalifikacja prawna.

KIO 2330/18 - wyrok KIO z dnia 28-11-2018

Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwie odwołującego.

Z powyższych przyczyn i powodów nie sposób zaakceptować naruszającej ww. przepis próby rozszerzenia przez Odwołującego zakresu zarzutów podniesionych pierwotnie w odwołaniu, co miało miejsce zarówno podczas rozprawy w dniu 5 i 13 listopada br., w tym przede wszystkim w stanowisku pisemnym Odwołującego zaprezentowanym w piśmie z dnia 13.11.2019 r. Z powyżej wymienionego powodu, rozszerzająca zarzuty (okoliczności faktyczne) argumentacja zawarta w piśmie Odwołującego z dnia 13.11.2019 r. powinna być pominięta. W punktach od 11 do 43 tego pisma Odwołujący w sposób rozszerzający zakres podniesionych w odwołaniu zarzutów przedstawia swoją argumentację w odniesieniu do całości wyjaśnień Przystępującego w zakresie rażąco niskiej ceny, a nie jedynie w odniesieniu do zakresu odtworzenia nawierzchni, jak wskazywał pierwotnie w odwołaniu, W tym względzie nawet liberalna analiza treści odwołania w zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny w stosunku do treści pisma Odwołującego z dnia 13.11.2019 r. wskazuje bardzo wyraźnie, iż treść odwołania

w istocie poza wskazaniem, że zarzut rażąco niskiej ceny dotyczy zakresu odtworzenia nawierzchni nie zawiera opisu okoliczności, które w ocenie Odwołującego miałyby wskazywać i uzasadniać postawienie takiego zarzutu. Dopiero w piśmie z dnia 13.11.2019 r. Odwołujący w niedozwolony sposób rozszerza swoje okoliczności na poparcie postawionego zarzutu. W tym względzie rozpatrywanie wszelkich aspektów badania rażąco niskiej ceny i zaniechanie ograniczenia tych rozważań jedynie do zagadnienia wyceny odtworzenia nawierzchni w brzmieniu ustalonym treścią odwołania, stanowić będzie naruszenie przepisów art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Brak możliwości rozszerzenia podstaw faktycznych podniesionych zarzutów, wielokrotnie była przedmiotem rozstrzygnięć KIO — przykładowo należy wskazać na reprezentatywne orzeczenie KIO 2336/18 - wyrok KIO z dnia 23-11-2018, w którym stwierdzono, że Krajowa Izba Odwoławcza jest związana zarzutami odwołania i rozstrzyga wyłącznie w ich granicach, dlatego tak istotną wagę ma prawidłowe skonstruowanie zarzutów, nie można bowiem rozszerzać podstaw faktycznych podniesionych zarzutów po upływie terminu na wniesienie odwołania.

(zarzut zaoferowania rażąco niskiej ceny — treść zawarta w odwołaniu z 21.10.2019 r. oraz rażąco niska cena — ciężar dowodowy — treść zawarta w piśmie odwołującego z dnia 13.11.2019 r. — uwagi ogólne Odwołującego, oferty podwykonawców)

Odnosząc się do zagadnień opisanych ww. śródtytułem, należy podnieść, iż Odwołujący przywołuje orzecznictwo KIO wskazując, że przedkładane wyjaśnienia w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny muszą być konkretne, odpowiednio umotywowane i odnoszące się do danego zamówienia. W ten sposób Odwołujący podejmuje próbę wywołania mylnego wyobrażenia o zakresie i sposobie przedstawionych wyjaśnień Przystępującego. W szczególności Odwołujący wskazuje, że wyjaśnienia Przystępującego są niewystarczające, albowiem w istocie nie spełniają oczekiwań, jakie formułowałyby lub jakich oczekiwałby Odwołujący, W kolejnych punktach - pkt 19 — 37 uzasadnienia odwołania, Odwołujący formułuje szereg własnych oczekiwań jakim powinny podolać wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Wyżej przedstawiony sposób prezentacji i dowodzenia zasadności zarzutów Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie uwzględnia treści wezwań jakie kierował Zamawiający do Przystępującego w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W szczególności Odwołujący nie uwzględnia faktu, iż Zamawiający skonkretyzował swoje oczekiwanie co do sposobu prezentacji rozbicia i kalkulacji ceny ofertowej, którą badał pod kątem oceny w zakresie rażąco niskiej ceny. Zamawiający dopuścił możliwość przedstawienia takiej kalkulacji za pomocą tabeli przedstawionej w piśmie z dnia 12 sierpnia 2019 r. Przystępujący odpowiadając w zakresie sposobu kalkulacji oraz obliczenia ceny zastosował przedstawiony przez Zamawiającego wzór, a zatem odpowiedział na oczekiwanie Zamawiającego w tym zakresie. W odniesieniu do pozostałych okoliczności niezbędnych do

zbadań zasadności obniżenia ceny przez Przystępującego do poziomu zaprezentowanego w ofercie, Przystępujący przedstawił, głównie w pkt 3, 4 oraz 5 pisma z dnia 19.08.2019 r. oraz załącznikach do tego pisma, okoliczności, które miały istotny wpływ na poziom skalkulowania ceny przez Przystępującego. Istnienie i wpływ tych okoliczności były i są wiarygodne dla Zamawiającego. W tym względzie zupełnie niezrozumiałe jest bezrefleksyjne negowanie przez Odwołującego wskazanych przez Przystępującego w tym piśmie okoliczności. W szczególności Odwołujący po raz kolejny próbuje wywołać mylne wyobrażenie na temat sposobu prezentacji wyjaśnień przedstawionych przez Przystępującego i w odniesieniu do konkretnych okoliczności podanych w wyjaśnieniach używa bezzasadnych i obiegowych stwierdzeń jak na przykład: „ogólnikowe 1” lakoniczne”, „rzekomo poczynione oszczędności”, „w żaden sposób nie wykazał”) „bez znaczenia dla sprawy”, „niewiarygodna” i czyni te stwierdzenia gołosłownymi. W tym zakresie, Odwołujący poza ww. ogólnymi stwierdzeniami nie uzasadnia i pomija w swojej argumentacji m.in. dlaczego w ocenie Odwołującego przedstawione przez Przystępującego okoliczności miałyby być uznane za niewiarygodne czy bez znaczenia dla sprawy etc.

W tym względzie przedstawione wyjaśnienia stanowiły adekwatną odpowiedź Przystępującego na treść skierowanych do niego wezwań co do zakresu i sposobu sformułowanych przez Zamawiającego oczekiwań, co konsekwentnie pomija i przemilcza Odwołujący. Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie KIO „Z art. 90 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wynika, że wyjaśnienia muszą być złożone w taki sposób, by w oparciu o nie można było dokonać - pozytywnej - oceny oferty, w tym, w miarę konieczności i możliwości, zostać poparte dowodami. Wyjaśnienia składane przez wykonawcę, aby mogły uzyskać taką pozytywną ocenę, muszą też swoim zakresem odpowiadać wezwaniu zamawiającego (oczywiście mogą być też szersze, jeśli wykonawca uzna to za celowe).” - KIO 1048/19 - wyrok KIO z dnia 27-06-2019 lub kolejne orzeczenie - KIO 671/19 wyrok KIO z dnia 254)42019, w którym dobitnie zostało podkreślone, że „Choć nie istnieje jeden wyłącznie poprawny i wspólny wszystkim wykonawcom w danym postępowaniu wzorzec konstruowania ceny oferty (a zarazem wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w ramach których przedstawiany jest przyjęty przez wykonawcę model kalkulacji ceny), to jednak zwraca się uwagę, że wspólnym mianownikiem dla wyjaśnień rażąco niskiej ceny w każdym postępowaniu, w którym badanie tej kwestii jest prowadzone, jest odpowiedź na oczekiwania zamawiającego wyrażone w treści wezwania.” oraz KIO 530/19 - wyrok KIO z dnia 10-04-2019: „Odpowiedź przystępującego, adekwatna do treści i zakresu wezwania do złożenia wyjaśnień, skutkuje uznaniem braku podstaw do stwierdzenia, że przystępujący nie wypełnił ciążącego na nim, zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązku wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.”

Przyjęta przez Odwołującego jedynie negacyjna retoryka nie może uzasadniać zasadności dla uznania, że Przystępujący zaoferował wykonanie zamówienia w cenie rażąco niskiej, w szczególności, że wyjaśnienia Przystępującego były konkretne i wyczerpujące, w tym zostały poparte dowodami i nade wszystko odpowiadały oczekiwaniom Zamawiającego. W odniesieniu do sformułowanego zarzutu co do rażąco niskiej ceny odnoszącej się do zagadnienia odtworzenia nawierzchni, Zamawiający w toku dwukrotnych wyjaśnień uzyskał potwierdzenie zasadności dla przedstawionej wyceny odtworzenia nawierzchni, co spełniało "stosowane do Przystępującego oczekiwania.

Odnosząc się z kolei do poruszonego przez Odwołującego zagadnienia ofert podwykonawców, na które miałyby powoływać się Przystępujący, należy dostrzec również analogiczną retorykę Odwołującego zmierzającą do wywołania mylnego wrażenia w przedmiotowym zakresie. Analogicznie jak w zakresie ogólnych wywodów Odwołującego w zakresie rażąco niskiej ceny, tak również i w odniesieniu do zagadnienia dowodów przedstawionych przez Przystępującego w zakresie podstaw oszacowania i skalkulowania wyceny oferty, Odwołujący ponownie dopuszcza się przekłamania znaczenia / nadinterpretacji rozumienia ofert przedstawionych jako dowodów w ramach wyjaśnień Przystępującego z dnia 19.08.2019 r. W tym miejscu należałoby podkreślić, iż w żadnym miejscu przedmiotowych wyjaśnień Przystępujący nie określił, iż zamierza traktować przedmiotowych dostawców jako podwykonawców robót w ramach realizacji zamówienia publicznego. To sam Odwołujący pomimo braku takich sformułowań w treści wyjaśnień Przystępującego dookreśla rolę tych podmiotów jako podwykonawców na realizację elementów zamówienia (pkt 26 i nast. treści odwołania). Co jednak istotne i wymaga podkreślenia, zarówno treści wyjaśnień Przystępującego z dnia 19.08.2019 r. jak również późniejsze twierdzenia podczas rozprawy zaprzeczają takiej interpretacji, wskazując, iż przedmiotowe oferty zostały złożone w celu wykazania dostępności dla Przystępującego określonych materiałów i usług wg. stawek z tych ofert, ale również dla zobrazowania rynkowego poziomu tych cen. Nieuzasadniona i bezpodstawną nadinterpretacją Odwołującego prowadzącą „po raz kolejny” do rozszerzenia zarzutu (tym razem w oparciu o twierdzenia Odwołującego iż w ofercie Przystępującego nie przewidywano udziału podwykonawstwa, w przeciwieństwie do treści wyjaśnień, z których jak rzekomo twierdzi Odwołujący wynikać miałyby, że takie podwykonawstwo będzie miało miejsce) nie może znaleźć uzasadnienia, albowiem taki zarzut nie został postawiony w treści Odwołania. Tym niemniej na marginesie Zamawiający wskazuje, iż w świetle treści orzeczenia KIO 1082/19 z dnia 2.07.2019 r. „Przepisy art. 36a, art. 36b oraz art. 36ba pzp nie statuują bezwzględnego obowiązku podania w ofercie nazw podwykonawców oraz zakresu powierzonych im prac i to pod rygorem odrzucenia oferty. C..) Również ustalenie zakresu prac przewidzianych do wykonania przez podwykonawcę w sytuacji braku szczególnych wymagań

zamawiającego ma charakter informacyjny.” oraz KIO 1060/19 - wyrok KIO z dnia 27-06-2019 „Zmiana zakresu prac powierzanych podwykonawcy nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Podanie zakresu prac, które będą wykonane przez podwykonawcę ma charakter wyłącznie informacyjny. "rozważania Odwołującego, poza ww. aspektem niedopuszczalności rozszerzenia zarzutów odwołania są bezprzedmiotowe, albowiem nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

W zakresie formalnoprawnych aspektów rozpatrywanej sprawy z pewnością warto odnieść się do całkowicie bezzasadnych wniosków wskazanych przez Odwołującego w piśmie z dnia 13.11 DOI 9 r. Idąc tokiem rozumowania Odwołującego przedstawionym w pkt 1 — 10 tego pisma, należałoby uznać, że Przystępującemu jako uczestnikowi postępowania odwołania nie przysługuje prawo odparcia twierdzeń Odwołującego, co ewidentnie naruszałby przepisy art. 190 ust. 1 ustawy pzp. Zgodnie bowiem z tym przepisem „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy." W związku z tym twierdzenia Odwołującego zawarte w pkt 1-10 ww. pisma, jakoby twierdzenia Przystępującego miały dotyczyć rozszerzenia argumentacji i wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny są bezpodstawne i bezprzedmiotowe.

