

**WYROK**

**z dnia 15 kwietnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 kwietnia 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **25 marca 2019 r.** przez wykonawcę **Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu,**

przy udziale: (i) wykonawcy **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Larix" Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego; oraz (ii) wykonawcy **REMOST Z. M., H. M., K. M. Sp. j. z siedzibą w Oleśniku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Opolu: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) odrzucenie oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "Larix" Sp. z o.o. z siedzibą w Lublińcu oraz wykonawcy REMOST Z. M., H. M., K. M. Sp. j. z siedzibą w Oleśniku na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w Opolu i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;**
- 2.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Opolu na rzecz wykonawcy Berger Bau Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Opolu**.

**Przewodniczący:.....**

**UZASADNIENIE**

W dniu 25 marca 2019 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Berger Bau Polska sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Opolu (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 462 w miejscowości Janów na odcinku od km 11+319 do km 12+509” przepisów ustawy Pzp polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę: LARIX sp. z o.o., ul. Klonowa 11, 42-700 Lubliniec (dalej jako: „**LARIX**”) i zaniechaniu odrzucenia oferty LARIX jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a nadto oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
- zaniechaniu odrzucenia oferty REMOST Z. M., H. M., K. M. spółka jawna, ul. Wielkie Przedmieście