(odtworzenie nawierzchni, zmienione wytyczne dot. odtworzenie nawierzchni)

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego Wykonawca budowy sieci kanalizacji sanitarnej na Osiedlu Buków, w ramach ryczałtowej ceny kontraktowej, zobowiązany jest do opracowania/aktualizacji projektów odtworzenia nawierzchni wraz z ich wdrożeniem (OPZ str. 1. przedostatni tiret).

Zgodnie z kolejnymi zapisami OPZ, ust. 2 pkt. II (str. 3 OPZ) Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia zobowiązany jest do:

7. opracowania nowych projektów odtworzenia nawierzchni dla terenów będących w zarządzie Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka Urzędu m.st. Warszawy w oparciu o załączone wytyczne techniczne:

a. zgodnie z warunkami nr UD-II-WIR.7230.355.2018.ABA z dn. 30.03.2018r. oraz UD-IIWIR.7230.355.2018.ABA(5.ABA.UD-II-WtR) z dn. 11.06.2018r., w zakresie Zadania 1.1.3 oraz Zadania 1.1.5 oraz wymaganiami Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka) oraz uzyskania niezbędnych uzgodnień, a następnie odtworzenie nawierzchni. Dla ułatwienia

określenia zakresu odtworzenia nawierzchni załączone zostały nieaktualne projekty odtworzenia nawierzchni.

8. aktualizacji projektów odtworzenia nawierzchni dla terenów będących w zarządzie Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka Urzędu m.st. Warszawy w oparciu o załączone wytyczne techniczne:

a. zgodnie z warunkami nr UD-It-WIR.7230.981.2018.ABA z dn. 14.08.2018r, w zakresie Zadania 1.1.4 oraz wymaganiami Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka oraz uzyskania niezbędnych uzgodnień, a następnie odtworzenie nawierzchni. Dla ułatwienia określenia zakresu odtworzenia nawierzchni załączone zostały nieaktualne projekty odtworzenia nawierzchni.

9, w przypadku konieczności, Wykonawca zobowiązany jest do:

b) przedłużenia uzgodnień lub dokonania nowych uzgodnień lub rozwiązań niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia;

c) wykonania czynności wskazanych w pkt b) na własny koszt; oraz ust. 4 pkt. 4.3. str. 7 OPZ:

4.3. Dla Zadania I. 1.4: należy przewidzieć bezwykopowe wykonanie sieci lub odcinków sieci w ul. Gąsiorowskiej w miejscach naruszenia istniejących zjazdów lub chodników, będących na gwarancji zgodnie z pismem Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka, znak UD-IIWIR.7230,981.2018.ABA z dn. 14.08.2018r.;

Powyższe zapisy zostały ponownie przytoczone lub doszczegółowione w piśmie z dnia 03.07.2019 r. zawierającym odpowiedzi Zamawiającego na pytania Wykonawców pod nr 31 33, 43:

Pytanie nr 31

W uzgodnieniach odtworzenia nawierzchni ulic na osiedlu Buków dotyczących zadania I 1.3 wydanych przez Zastępcę Burmistrza Dzielnicy Białołęka zawarta została informacja o odtworzeniu nawierzchni oraz podbudowy na całej szerokości jezdni. Wedle nas zasadnym byłoby wykonanie odtworzenia podbudowy i warstwy wiążącej po śladzie wykonanej sieci + poszerzenia 20 cm z każdej strony oraz odtworzenie nawierzchni ścieralnej na całej szerokości jezdni. Prosimy jednoznacznie potwierdzić sposób odtworzenia podbudów wraz z warstwami asfaltu dla powyższego zakresu.

Odpowiedź nr 31

Zgodnie z zapisami Opisu Przedmiotu Zamówienia pkt 2 ust. II ppkt. 7:

II. Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do:

1. opracowania nowych projektów odtworzenia nawierzchni dla terenów będących w zarządzie Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka Urzędu m.st. Warszawy w oparciu o załączone wytyczne techniczne:

b. zgodnie z warunkami nr UD-11-WIR.7230,355.2018.ABA z dn. 30.03.2018r. oraz UD-II z dn. 11.06,2018r., w zakresie Zadania L 1.3 oraz Zadania I. 1.5 oraz wymaganiami Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka) oraz uzyskania niezbędnych uzgodnień, a następnie odtworzenie nawierzchni. Dla ułatwienia określenia zakresu odtworzenia nawierzchni załączone zostały nieaktualne projekty odtworzenia nawierzchni.

Pytanie nr 33

Dla zadania I.1 .4: należy przewidzieć bezwykopowe wykonanie sieci lub odcinków sieci w ulicy Gąsiorowskiej w miejscach naruszenia istniejących zjazdów lub chodników, będących na gwarancji — zgodnie z pismem Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka, znak UD-II-WIR. z dn. 14.08.2018r. W załączonej dokumentacji zastosowanie metody

bezwykopowej w powyższych miejscach nie zostało przewidziane, W związku z powyższym, prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, iż sieć kanalizacji sanitarnej wraz z przykanalikami należy wykonać zgodnie z załączonym projektem (tzn. wykopem otwartym). W przeciwnym wypadku, prosimy o wskazanie technologii oraz konkretnych miejsc do wykonania metodą bezwykopową.

14 Prosimy o potwierdzenie, iż w Tabeli Wykazu Cen, będącym załącznikiem do oferty, w kolumnie

Wartość procentowa (0/01 należy wpisać jedynie udział procentowy danej pozycji do całości zadania, Odpowiedź nr 33

Zgodnie z pismem Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka, znak UD-II-WIR. 7230.981.2018.ABA z dn. 14 08.2018r. „z uwagi na istniejącą gwarancję zjazd i chodniki' w ul. Gąsiorowskiej należy przekraczać metodą bezwykopową na głębokości min. m od poziomu terenu. "

Zastosowanie metody bezwykopowej dotyczy tylko odcinków sieci kanalizacyjnych zlokalizowanych w chodniku i zjeździe ul. Gąsiorowskiej na odcinku od ul. Przyrzecze do ul. Głównej po zachodniej stronie ulicy. Okres gwarancji ustalony jest do dnia 21.11.2021r.

Wybór sposobu bezwykopowego wykonania odcinków w ul. Gąsiorowskiej na odcinku od u/ Przyrzecze do ul. Głównej po zachodniej stronie ulicy pozostaje po stronie Wykonawcy. Koszt

wyboru bezwykopowego wykonania wskazanych odcinków należy skalkulować w ofercie przetargowej.

Wykonawca na etapie realizacji robót uzgodni z Inżynierem Kontraktu oraz Zamawiającym sposób wykonania oraz materiał do wbudowania.

Pozostały zakres Zadania I. 1.4. należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową.

Zamawiający potwierdza, że w Tabeli Wykazu Cen, będącym załącznikiem do oferty, w kolumnie

Wartość procentowa 10/01 należy wpisać jedynie udział procentowy danej pozycji do całości zadania. Suma Wartości procentowych wskazanych w Tabeli 2 — Wymagania ogólne oraz w Tabeli 3 — Roboty budowlane musi dać wynik 100%.

Pytanie nr 43

W związku z brakiem aktualnych projektów oraz uzgodnień odtworzenia nawierzchni zwracamy się z prośbą o podanie przez Zamawiającego ilości Tm2j nawierzchni do odtworzenia, która to informacja będzie stanowiła podstawę do wyceny ww zakresu robot, dzięki czemu oferty startujących w przetargu Wykonawców będą porównywalne. W chwili obecnej Wykonawca dysponuje jedyne dokumentacją udostępnioną na stronie Zamawiającego, na podstawie której, ze względu na to E rysunki nie są w żadnej skali) Wykonawca nie ma możliwości określenia Mości robót odtworzeniowych. Jednocześnie Wykonawca, prosi o wskazanie technologii odtworzenia nawierzchni, tj., wskazania grubości f parametrów warstw konstrukcyjnych nawierzchni do wykonania na poszczególnych drogach i ulicach, które to informacje będą stanowiły podstawa do wyceny robót odtworzeniowych.

Odpowiedź nr 43

Zamawiający informuje, że zgodnie z zapisami Opisu Przedmiotu Zamówienia dla:

Zadania I. 1,3, oraz Zadania 1.5.

Projekt odtworzenia nawierzchni w ul. Modlińskiej będącej we władaniu Zarządu Dróg Miejskich jest aktualny, pismo nr ZDM-URD.5541.3888.201 7 ,40R.2 z dn. 15.11.2017 r. Projekty zawierają skalę. Pozostały zakres należy przyjąć zgodnie z zapisami Opisu Przedmiotu Zamówienia pkt 2. ust. II ppkt. 7: „II, Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do:

7. opracowania nowych projektów odtworzenia nawierzchni dla terenów będących W zarządzie Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka Urzędu m.st. Warszawy w oparciu o załączone wytyczne techniczne:

zgodnie z warunkami nr UD-11-WIR.7230.355.201&ABA z dn. 30.03.2018r. oraz UD-11WIR, 7230.355.2018.ABA(5-ABA.UD-11-WIR) z dn. 11.06.2018r., w zakresie Zadania 1.1.3 oraz Zadania I. 1.5 oraz wymaganiami Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka) oraz uzyskania niezbędnych uzgodnień, a następnie odtworzenie nawierzchni. Dla ułatwienia określenia zakresu odtworzenia nawierzchni załączone zostały nieaktualne projekty odtworzenia nawierzchni. '

Zadanie I, 1,4.

Projekt odtworzenia nawierzchni w ul. Modlińskiej będącej we władaniu Zarządu Dróg Miejskich jest aktualny, pismo nr ZDMURD.5541.2070.2017,AOR.2 z dn. 18.07.2018 r.

Pozostały zakres zgodnie z zapisami Opisu Przedmiotu Zamówienia pkt 2. ust. II ppkt. 8:

„//.Wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia jest zobowiązany do:

7. aktualizacji projektów odtworzenia nawierzchni dla terenów będących w zarządzie Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka Urzędu m.st. Warszawy w oparciu o załączone wytyczne techniczne:

a.zgodnie z warunkami nr UD-II-WIR. 7230,981.2018.ABA z dn. 14.08.2018r. w zakresie Zadania L 1.4 oraz wymaganiami Wydziału Infrastruktury dla Dzielnicy Białołęka oraz uzyskania niezbędnych uzgodnień, a następnie odtworzenie nawierzchni. Dla ułatwienia określenia zakresu odtworzenia nawierzchni załączone zostały nieaktualne projekty odtworzenia nawierzchni. '

Należy z całą stanowczością podkreślić, że przedmiotowe postępowanie przetargowe prowadzone jest w oparciu o cenę ryczałtową. Nie jest to kontrakt obmiarowy! Zamawiający wymaga realizacji zakresu prac opisanego w SIWZ, OPZ, jego załącznikach oraz udzielonych odpowiedziach na pytania Wykonawców zadanych na etapie postępowania przetargowego.

Zamawiający w piśmie z dnia 12.08.2019 r. zwrócił się do Wykonawców o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny i sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy wskazane w Tabeli zawartej w treści pisma, zawierającej RYCZAŁTOWE rozbiecie oferowanej ceny.

Złożone wyjaśnienia Instalbud Sp. z o.o. z dnia 19.08.2019 r. zostały przedstawione na Tabeli Wykazu Cen, która również zawierała ryczałtowe pozycje dotyczące m.in. odtworzenia nawierzchni dla poszczególnych Zadań.

Z uwagi, iż jest to kontrakt ryczałtowy, Zamawiający dokonał porównania cen przedstawionych przez Wykonawcę z posiadanymi, aktualnymi na dzień ogłoszenia zamówienia (tj. 30.05.2019 kosztorysami. Kosztorysy Zamawiającego były sukcesywnie aktualizowane w oparciu o maksymalne wskaźniki SEKOCENBUDI tj. m.in. narzuty: koszty pośrednie, zysk; stawki

roboczegodziny, poziom cen, obowiązujące w dacie dokonywania aktualizacji, ostatnia aktualizacja jest z daty 05.03.2019 r. (SEKOCENBUD to niekwestionowany krajowy lider w dziedzinie gromadzenia, przetwarzania i publikowania informacji o cenach w budownictwie. Informacje ukazują się w formie cyklicznych wydawnictw - w wersjach drukowanych i elektronicznych. Zawierają bogaty wybór cen i wskaźników, przeznaczonych do sporządzania wszelkiego typu kalkulacji, opracowań i analiz).

Analiza porównawcza wykazała, że cena ryczałtowa dla odtworzenia nawierzchni przyjęta przez Wykonawcę jest ceną równą 100,36% ceny kosztorysowej Zamawiającego, aktualnej na dzień ogłoszenia zamówienia.

Należy podkreślić, że kosztorysy Zamawiającego (opracowane w latach 2017-2018 dla Zadań 1.1 i 1.1 .4 oraz dla Zadania 1.1.5 w 2014 r.) zostały Zaktualizowane w oparciu o najwyższe wskaźniki cenotwórcze i stawki określone przez SEKOCENBUD (na dzień aktualizacji obowiązywały stawki wg. IV kwartału 2018 r.) oraz obejmowały zakres odtworzenia nawierzchni zawarty w nieaktualnych projektach odtworzenia nawierzchni, a więc zakres odtworzenia większy niż zakładany przez Wykonawców przy ofertowaniu (zgodnie z wytycznymi zarządców drogi, załączonymi do przetargu).

Dowód:

Zgodnie z warunkami zawartymi w nieaktualnej dokumentacji odtworzenia nawierzchni nr UD-IIWIR. 7234.27.2012.EKO z dnia 08.01.2012 r. „Odtworzenie nawierzchni oraz podbudowy należy wykonać na całej/ szerokości jezdni.". Przy czym należy pamiętać, że odtworzenie nawierzchni dotyczy zarówno warstwy ścieralnej jak i wiążącej.

Natomiast nowe warunki odtworzenia nawierzchni nr UD-II-WIR.7230.355.2018.ABA z dnia 20.08,2018 r., zgodnie z którymi należy opracować nowe projekty odtworzenia nawierzchni ograniczają/zmniejszają odtworzenie nawierzchni do wykonania jedynie warstwy ścieralnej na całej szerokości jezdni, pozostałe warstwy, tj. warstwa wiążąca oraz podbudowa wymagają odtworzenia jedynie w zakresie 0,4 — 0 8 tn poza obrys wkopu.

Zgodnie z pismem nr UD-II-WIR.7230.355.2018.ABA z dnia 11.06.2019 r. kategorie obciążenia dróg ruchem dotyczą jedynie zakresu KR 2-4 co wyznacza zakres odtworzenia poza obrys do max. 0/80 m.

Zatem jest to znaczne zmniejszenie zakresu prac związanych z odtworzeniem nawierzchni do wykonania.

Np. przyjmując, że:

szerokość jezdni na terenie Bukowa to ok. 5 m, szerokość wykopu dla ułożenia kanalizacji to ok. 1 m szerokością odtworzenia poza obrys wykopu to max. 0,8 m wtedy:

nowy zakres odtworzenia nawierzchni w zakresie odtworzenia warstwy wiążącej i podbudowy został zmniejszony o ok. 52%.

Jest to znaczna różnica cenotwórcza, którą Odwołujący całkowicie pomija w swoim odwołaniu, powołując się na błędy pomiaru. Kontrakt RYCZAŁTOWY!

Przy założeniu, że objęta zmienionymi warunkami odtworzenia:

długość kanalizacji to ok. 2 340 m, szerokość ulic, w których będzie ułożona kanalizacja to ok. 5 m, wtedy:

licząc zgodnie z pierwotnymi warunkami do odtworzenia nawierzchni byłoby: ok. 11 700 m² — dla warstwy ścieralnej; ok. 1 1 700 m² — dla warstwy wiążącej; ok. 1 1 700 m² — dla podbudowy; licząc zgodnie z nowymi wytycznymi dla odtworzenia nawierzchni byłoby: ok. 1 1 700 m² — dla warstwy ścieralnej ok. 6 084 m² — dla warstwy wiążącej; ok. 6 084 m² — dla warstwy wiążącej;

Wynik: zmniejszenie powierzchni dla każdej z dwóch ostatnich warstw po ok. 50%

Zatem zdaniem Zamawiającego możliwe jest wykonanie zakresu prac dotyczących odtworzenia nawierzchni przez Przystępującego w założonej cenie ryczałtowej, przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 19.08.2019 r.

Dodatkowo należy podkreślić, że po raz kolejny Odwołujący dopuszcza się błędów i manipulacji danymi w przedstawianych rozważaniach dla uwiarygodnienia swojej tezy i ścieżki dowodowej.

Dowody:

Pkt 59. pisma z dnia 13.11*2019 r. (tabela) zniżenie wartości ceny za odtworzenie nawierzchni. Zgodnie z ofertą Przystępującego wartość odtworzenia nawierzchni to 4.323.761120 zł.

Pkt 53. pisma z dnia 21 .10.2019 r. dwukrotne zawyżenie ceny jednostkowej mb rury kamionkowej,

Pkt 53. Pisma z dnia 21.10.2019 r. przytoczenie błędnej ilości komór startowych i odbiorczych,

Pozwala to nasunąć pytanie, gdzie jeszcze ukryte są podobne nieścisłości.

tury kamionkowe)

Odwołujący w swoich rozważaniach m.in. piśmie z dn. 21.10.2019 r. w pkt 53, 55.- 57. oraz w piśmie z dnia 13.11.2019 r. pkt. 55.-57. opiera swoje dowody:

na ofercie droższej (zawierającej niedozwolony materiał nieglazurowany dla sieci kanalizacyjnej realizowanej wykopem otwartym) pomijając całkowicie w swoich rozważaniach niższą ofertę firmy RUREX:

1. Oferta RUREX jest niższa o 58.207 69 zł brutto niż przytoczona przez Odwołującego oferta HTI BP sp. z o.o.,

2. Obie oferty zawierają rury przeciskowe nieglazurowane,

3. Oferta RUREX zawiera rury DN 300/250/200 kamionkowe glazurowane, podczas gdy oferta HTI — nieglazurowane (niezgodne z OPZ),

Zdaniem Zamawiającego przytoczone przez Odwołującego zarzuty niezgodności oferty Instalbud z SIWZ w zakresie materiału nie mają podstaw, opierają się jedynie na jednym dokumencie, całkowicie pomijając ofertę korzystniejszą dla Przystępującego.

Jednocześnie należy podkreślić, że zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, dokumentacją projektową oraz odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego przy piśmie z dnia 03.07.2019 r. do pytań nr 21,

Pytanie nr 21

Zgodnie z dokumentacją techniczną zadanie I. 1.3 oraz 11.4 należy wykonać z rur kamionkowych obustronnie glazurowanych, natomiast zadanie I. 1,5 z rur kamionkowych glazurowanych tylko wewnętrznie. W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie, iż należy zastosować rury zgodnie z dokumentacją. Odpowiedź nr 21

Należy zastosować rury zgodnie z dokumentacją projektową.

Jedynie w przypadku braku na rynku rur kamionkowych glazurowanych przeciskowych, Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur mikrotunelinguowych z alternatywnego materiału pod warunkiem zachowania ich analogicznych parametrów gabarytowych, ze względu na konieczność umieszczenia rur przewodowych w rurach osłonowych o konkretnych wymiarach wskazanych w Pozwoleniu Wodnoprawnym, parametrów wytrzymałościowych.

W przypadku zmiany materiału rur przeciskowych Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji robót zobowiązany jest do wykonania obliczeń statycznych i przedstawienia ich celem akceptacji Projektantowi oraz Inżynierowi Kontraktu.

Pytanie nr 41

W związku z barkiem na rynku rur kamionkowych glazurowanych Wykonawca zwraca się z prośbą o możliwość zastosowania alternatywnego materiału np. rur żelbetowych, PVC, GRP, polimerobeton. Sugerujemy zastosowanie rur odpowiednim ciężarze ze względu na możliwość wyporu rurociągu z uwagi na tak wysoki poziom wód gruntowych.

Odpowiedź nr 41

W przypadku braku na rynku rur kamionkowych glazurowanych przeciskowych, Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur mikrotunelingu z alternatywnego materiału pod warunkiem zachowania ich analogicznych ..

_ parametrów gabarytowych, ze względu na konieczność umieszczenia rur przewodowych w rurach osłonowych o konkretnych wymiarach wskazanych w Pozwoleniu Wodnoprawnym, _ parametrów wytrzymałościowych.

W przypadku zmiany materiału rur Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji robót zobowiązany jest do wykonania obliczeń statycznych i przedstawienia ich celem akceptacji Projektantowi oraz Inżynierowi Kontraktu.

Pytanie nr 52

Czy Zamawiający pozwoli zamienić rurę kamionkową obustronnie glazurowaną do mikrotunelingu na inny materiał? W chwili obecnej otrzymujemy informacje, że ta rura jest niedostępna.

Odpowiedź nr 52

W przypadku braku na rynku rur kamionkowych glazurowanych przeciskowych, Zamawiający dopuszcza zastosowanie rur mikrotunelingu z alternatywnego materiału pod warunkiem zachowania ich analogicznych :_ parametrów gabarytowych, ze względu na konieczność umieszczenia rur przewodowych w rurach osłonowych o konkretnych wymiarach wskazanych w Pozwoleniu Wodnoprawnym, _ parametrów wytrzymałościowych.

W przypadku zmiany materiału rur Wykonawca przed przystąpieniem do realizacji robót zobowiązany jest do wykonania obliczeń statycznych i przedstawienia ich celem akceptacji Projektantowi oraz Inżynierowi Kontraktu.

Zarzut Odwołującego w odniesieniu do zastosowania w wycenie przez Przystępującego rur niezgodnych z SIWZ nie ma zastosowania. M.in. w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik do OPZ w ust. 3 pkt. 3.1. ppkt 26. pn.:

26. Projekt budowlany dotyczący budowy sieci kanalizacji ściekowej wraz z odcinkiem sieci od kanału głównego do granicy nieruchomości przy ul. Aluzyjnej na odcinku od pompowni PG-

2 do granicy pasa drogowego ul. Modlińskiej na terenie dzielnicy Białołęka m.st. Warszawy (dz. ew. nr 8/28, 8/29, 8/30, 11/2, 13/5, 19 obręb 4-01-04) zawarto w pkt. 6.1. na str. 7-8 informację, że (...) „Główny kanał ściekowy (a..) projektuje się wykonać z rur kamionkowych preciskowych glazurowanych DN300 (dopuszcza się rury kamionkowe nieglazurowane wg PN-EN 295-1:2013-06).

Zamawiający opracowując SIWZ miał świadomość braku na rynku rur preciskowych glazurowanych i dlatego dodatkowo, mając na uwadze utrzymujący się stan braku na rynku rur glazurowanych preciskowych DN300 (rozpoznanie przeprowadzone wśród dostawców) w przytoczonych powyżej odpowiedziach z dnia 03.07.2019 Zamawiający dopuszcza, w przypadku braku na rynku rur kamionkowych glazurowanych preciskowych, zastosowania rur z alternatywnego materiału.

Odwołujący ponownie dopuszcza się manipulacji faktami posługując się uogólnieniami. Dopuszczenie przez Zamawiającego alternatywnego materiału, w tym rur nieglazurowanych, dotyczy tylko i wyłącznie rur preciskowych DN300.

Pozostały zakres prac związany z ułożeniem sieci kanalizacyjnej w wykopie otwartym ma być wykonany zgodnie z dokumentacją projektową Przytoczone powyżej Pytanie nr 21 oraz treść odpowiedzi są jasne i czytelne, dlatego Zamawiający analizując ofertę Przystępującego nie znalazł podstaw oraz nieścisłości z zapisami SiWZ. Analizie poddane zostały obydwie oferty na materiał złożone przez Przystępującego. Co więcej Zamawiający skontaktował się z obydwoma firmami telefonicznie celem potwierdzenia rodzaju i dostępności wskazanych w ofertach rur na rynku.

Imikrotunelling, komory tymczasowe)

M.in. w pkt. II ust. 9. Projektu budowlanego pn.: „Budowa sieci kanalizacji ściekowej wraz z odcinkami sieci od kanału głównego do granic nieruchomości w ul. Modlińskiej na odcinku od ul. Aluzyjnej do ul. Jędrzejowskiego na terenie dz. Białołęka m.st. Warszawy w pasie drogi krajowej DK61 'I', jest zapis mówiący o wykonaniu tymczasowych komór przewiertowych z grodzic (startowe i Odbiorcze).

Jednocześnie w Opisie Przedmiotu Zamówienia w pkt. 2., ust. II) ppkt. 2. po stronie Wykonawcy jest wykonanie projektu konstrukcyjnego szalowania tymczasowych komór Wszystkie komory winny być tak wykonane, by spełniały warunki BHP, wytrzymałościowe oraz gwarantowały stabilność maszyny mikrotunelingu, C..).

Zatem Zamawiający nie ogranicza Wykonawcy do wykorzystania jednego rodzaju szalowania komór, a mając na uwadze różne podejścia Wykonawców do realizacji prac bezwykopowych, dopuścił możliwość dobrania przez Wykonawcę sposobu realizacji komór tymczasowych w

technologii wygodnej dla Wykonawcy, przy jednoczesnym warunku opracowania projektu konstrukcyjnego szalowania komór tymczasowych,

Zdaniem Zamawiającego technologicznie możliwe jest wykonanie przewiertu z szalunkowej komory startowej na głębokości 6 m. Na rynku dostępne są m.in. szalunki modułowe/słupowe pozwalające realizować prace do głębokości nawet 10 m (dowód poniższy załącznik). Zarzut Odwołującego o konieczności wykorzystania jedynie grodzic, braku przez Przystępującego odpowiedniego sprzętu do ich zabicia, Zamawiający uważa za bezpodstawny.



Podsumowując, Zamawiający dokonał właściwej oceny złożonych przez Przystępującego wyjaśnień.

Jednocześnie należy podkreślić, że szacunkowa wartość zamówienia Zamawiającego została opracowana w oparciu o kosztorysy inwestorskie oraz z uwzględnieniem szacowanego przez Zamawiającego wzrostu cen na rynku towarów i usług w latach 2019-2020, zgodnie z opracowaną na zlecenie Zamawiającego, ekspertyzą ekonomiczną rynku usług budowlanych w zakresie wzrostu cen robót i obiektów budowlanych oraz cen czynników produkcji.

Odwołujący analogicznie jak w przypadku rozważań ogólnych dotyczących rażąco niskiej ceny, tak również w zakresie oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ posługuje się nie do końca precyzyjnymi i fragmentarycznymi częściami oferty Przystępującego lub dokumentacji postępowania, a następnie dokonuje celowego wnioskowania na potrzeby prowadzonego postępowania odwoławczego, dla wywołania mylnego wyobrażenia o stanie rzeczy. W tym względzie zasadnie będzie odwołanie się do orzeczenia KIO 1099/15 - wyrok KIO z dnia 25-06-2015, w którym stwierdzono „Za niedopuszczalne należy uznać domniemywanie treści oferty na podstawie wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, złożonych przez odwołującego. Z pewnością te dokumenty nie kreują treści oferty, a zatem posługiwanie się nimi w celu dokonania oceny treści oferty jest nieuprawnione.” W ocenie Zamawiającego, takie działanie Odwołującego (domniemywanie treści oferty Przystępującego

oraz samowolne wnioskowanie o jej treści) jest tym bardziej nieuzasadnione, w sytuacji gdy w toku wnioskowania Odwołującego pominięto tak istotne aspekty dla oceny sprawy, jak wskazane powyżej,

W świetle powyższego zamawiający podtrzymuje określony w petitum pisma wniosek o oddalenie wniesionego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie zostało złożone w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę kanalizacji ściekowej na Osiedlu BUKÓW zad. I - III. (Zadanie 1.1.3; Zadanie 1.1.4; Zadanie 1.1.5) - Faza V" znak sprawy 00575/WS/PW/JRP-DNP/B/2019.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Numer: 2019/S 105-257213.

Pierwsze wezwanie zamawiającego

Zamawiający dnia 12 sierpnia 2019 roku wezwał przystępującego po stronie zamawiającego Instalbud Sp. z o. o. ul. Boya — Żeleńskiego 6A; 35-105 Rzeszów („przystępujący”) na podstawie art. 90 ust. 1 oraz 1a ustawy Pzp, w związku ze złożeniem przez Wykonawcę oferty.

Z pisma zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wynikają następujące okoliczności stanowiące podstawę do tego wezwania.

Cena całkowita oferty przystępującego jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT.

W tym stanie rzeczy zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień, wraz ze złożeniem dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1)-5) ustawy Pzp.

Wartość przedmiotowego zamówienia została oszacowana przez zamawiającego na kwotę: 21.453.362,54 zł (bez podatku VAT) 26.387.635,92 zł (z podatkiem VAT).

Cena złożonej oferty przez przystępującego na kwotę 17 687 400,00 zł brutto jest znacznie niższa od wartości zamówienia to jest o ponad 30% oszacowanej wartości zamówienia przez zamawiającego.

Zamawiający wzywając do wyjaśnienia zarzutu rażąco niskiej ceny zwrócił uwagę przystępującemu, iż zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Również zamawiający wskazał przystępującemu w wezwaniu, że koszty pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. 2017 poz. 847 z późn. zm).

Zamawiający wskazał, że w sytuacji, gdy przystępujący jako jednym z dowodów chciałby posłużyć się kalkulacją, zamawiający zwraca się o sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy wskazane w tym piśmie i określił je jak poniżej:

Tabela 1 — Zbiorcza

L.p.	opis	Jednostka	Wartość netto w PLN
I	Wymagania ogólne	ryczałt	
II	Roboty budowlane	ryczałt	

Razem: (wartość zgodna z wartością podaną w ofercie)

Tabela 2 - Wymagania ogólne

Lp.	opis	Jednostka	Wartość netto w PLN	Okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę , dowody
1	Koszty ubezpieczeń i gwarancji wynikających z Warunków Kontraktu	ryczałt		
2	Dokumenty Wykonawcy uzgodnienia, aktualizacje, opinie, decyzje itp.	ryczałt		
3	Dokumentacja Powykonawcza zgodna z wymogami MPWiK S.A. dokumentacja powykonawcza opracowana dla systemu GIS, geodezyjna inwentaryzacja powykonawcza,	ryczałt		

	dokumentacja niezbędna do złożenia zawiadomienia o zakończeniu robót.			
4	Dostarczenie, zainstalowanie, utrzymanie i demontaż tablic informacyjnych oraz urządzeń zabezpieczających Plac Budowy	ryczałt		
5	Dostarczenie, zainstalowanie i utrzymanie tablicy informacyjnej o projekcie	ryczałt		
6	Prace geodezyjne, pomiarowe oraz szkice, niezbędne do wykonania wszystkich elementów inwestycji	ryczałt		
7	Zaplecze Budowy (urządzenie, utrzymanie i likwidacja)	ryczałt		
8	Opracowanie lub aktualizacja wraz z uzgodnieniem projektów odtworzenia nawierzchni	ryczałt		
9	Opłaty za zajęcie pasa drogowego i czasowego umieszczenia urządzeń	ryczałt		
10	Projekt organizacji ruchu wraz z wdrożeniem zmian organizacji ruchu na czas budowy	ryczałt		
11	Projekt konstrukcyjny szalowania tymczasowych komór dla robót bezwykopowych	ryczałt		
12	Zabezpieczenie drzew/krzewów	ryczałt		
		Razem:		

Tabela 3. Roboty budowlane

Lp.	Wyszczególnienie elementów rozliczenia	Jednostka	Wartość netto w PLN	Okoliczności mające wpływ na zaoferowaną cenę, dowody
ul. Modlińska odc. w terenie poza pasem drogowym na dz. ew. nr 8128, 8129i 8/30 (dawniej dz. ew. nr 817), 11/2, 1315 19, z obrębu 4-01-04 DN 300 Lca 87 m				
13	Rozbiórka nawierzchni	ryczałt		

14	Roboty ziemne	ryczałt		
15	Roboty odwodnieniowe, przy czym koszt opłat za zrzut wody do sieci kanalizacyjnej MPWiK — to „0,00 zł”	ryczałt		
16	Roboty montażowe:	ryczałt		
16.1	Kanał DN 300 bezwykopowo	ryczałt		
16.2	Budowa studni 1,20 m	ryczałt		
16.3	Budowa odcinków sieci	ryczałt		
16.4	Rury osłonowe stalowe Dz 610.0x10.0 mm	ryczałt		
17	Odtworzenie nawierzchni	ryczałt		

Podsumowując zamawiający jak powyżej sprecyzował swoje wymagania na tle norm przewidzianych w art.90 ustawy Pzp.

W dniu 19.08.2019r. w odpowiedzi na wezwanie z dn. 12.08.2019 r. do udzielenia wyjaśnienia w tym złożenia dowodów, dotyczących elementów oferty złożonej w w/w postępowaniu przystępujący wyjaśnił jak poniżej.

Tym samym przystępujący przyznał, że jego oferta jest poniżej 30 % oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego z uwzględnieniem należnego podatku Vat.

Izba uznaje tę okoliczność za bezsporną co czyni nie tylko prawo ale i obowiązek zamawiającego do wezwania przystępującego do wyjaśnienia ceny oferty. W toku postępowania odwoławczego również ustalono, że cena ma charakter ryczałtu – okoliczność bezsporna.

Przystępujący na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty złożył dwukrotnie wyjaśnienia, w tym drugie uzupełniające na wezwanie zamawiającego.

Pierwsze wyjaśnienia z dnia 19.08.2019 roku przedstawiały się następująco.

1. Odnosząc się do wartości oferty tj. kwoty 17 687 400,00 zł brutto, to na należy zauważyć, że stanowi ona 67 procent kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Jednak Wykonawca nie posiadał na etapie sporządzania oferty wiedzy:

- jakim budżetem dysponuje Zamawiający,
- jakie wskaźniki cenotwórcze R, M, S, Kp, Z, zostały przyjęte do oszacowania wartości zamówienia,
- jakie elementy robót zostały uwzględnione w oszacowanej przez Zamawiającego kwocie 26 387 635,92 zł brutto, w tym czy kwota ta jest przeznaczona wyłącznie na wykonanie robót przez wyłonionego w przetargu oferenta, czy może zawiera również koszty nadzoru Zamawiającego nad inwestycją tj. koszty JRP, nadzoru.

W związku z tym trudno jest nam się odnosić do ogólnej kwoty na realizację zamówienia jaką Zamawiający oszacował.

Ponadto z naszej wiedzy wynika, że kalkulacje szacunkowe budżetów wykonywane są często przez firmy projektowe lub osoby nie będące wykonawcami robót, posiadające wiedzę ogólną w zakresie cen nie opartą jednak o wiedzę wynikającą z praktyki. Bardzo często dochodzi do sytuacji, że do oszacowania kosztów przyjmowane są katalogi norm nie mające odniesienia w praktyce lub ceny materiałów przyjęte do oszacowania wartości zamówienia znacznie przewyższają ceny rynkowe i przyjmowane są z katalogów producentów bez rabatów.

W przypadku określonego typu materiałów z powodu braku dla nich alternatywy w postaci ofert innych producentów, ceny materiałów są po prostu zawyżane przez dostawców. W takich kalkulacjach często zdarza się również, że niektóre koszty są zawyżane, inne zaniżane lub często w ogóle pomijane, jak choćby koszty opłat administracyjnych.

w tym zajęcia pasa drogowego, tymczasowych kosztów zasilania elektrycznego urządzeń odwadniających, czy zrzutu wód z odwodnienia wykopów. Koszty te z kolei z pewnością nie mieszczą się z całą pewnością w kosztach pośrednich budowy Kp w przypadku kalkulacji na podstawie KNR-ów, jak często jest to zakładane. Należy zaznaczyć, że np. w przypadku kosztów odwodnienia wykopów stosowane katalogi jako analogie do faktycznie wykonywanych rozwiązań nie mają odzwierciedlenia w faktycznym koszcie wykonania. Dlatego trudno nam udowodnić rażąco niską cenę w odniesieniu do szacowanej kwoty zamówienia przez Zamawiającego nie mając wiedzy jakie elementy robót, podstawy jej wyceny i koszty mieszczą się w tej kwocie.

2. Instalbud Sp. z o. o. w przedmiotowym przetargu złożył ofertę na kwotę 17 687 400,00 zł brutto, która jest niższa od średniej arytmetycznej wynoszącej 19 278 982,93 zł brutto wszystkich złożonych ofert o 1 591 582,93 zł brutto, co stanowi jedynie 9 % różnicy w stosunku do średniej arytmetycznej. Należy również zaznaczyć, że w przedmiotowym postępowaniu firma Instalbud pod względem kryterium oceny ceny oferty zajmuje 3 miejsce na 6 złożonych łącznie ofert. Zatem różnica w złożonej ofercie Instalbud zarówno w porównaniu jej do średniej arytmetycznej jak i różnicy pomiędzy innymi ofertami mieści się w standardach przetargowych zamówień publicznych i raczej na tym należało by opierać domniemanie czy cena jest rażąco niska.

3. Oferowana przez nas cena ofertowa obejmuje wykonanie pełnego zakresu zamówienia i uwzględnia wszystkich wymagań określonych w SIWZ, a w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Oferta została skalkulowana prawidłowo i rzetelnie w oparciu o:

- załączoną do przetargu dokumentację i wymagania Zamawiającego z uwzględnieniem odpowiedzi udzielonych na pytania oferentów w toku postępowania przetargowego,
- wizję lokalną w terenie,
- otrzymane od dostawców i usługodawców oferty cenowe oraz w oparciu o ceny zakontraktowane na dostawy materiałów i usługi. Nasza firma w chwili obecnej realizuje podobny kontrakt MPWiK tj. budowę kanalizacji dla Osiedla Dąbrówka Szlachecka, w związku z tym możliwe było skalkulowanie realnych kosztów: robocizny, sprzętu, zaplecza, ogólnych wykonania kanalizacji, obsługi geodezyjnej, geologicznej, archeologicznej, wykonanie przewiertów, odbudowy, nawierzchni dróg, opłat administracyjnych zezwoleń w tym kosztów zajęcia pasa drogowego oraz odwodnienia wykopów,
- koszty robocizny i sprzętu zostały skalkulowane w oparciu o własne zasoby produkcyjne i stawki płacy pracowników brutto z uwzględnieniem wszystkich świadczeń pracowniczych tj. delegacji, noclegów, posiłków regeneracyjnych i przełożone jako nakłady jednostkowe na koszty wykonania (mb, m², szt., kpl, r-g, m-g) kanału, odtworzenia nawierzchni, szalowania wykopów, itp. Firma zatrudnia około 230 osób w tym 35 osób kadry kierowniczej.
- własne zasoby sprzętu w tym, ciężkiego w postaci: koparek, samochodów ciężarowych, szalunków wykopowych umożliwiających wykonywanie wykopów do 9 m oraz szalunków słupowych do wykonania obiektów punktowych czy komór przewiertowych, zagęszczarek, agregatów pompowych igłofiltrowych, agregatów prądotwórczych. Posiadamy 2 komplety kamer do inspekcji TV kanałów, frezarkę, piły do cięcia asfaltu oraz walec. Pozwala nam to uniknąć dodatkowych kosztów najmu

sprzętu.

4. Firma Instalbud posiada kilkunastoletnie doświadczenie w wykonaniu robót kanalizacyjnych zlokalizowanych w pasie drogowym oraz robót inżynieryjno — budowlanych, Pozwala nam na precyzyjne oszacowanie kosztów wykonania robót. Firma nasza wykonuje te roboty od ponad 25 lat, w tym na terenie miasta Warszawy, gdzie m. in, zrealizowaliśmy roboty dla MPWiK Warszawa w dzielnicy Wawer oraz obecnie realizujemy budowę kanalizacji dla Osiedla Dąbrówka Szlachecka w odległości ok.5 km od zakresu robót ujętego w postępowaniu przetargowym. Pozwala nam to na obniżenie kosztów organizacji budowy w tym zaplecza czy kosztów przetrzutu sprzętu, który może być wykorzystany do realizacji tego zadania w przypadku wyboru naszej oferty. Roboty realizowane są w bardzo trudnych warunkach gruntowo – wodnych z zastosowaniem odwodnienia wykopów za pomocą studni depresyjnych, kanał był układany na głębokości do 5 m i zlokalizowany w pasie drogowym o szerokości 5-6 m w odległości od zabudowań nie przekraczającej 10 m od osi kanału i 3-4 m od ogrodzeń posesji. Doświadczenie w tych pracach i na tym terenie pozwala nam na dokładne określenie kosztów robót. W związku z powyższym przyjęte przez nas do wyceny przedmiotowego zamówienia stawki i ceny jednostkowe poszczególnych kosztów, elementów robót w pełni zabezpieczają należyte wykonanie przedmiotowego zadania jak również mają odzwierciedlenie w obecnych cenach rynkowych, co daje pewność iż interes Zamawiającego będzie zabezpieczony w przypadku wyboru naszej oferty. W załączeniu do wyjaśnień przedstawiamy tabelę z podziałem kwoty oferty na główne elementy cenotwórcze.
5. W załączeniu do wyjaśnień oferty na dostawę głównych materiałów i usług firm:
 - HTI BP Sp. z o.o. z Warszawy – materiały rury i kształtki,
 - Instalnika roboty – drogowe,
 - Nadolles - mikrotuneling,
 - P.V. PREFABET Kluczbork – studnie,
 - Rurex – materiały rury i kształtki.

Przystępujący zastrzegł treść oferty z pkt 5 jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający nie uwzględnił wniosku przystępującego w zakresie tajemnicy przedsiębiorstwa.

W ocenie Izby

Izba dokonując oceny wyjaśnień przystępującego z dnia 19.08.2019 r. stwierdza, że jego podejście do wezwania zamawiającego ma nieodpowiedni charakter. Bowiem odwołujący nie ma odnosić się do elementów wyceny zamawiającego to znaczy nie ma ich oceniać tylko ma wykazać czy jego wycena jest właściwa w kontekście wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) i czy gwarantuje zamawiającemu wykonanie zamówienia.

Krytyka przystępującego ustalenia wartości zamówienia opiera się na domniemaniach co do jej nieadekwatności do praktyki wykonawców a właściwie rozbieżności między cenami w obrocie gospodarczym a cenami ustalonymi na podstawie norm katalogowych jak KNR, zwłaszcza przez biura projektowe. Niemniej są to stwierdzenia nie poparte żadnymi dowodami na brak zachowania należytej staranności przez zamawiającego w myśl art.32 ust.1 ustawy Pzp. W toku postępowania odwoławczego na rozprawie przedstawiciele zamawiającego potwierdzili aktualność wyceny według przepisów ustawowych. Aktualizacja wyceny wartości zamówienia miała miejsce w terminie nie dłuższym niż 6 miesięcy przed dniem wszczęcia postępowania co spełnia normę zawartą w art.35 ust.1 ustawy Pzp.

Pominąwszy te rozważania, które w niniejszej sprawie nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, Izba zaznacza, że wobec treści art.90 ust.1a pkt 1) w związku z ust.1 tegoż artykułu ustawy Pzp, na podstawie których wezwano przystępującego do wyjaśnień ceny ofertowej, obowiązkiem wezwanego było wyjaśnienie podejrzenia zamawiającego co do rażąco niskiej ceny jego oferty a nie prawo dyskredytowania wyceny zamawiającego.

Przystępujący wywody na temat podejrzenia niewłaściwej wyceny przez zamawiającego kończy stwierdzeniem „Dlatego trudno nam udowodniać rażąco niską cenę w odniesieniu do szacowanej kwoty zamówienia przez Zamawiającego nie mając wiedzy jakie elementy robót, podstawy jej wyceny i koszty mieszczą się w tej kwocie”. W tym stwierdzeniu przystępującemu z pewnością chodzi o udowodnienie braku rażąco niskiej ceny a nie jej wystąpienie.

Natomiast reasumując powyższe Izba stwierdza, że obowiązkiem przystępującego nie było odniesienie się do wyceny zamawiającego tylko przedstawienie własnej wyceny gwarantującej wykonanie zamówienia zgodnie z wymogami postanowień siwz z podkreśleniem okoliczności wymienionych w art.90 ust.1 pkt 1-5 ustawy Pzp, które zamawiający przywołał w wezwaniu z dnia 12 .08.2019 roku.

W 2 (drugim) punkcie wywodów przystępujący odnosi się do faktu, że drugie kryterium obowiązkowego wezwania w trybie art.91ust.1a pkt 1) ustawy Pzp, nie zostało spełnione. Bowiem ze średniej arytmetycznej cen 6 (sześciu) złożonych ofert, jego oferta zajmuje 3 (trzecie) miejsce i odbiega tylko o 9 % od średniej arytmetycznej a nie o powyżej 30 %, tak jak ma to miejsce w przypadku, wyceny wartości zamówienia z należnym podatkiem vat. W ocenie Izby treść regulacji w przywołanym powyżej przepisie daje prawo zamawiającemu do oceny, który z przypadków oceny złożonych ofert zastosuje do wezwań o wyjaśnienie podejrzenia rażąco niskiej ceny. Należy stwierdzić, że przepis ten zawiera jednocześnie normę obligującą dla zamawiającego (w przypadku o co najmniej 30%) ale jednocześnie normę kompetencyjną co do oceny, które z kryteriów to jest wartość zamówienia powiększoną o podatek vat, czy średnia arytmetyczna złożonych ofert, powoduje obowiązek do wezwania wyjaśnienia cen złożonych przez poszczególnych wykonawców. Zamawiający z normy kompetencyjnej

skorzystał co podał w wezwaniu z dnia 12.08.2019 r. („cena całkowita jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek vat”) a przystępujący w dniu 19.08.2019 r. wezwaniu wykonał składając wyjaśnienie, nie zaskarżając obowiązku odniesienia się przy wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny do wartości zamówienia zwiększonego o należny podatek vat. Reasumując w ocenie Izby wywód powyższy przystępującego w wyjaśnieniu z dnia 19.08.2019 r. jest bezprzedmiotowy dla rozstrzygnięcia sprawy, ponieważ zamawiający skutecznie uwarunkował wyjaśnienia ceny oferty do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek vat a nie do średniej arytmetycznej złożonych ofert.

W punkcie 3 (trzecim) wyjaśnień przystępujący składa oświadczenie, potwierdzające, że jego oferta w części co do ceny zawiera wszystkie wymagane elementy z siwz jak i udzielonych wyjaśnień, w znacznym stopniu elementy uwzględnione nazywając („3. Oferowana przez nas cena ofertowa obejmuje wykonanie pełnego zakresu zamówienia i uwzględnia wszystkich wymagań określonych w SIWZ, a w szczególności w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Oferta została skalkulowana prawidłowo i rzetelnie w oparciu o:.....”).

W ocenie Izby oświadczenie przystępującego potwierdza treść złożonej oferty co do jej wykonania zgodnie z wymaganiami siwz ale nie stanowi wyjaśnienia w rozumieniu art.90 ust.1 pkt 1-5 ustawy Pzp., a co także przywołał zamawiający w wezwaniu z dnia 12.08.2019r. (zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie wskazanym w art.90 ust.1 pkt 1)-5) ustawy Pzp.). Izba stwierdza jak powyżej, że oświadczenie przystępującego w tym zakresie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, w związku z wezwaniem zamawiającego do wyjaśnienia dotyczącego wyliczenia ceny.

W punkcie 4 (czwartym) wyjaśnienia przystępujący składa kolejne oświadczenie wskazujące na wieloletnie doświadczenie zawodowe w wykonaniu robót tego rodzaju, posiadany sprzęt oraz kadrę zawodową, fakt znajomości terenu zwłaszcza gruntowego w związku z koniecznością wykonywania robót odwodnieniowych, z racji wykonywania zamówienia w tym terenie na rzecz zamawiającego. Izba stwierdza jak powyżej, że oświadczenie przystępującego w tym zakresie nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy, w związku z wezwaniem zamawiającego do wyjaśnienia dotyczącego wyliczenia ceny.

W punkcie tym przystępujący stwierdza również, że na dowód powyższego składa „W załączeniu do wyjaśnień przedstawiamy tabelę z podziałem kwoty oferty na główne elementy cenotwórcze”. Przystępujący uważa, że wypełnił wezwanie do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny przez złożenie wypełnionej tabeli według wzoru ustalonego przez zamawiającego co do podziału kosztów wykonania zamówienia z podziałem na wymagania ogólne i roboty budowlane a co Izba przedstawiła powyżej przywołując treść wezwania

zamawiającego z dnia 12.08.2019 roku.

Izba podziela w tym zakresie ocenę odwołującego zawartą w odwołaniu jak i na rozprawach, który kwestionuje wyjaśnienie z racji, że podział kwoty ceny na poszczególne elementy zadania nie jest wyjaśnieniem ceny złożonej oferty. Zamawiający w wezwaniu z dnia 12.08.2019 roku żąda wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zakresie wskazanym w art.90 ust.1 pkt 1)-5) ustawy Pzp. oraz złożenie dowodów. Dalej w tym piśmie podaje zamawiający „W sytuacji, gdy przystępujący jako jednym z dowodów chciałby posłużyć się kalkulacją, zamawiający zwraca się o sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy wskazane w tym piśmie i określił je jak poniżej:...”(powyższa treść wezwania z dnia 12.08.2019 r. cytuje Izba powyżej w uzasadnieniu).

W ocenie Izby samo wypełnienie tabeli według opracowania zamawiającego nie stanowi ani kalkulacji ani wyjaśnienia. Bowiem przykładowe elementy wyjaśnienia definiuje art.90 ust.1 pkt 1)- 5) ustawy Pzp., który w samym już pkt 1) określa je jako : oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowych sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy w tym co najmniej na poziomie najniższego obowiązującego wynagrodzenia. Owszem przystępujący w wyjaśnieniu przywołał szereg z tych elementów na zasadzie oświadczenia ale nie przedstawił jakichkolwiek wyliczeń, które by stanowiły dowód na uzyskanie oszczędności w stosunku do wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art.35 ust.1 i 2 ustawy Pzp. Jak wyżej Izba ustaliła i oceniła wyjaśnienia przystępującego sprowadzają się do oświadczeń nie popartych żadnymi wyliczeniami co do części składowych ceny podanej w formie ryczału. Bowiem z natury rzeczy wyjaśnienie ceny to jest wartości wyrażonej kwotowo w złotych winno sprowadzać się do kwot z których można wywieść, że wszystkie niezbędne koszty w związku z zakresem zamówienia są uwzględnione wraz z zyskiem, niezbędnym do odtworzenia prowadzenia działalności gospodarczej. Takim wyjaśnieniem nie jest podział ceny w formie ryczału na części czy to procentowe, czy to kwotowe w związku z rodzajem obowiązków opisanych przez zamawiającego w Tabeli 2 – wymagania ogólne oraz w Tabeli 3 – roboty budowlane (cytowane powyżej wezwanie zamawiającego z dnia 12.08.2019 roku.). Izba zwraca również uwagę także na instrukcję zamawiającego w wezwaniu z dnia 12.08.2019 roku w następującym brzmieniu: „W sytuacji, gdy przystępujący jako jednym z dowodów chciałby posłużyć się kalkulacją, zamawiający zwraca się o sporządzenie kalkulacji, która będzie zawierać co najmniej elementy wskazane w tym piśmie i określił je jak poniżej:” (całkowita wyliczanie elementów kalkulacji Izba zacytowała powyżej w uzasadnieniu).

Dla pełnej oceny przez Izbę skutków wypełnienia przez przystępującego tabeli zamawiającego należy ponownie przywołać element pisma z dnia 12.08.2019 r. „zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w

zakresie wskazanym w art. 90 ust. 1 pkt 1)-5) ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy skoro przystępujący wypełnił tabele określające elementy opisane w Tabeli 2 i w Tabeli 3 ustalonych przez zamawiającego a odnoszących się do wymagań ogólnych jak i robót budowlanych, to oznacza, że przystępujący jako jeden z dowodów przewidział kalkulację. Zamawiający też zamieścił po Tabelą nr 1 – Zbiorcza, uwagę o treści „Razem (wartość zgodna z wartością podaną w ofercie)”.

Niemniej rozstrzygając zawisły spór Izba stwierdza, że kalkulacji nie stanowi podział kwoty ceny ryczału na części czy to procentowe, czy to kwotowe, ustalone według wzoru Tabeli ustalonych przez zamawiającego (Tabela 1 – Zbiorcza, Tabela 2 – Wymagania ogólne oraz w Tabela 3 – roboty budowlane).

Izba co do rozumienia słowa kalkulacji, przywołuje jej następującą definicję: Kalkulacja część kosztów przypadających na tzw. jednostkę kalkulacyjną wytwarzanych i sprzedawanych dóbr i usług; czynności obliczeniowe, prowadzące do określenia jednostkowych kosztów, ceny, rentowności – prof. Władysław Kopaliński Tom I V Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem - część pierwsza od A do M Wydawnictwo Rzeczpospolita Warszawa 2007 rok str.277).

Zresztą sam przystępujący w Wyjaśnieniu z dnia 19.08.2019 r. w pkt 3 stwierdza, że „oferta została skalkulowana prawidłowo i rzetelnie w oparciu o:” koszty robocizny i sprzętu zostały skalkulowane w oparciu o własne zasoby produkcyjne i stawki płacy pracowników brutto z uwzględnieniem wszystkich świadczeń pracowniczych tj. delegacji, noclegów, posiłków regeneracyjnych i przełożone jako nakłady jednostkowe na koszty wykonania (m.b., m2, szt., kpl, r-g, m-g) kanału, odtworzenia nawierzchni, szalowania wykopów, itp. (cytat z akapitu czwartego(4) pkt 3).

Reasumując Izba stwierdza, przystępujący przyznaje, że ofertę kalkulował według przywołanej definicji powyżej to jest wyliczając koszty wykonania według przypadających właściwych jednostek kalkulacyjnych takich jak: metr bieżący, metr kwadratowy, sztuka, komplet, roboczo godzina i moto godzina. Tak więc przyznaje przystępujący w tym miejscu, że pomimo charakteru ceny to jest ryczału a nie kosztorysu sporządzał kalkulację. Natomiast faktycznie jej nie przedstawia zamawiającemu, który wzywa jego do wyjaśnień ceny w trybie art.90 ust.1 w związku z art.90 ust.1a pkt 1) ustawy Pzp. Przystępujący składając wyjaśnienie w dniu 19.08.2019 r. pozostaje tylko na oświadczeniach, które według wiedzy i oceny Izby nie stanowią dowodu w sprawie, na obronę prawidłowo ustalonej ceny przedmiotowego zadania opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ostatnim V punkcie wyjaśnień z dnia 12.08.2019 r. przystępujący składa oferty pochodzące

od podmiotów trzecich (obcych) na dostawę materiałów i usług złożonych przez firmy trzecie. Przedmiotem złożonych ofert są: dostawy materiałów takich jak rury i kształtki oraz wykonanie robót budowlanych takich jak mikrotuneling, roboty drogowe (odtworzenie nawierzchni). Przystępujący opisując przedmiot i zakres złożonych ofert ogranicza się do zastrzeżenia ich jako tajemnicy przedsiębiorstwa, którego to wniosku zamawiający nie uwzględnił.

W ocenie Izby chociaż można dołączyć oferty, traktować jako dowody w sprawie wyjaśnienia ceny, to jak słusznie wskazał w odwołaniu wykonawca i przyznał przystępujący na rozprawie, oferty te nie obejmują pełnego zakresu robót przewidzianego dokumentacją techniczną, zarówno co do materiałów jak i usług.

Według oświadczenia przystępującego w toku postępowania odwoławczego są to oferty rynkowe zarówno w zakresie dostaw materiałów jak i świadczenia usług, przedłożone do wyjaśnienia ceny, w celu uwiarygodnienia złożonej oferty cenowej przez przystępującego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego.

Drugie wezwanie zamawiającego

Zamawiający ponownie w miesiącu sierpniu 2019r. zwrócił się do przystępującego o udzielenie uzupełniających wyjaśnień co do zaoferowanej ceny, powołując się na art. 90 ust. 1a pkt 1 w związku z art. 90 ust.2 ustawy Pzp.

Zamawiający następująco sformułował swoje wątpliwości co do oferowanej ceny.

Zamawiający zwraca się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień uzupełniających dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oferty.

W nawiązaniu do złożonych przez Państwa wyjaśnień (Znak.: PW/2019/1107 z dnia 19 sierpnia 2019 r.) w sprawie rażąco niskiej ceny Zamawiający prosi o udzielenie dodatkowych informacji dotyczących następujących pozycji:

1. Zamawiający na etapie postępowania, przy odpowiedziach na zapytania Wykonawców uzupełnił SIWZ o nową dokumentację dotyczącą warunków gruntowo-wodnych, a w tym projekt odwodnienia wykopów (pismo Zamawiającego z dnia 3 lipca 2019 r. w sprawie odpowiedzi na pytania Wykonawców oraz zmiany treści SIWZ - Odpowiedź nr 35 na Pytanie nr 35). Z przedstawionych przez Państwa wyjaśnień nie wynika jednoznacznie, że w wycenie ujęto kalkulację odwodnienia części wykopów przy zastosowaniu zespołów otworów odwadniających — studni. Prosimy o wskazanie pozycji, w których zostały ujęte koszty i ich wysokość.

2. Zamawiający prosi o potwierdzenie, że Wykonawca ujął w wycenach odtworzenia nawierzchni konieczność wykonania wszystkich odtwarzanych elementów zgodnie z zarządzeniem Prezydenta m.st. Warszawy z dn. 27 października 2017 r. w sprawie tworzenia

na terenie miasta stołecznego Warszawy dostępnej przestrzeni, w tym infrastruktury dla pieszych ze szczególnym uwzględnieniem osób o ograniczonej mobilności i percepcji.

W świetle powyższego Zamawiający wzywa do złożenia stosownych wyjaśnień oraz dowodów we wskazanym zakresie.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Termin na złożenie powyższych wyjaśnień Zamawiający wyznacza do dnia 04.09.2019 roku.

Izba stwierdza, że na podstawie udzielonych wyjaśnień przystępującego w dniu 19.08.2019 r. zamawiający miał dalsze wątpliwości co do właściwej wyceny prac w tak podstawowych elementach robót budowlanych jak odwodnienie wykopów oraz odtworzenie nawierzchni drogowej. Powyższe wątpliwości, co do pełnej wyceny prac, zamawiający powziął w związku z udzielonymi przez niego odpowiedziami na pytania oraz dostarczoną wykonawcom nową dokumentacją warunków gruntowo – wodnych.

Drugie wyjaśnienie przystępującego

Przystępujący w dniu 02.09.2019r. udzielił zamawiającemu dodatkowych wyjaśnień oraz załączył uszczegółowioną Tabelę Wykazu cen, których Izba dosłownie nie cytuje jak powyżej udzielonych wyjaśnień w dniu 19.08.2019r., ponieważ co do ich struktury i formy są podobne do poprzednich.

Przystępujący przywołał swoją aktywność w zakresie zadawanych pytań przed złożeniem ofert, co ma świadczyć o jego profesjonalizmie, jak i znajomości warunków prowadzonych robót w terenie w związku z realizacją przywołanych przez niego robót na Osiedlu Dąbrówka Szlachecka dla zamawiającego. Przystępujący oświadczył, że wycena robót została oparta o obowiązującą dokumentację techniczną zamawiającego, zarządzeniem prezydenta M, St. Warszawy jak i jest zgodna z wymogami zamawiającego.

Przystępujący oświadczył także, że w przypadku dalszych wątpliwości jest gotowy do udzielenia dodatkowych wyjaśnień.

Wybór najkorzystniejszej oferty

Zamawiający na podstawie powyżej opisanych dwukrotnych wyjaśnień przystępującego co do podejrzenia rażąco niskiej ceny w dniu 11 października 2019 r. dokonał oceny i wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej (akta sprawy).

Niniejsze zawiadomienie zamawiającego w dniu 21 października 2019 r. z zachowaniem

ustawowego terminu do wniesienia odwołania (10 dni) odwołujący zaskarżył jako czynność naruszającą obowiązujące przepisy ustawy Pzp. w zakresie wyjaśnień ceny oferty.

Wniosek o odrzucenie odwołania

Przed przystąpieniem do merytorycznego rozstrzygnięcia odwołania Izba rozpoznała wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie ustawowego terminu zaskarżania czynności zamawiającego.

Stawający przedstawili w tym zakresie następującą argumentację.

Zamawiający składa wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego po upływie ustawowego terminu. Powołuje się na art.189 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. wyartykułowaniem dołożenia należytej staranności z art.182 ust 3 pkt 1 ustawy.

Odwołanie zostało wniesione po upływie terminu ustawowego. Postępowanie bezspornie prowadzone jest w trybie 24 aa ustawy Pzp. i przedkłada korespondencję emaliową z dnia 07.09.2019r do odwołującego, gdzie wysyła na jego wniosek dwa wezwania do INSTALBUDU (przystępującego) o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny (RNC) oraz dwa wyjaśnienia złożone przez przystępującego oraz wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych w trybie 26 ust.1 ustawy Pzp. oraz dokumenty, które na to wezwanie przystępujący przesłał. Ponadto przedkłada wydruk z korespondencji emaliowej z 18.09.2019r informacje do PRIKNAUBER o odrzuceniu jego oferty z wiadomością do odwołującego oraz pismo z dn.18.09.19r. o odrzuceniu WKB - WOD-KAN-BRUK i do wiadomości odwołującego i korespondencję z dn.18.09.19r. do przystępującego w trybie 26 ust 1 ustawy Pzp. to jest wezwanie do złożenia wykazu osób i wykazu robót.

Zamawiający przywołał również postanowienie z dnia 23 sierpnia 2017r. w sprawie o Sygn. akt KIO 1627/17 w którym odrzucono odwołanie w podobnej sytuacji były dwa zapytania RNC, ale nie było nawet trybu 24aa, ale z przywołaniem wyrokiem Sądu Najwyższego z 28 lutego 2013 r. Sygn. akt IIICZP107/12.

Zwraca uwagę na akapit ze strony 9 postanowienia gdzie czynność wezwania dwukrotnie przystępującego w zakresie wyjaśnień odnośnie CRN jest czynnością, o której mowa w art. 182 ust.3 pkt 1 i od tej daty należy liczyć 10 dni to jest od daty, od której to powzięto wiadomość i wówczas ma zastosowanie reguła przy zachowaniu należytej staranności, czyli odwołujący powinien liczyć termin na wniesienia odwołania od dnia 27 września 2019 r. i termin upłynąłby 7 października a odwołujący wniósł odwołanie w dn. 21 października 2019 r.

Dodał również wyprzedzająco argumentację pełnomocnika odwołującego a mianowicie, że pewnie stwierdzi, że on skarży czynność z 11 października 2019 r. i nie tylko czynność RNC a też art. 89.ust 1 pkt.2 ustawy Pzp.

Spodziewając się takiej argumentacji to trzeba mieć na uwadze, że zamawiający podjął czynność wyboru oferty na podstawie dokumentów, które dostarczył w zakresie RNC przystępujący w miesiącu sierpniu a w miesiącu 27 wrześniu 2019 r. dostał te dokumenty, które nie ulegały nowelizacji w uzupełnieniu, odwołujący.

Reasumując czynność wyboru zamawiający dokonał na podstawie dokumentów, które dostarczył odwołującemu dn. 27.09.2019 roku. Przywołał ponownie Postanowienie o Sygn. akt KIO 1627/17 pierwsza strona uzasadnienia 2 i 3 akapit.

Dalej wskazał, że sytuacja zamawiającego jest bardziej klarowana, bo przysłaliśmy wszystkie dokumenty odwołującemu i nie musiał z własnej inicjatywy dowiadywać się o procesie RNC i dokumentach z 26 ust. 1, bo nie było w tym w/w Postanowieniu art. 24aa ustawy Pzp.

W tak opisany powyżej w zasadniczy sposób zamawiający motywował zgłoszony na rozprawie do protokołu wniosek o odrzucenie odwołania.

Przystępujący poparł wniosek zgłoszony przez zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Odwołujący wniósł na posiedzeniu o nieuwzględnienie wniosku o odrzucenie odwołania, bowiem po pierwsze ma tutaj zastosowanie art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. a nie wskazanie art.182 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp. przez zamawiającego

Po pierwsze zauważył, że w sposób nieuprawniony to jest bezprawny z naruszeniem art. 96 ust 3 doręczono dokumenty odwołującemu przed wyborem najkorzystniejszej oferty, co powoduje, że zamawiający z bezprawnej czynności nie może wywodzić skutków w postaci wniosku o odrzucenie odwołania. Przysyłając odwołującemu te dokumenty nie mam pewności czy są to wszystkie dokumenty w sprawie. Ponadto spowodowałyby to różny początek biegu terminu do zaskarżenia czynności przez wykonawców w zależności od ich kierowanych wniosków o dostęp do dokumentów, co uważa odwołujący w związku zasadą koncentracji środków za nieuprawnione. Uważam, że zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty dokonuje jej kompleksowej i całkowitej oceny i w związku z tym od tej daty biegnie termin do wniesienia odwołania w tym w zakresie RNC.

Również nadmienia o treści przepisu 182 ust.1 pkt 1 a 182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp. gdzie w tych ustępach i punktach ustawodawca zawiera inne zdarzenia czynności, które stanowią podstawę do wniesienia odwołania. Wniosek odwołującego sprowadza się do sytuacji, że na

tę samą czynność mogą być zastosowane dwie różne podstawy liczenia terminów to jest różny początek biegu terminu.

Odniośł wywód również do treści art. 92 ust. 1 ustawy Pzp., który mówi o obowiązku zamawiającego informowania o czynnościach podjętych w postępowaniu i to skutkuje tożsamym terminem dla wszystkich wykonawców.

Zamawiający podtrzymał wniosek o odrzucenie odwołania, pełnomocnik odwołującego w sposób przewrotny interpretuje zasadę koncentracji środków ochrony prawnej to jest korzystania z nich a po za tym jego interpretacja art. 182 ust 1 i 3 ustawy Pzp. sprowadza się do tego, że wszystkie czynności, które zamawiający dokonuje można było by zaskarżać w dacie wyboru najkorzystniejszej oferty bez względu na okoliczność, kiedy wykonawca powziął o nich wiadomość. Właśnie stanowisko Izby w sprawie o Sygn. akt KIO 1627/17 jest w jego ocenie reprezentatywne dla interpretacji tych przepisów a tym bardziej, że właśnie przywołane orzeczenie Sądu Najwyższego rozprawia się z rozumieniem art. 182 ust 1 i 3 ustawy Pzp. dlatego podtrzymuje wniosek o odrzucenie odwołania.

Przystępujący przyłącza się do stanowiska zamawiającego i uważa, że opisane czynności 182 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. są różnymi czynnościami rozdzielnymi, nie mniej zwraca uwagę na dowody, które przedłożył zamawiający to jest dnia 27 września 2019 r. odwołujący dowiedział się o zakończeniu oceny ofert w zakresie RNC, które skarży w tym postępowaniu i przystąpieniu do trybu 26 ust 1 ustawy Pzp., czyli doręczenia dokumentów podmiotowych.

Odwołujący wniósł o oddalenie tego wniosku, sam miał wiele doświadczeń, że w identycznych sytuacjach do tej dzisiejszej były wydawane wyroki, ale oczywiście musiałbym wymienić, ustalić te wyroki a później ustalić jeszcze, kiedy czynności zamawiającego się odbywały. Podaje postanowienia KIO, które wyraźnie ograniczają art. 182 ust. 1 od art. 182 ust.3 ustawy Pzp.; o Sygn. akt : KIO 479/12, KIO 129/16, KIO 2464/11.

Izba stwierdza, że przywołane przed chwilą orzeczenia przy rozstrzygnięciu dzisiejszego zagadnienia nie uwzględnia przy rozpoznaniu wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Izba wobec przedstawionej do protokołu argumentacji stawających **postanowiła nie uwzględnić wniosku o odrzucenie odwołania.** Dlatego, że Izba podziela stanowisko odwołującego, że czynnością, która podlega zaskarżeniu jest czynność ostateczna w stosunku do oferty wykonawcy a takimi czynnościami jest odrzucenie, wykluczenie, zaniechanie bądź wybór najkorzystniejszej oferty nawet uwzględniając powzięte wiadomości, co do wyjaśnień RNC jak i czynności oparte o art. 26 ust 1 w sytuacji 24aa ustawy Pzp. Nikt nie zabronił zamawiającemu mimo tych czynności nagle odrzucić ofertę mimo wezwania do dokumentów

podmiotowych. W ocenie Izby słuszny jest również wywód pełnomocnika odwołującego, że nie ma wiedzy, co do ostatecznych czynności zamawiającego przed podjęciem ostatecznej decyzji, co do oferty, bo zamawiający ma zawsze prawo w postępowaniu dostrzec błędy, które popełnił i je naprawiać w związku z tym w ocenie Izby skarżenie braku odrzucenia z powodu RNC przed ostatecznym zbadaniem i oceną oferty jest przedwczesne. W związku z powyższym Izba uważa wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania za nieuprawniony, co do prawa skarżenia oceny oferty przystępującego również w zakresie RNC w związku z jej wyborem, jako najkorzystniejszej.

Rozpoznanie zarzutów i żądań odwołania

Izba rozpatrując merytorycznie wniesione odwołanie, którego treść przedstawiono we wstępie uzasadnienia, rozważyła zaskarżone czynności oraz zaniechania zamawiającego, wskazane jako podjęte lub zaniechane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. oraz rozpatrzyła żądania (wnioski) zawarte w odwołaniu.

Odwołujący następująco wskazał zarzuty odwołania.

1. czynności zamawiającego jak ich zaniechanie polegające na:
 - 1.1. czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty i wybraniu oferty złożonej przez przystępującego,
 - 1.2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego jako oferty zawierającej rażąco niską cenę,
 - 1.3. zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz),
 - 1.4. ewentualnie wobec pkt 1.2 zaniechaniu wezwania przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu,
 - 1.5. ewentualnie wobec pkt 1.3 zaniechaniu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, tj. dotyczących treści ofert w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,
2. zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie:
 - 2.1. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez błędną ocenę oferty i wyjaśnień przystępującego złożonych przez tego wykonawcę w trybie art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i zaniechanie odrzucenia tej oferty jako zawierającej rażąco niską cenę i koszt,
 - 2.2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako oferty niezgodnej z treścią siwz,

- 2.3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
 - 2.4. ewentualnie wobec zarzutu z pkt 2.1 art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, zaoferowana cenę lub koszt w taki sposób, aby możliwa była ocena tychże wyjaśnień,
 - 2.5. ewentualnie wobec zarzutu z pkt 2.2 art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,
 - 2.6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania stron,
3. z uwagi na powyższe zarzuty wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- 3.1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 3.2. przeprowadzenie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty złożonej przez przystępującego jako zawierającej niską cenę oraz sprzeczną z treścią siwz,
 - 3.3. ewentualnie wobec pkt 3.2 wezwania przystępującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oraz wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczących sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,
 - 3.4. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 3.5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Izba przy rozstrzygnięciu odwołania podziela co do zasady stanowisko odwołującego co do tego, że ocena czynności i zaniechań zamawiającego przez Izbę, w związku z wniesionym odwołaniem, powinna opierać się w przedmiotowym sporze na treści wezwań zamawiającego i złożonych na te wezwania treści wyjaśnień przystępującego.

Dlatego też, Izba w uzasadnieniu powyżej dokonała badania i oceny wezwań zamawiającego i udzielonych wyjaśnień.

Z dokonanych przez Izbę ustaleń i ich oceny wynika, że co do zasady potwierdził się zarzut odwołującego, który żąda odrzucenia oferty przystępującego z racji nie złożenia wyjaśnień odpowiadających wezwaniu zamawiającego.

Jak wynika z dokonanych powyżej ustaleń Izby zamawiający sformułował w wezwaniu zasadę prawa przedstawienia jako dowodu w wyjaśnieniu ceny kalkulacji obejmującej co najmniej

elementy zadania wymienione w Tabelach Wykazu cen 2 i 3 z zaznaczeniem, że suma zbiorcza kalkulacji będzie zgodna z kwotą podaną w ofercie przystępującego (Tabela 1).

Przystępujący wypełnił Tabele Wykazu cen zgodnie z nomenklaturą ustanowioną przez zamawiającego w tym z ich uszczegółowieniem na dodatkowe wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Natomiast żadne z wyjaśnień przystępującego nie zawiera kalkulacji ceny lub kosztu poszczególnych pozycji w rozumieniu potocznego znaczenia słowa „kalkulacja”, którego definicję Izba przedstawiła powyżej w uzasadnieniu.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko odwołującego, że podział kwoty ryczałtu na części zgodnie z opisem Tabel Wykazu cen nie jest kalkulacją, tylko podziałem kwoty ryczałtu na poszczególne zadania, do której nie może odnieść się odwołujący w zakresie jej zgodności z dokumentacją techniczną jak i pozostałymi wymaganiami zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niemniej takie próby co do oceny kalkulacji ceny podjął się nie tylko odwołujący zarówno w odwołaniu jak i w stanowisku z dnia 13 listopada 2019r. ale także przystępujący w stanowisku z dnia 4 listopada 2019 r. jak i zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 listopada 2019 r. (treść powyższych stanowisk przedstawiono we wstępnej części uzasadnienia).

Pomimo, że wyjaśnienia przystępującego zarówno z dnia 19.08.2019 r, jak i z dnia 02.09.2019r. nie spełniają wymogu opisanego w art.90 ust.1 w zw. z art.90 ust.1a pkt 1) a w konsekwencji z art. 90 ust.2 ustawy Pzp. a co Izba ustaliła i oceniła powyżej przy wyjaśnieniach przystępującego, nie nakazuje się odrzucenia oferty przystępującego a wzywa zamawiającego do ponownego wyjaśnienia ceny oferty przez przystępującego (alternatywne żądanie odwołującego).

Powyższe rozstrzygnięcie Izby wynika z faktu, że zarówno zamawiający jak i przystępujący pozostają w przekonaniu, że wypełnione Tabele Wykazu cen stanowią kalkulację ceny, wbrew wezwaniom zamawiającego oraz bezwzględnie obowiązującym przepisom art.90 ust.1 pkt 1) -5) ustawy Pzp. Mając na uwadze obydwie wyjaśnienia ceny przystępującego mają one charakter oświadczeń a nie dowodów w tym kalkulacji. Przystępujący wypełnił Tabele Wykazu cen ale nie przedstawił kalkulacji ceny w celu udowodnienia zamawiającemu, że cena jego oferty poniżej 30 % wyceny wartości zamawiającego z podatkiem vat jest ceną gwarantującą wykonanie zamówienia zgodnie w wymaganiami zamawiającego. Izba wzięła pod uwagę, że zamawiający w wezwaniu z dnia 12.08.2019 r. żądał wyjaśnienia ceny oferty a nie jest np. tylko istotnych części jakimi są roboty odwodnieniowe, roboty przewiertów czy odtworzenia nawierzchni.

Izba mając na uwadze brak właściwej oceny znaczenia dokumentów (kalkulacja a wykaz cen) przez zamawiającego, nakazała ponowne wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez złożenie szczegółowej kalkulacji materiałów, sprzętu oraz robocizny zgodnej z dokumentacją zamawiającego. Zresztą jak Izba powyżej ustaliła w uzasadnieniu przystępujący składając wyjaśnienia oświadczył, że cenę ustalił na podstawie kalkulacji uwzględniającej nakłady na jednostki obliczeniowe jakimi są m.b.; m2; sztuki, komplety, r-g; m-g.

W związku ze złożonymi do wyjaśnień ofertami osób trzecich w zakresie dostawy materiałów i usług przystępujący powinien odpowiedź na zarzut odwołania co do niepełnego zakresu tych dostaw i usług w kontekście przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji zamawiającego.

Izba uwzględniając złożone dowody w pismach stron i uczestnika uwzględnia odwołanie w zakresie jego żądań ewentualnych to jest do ponownego wyjaśnienia ceny złożonej oferty w rozumieniu art.90 ust.1 pkt 1) -5) ustawy Pzp. jak i złożenia wyjaśnienia w trybie art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uwzględnia następujące zarzuty i żądania odwołania przedstawione powyżej w uzasadnieniu Izby:

1. czynności zamawiającego jak ich zaniechanie polegające na:
 - 1.1. czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty i wybraniu oferty złożonej przez przystępującego,
 - 1.4. ewentualnie zaniechaniu wezwania przystępującego do złożenia dalszych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, tj. dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu,
 - 1.5. zaniechaniu wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, tj. dotyczących treści ofert w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,
2. zaskarżonym czynnościom zamawiającego zarzucono naruszenie:
 - 2.4. ewentualnie wobec zarzutu z art. 90 ust. 1-3 ustawy Pzp przez zaniechanie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej, zaoferowana cenę lub koszt w taki sposób, aby możliwa była ocena tychże wyjaśnień,
 - 2.5. ewentualnie wobec zarzutu z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyjaśnienia treści oferty w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,
 - 2.6. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z zasadami uczciwej konkurencji,

3. z uwagi na powyższe zarzuty wniesiono o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

3.1. unieważnienia czynności oceny ofert, w tym wyboru najkorzystniejszej oferty,

3.3. ewentualnie wezwania przystępującego do złożenia kolejnych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu oraz wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp dotyczących sposobu realizacji przedmiotu zamówienia,

3.4. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,

3.5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

W pozostałym zakresie odwołujący nie udowodnił zarzutów i żądań odwołania.

W związku z powyższym na mocy art.192 ust.2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie stwierdzając naruszenie przepisów ustawy Pzp., które mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania, w związku z interesem odwołującego do wniesienia odwołania, który złożył ofertę w drugiej kolejności, co do jej oceny, po ofercie przystępującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 pkt 1 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 24.365 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt pięć złotych zero groszy) na rzecz odwołującego stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i kosztu dojazdu na rozprawę (fakturę VAT nr 02/11/2019 z dnia 05.11.2019r i zwrot kosztów dojazdu na poszczególne posiedzenia przekładając bilety na łączną kwotę 765zł.)

Przewodniczący: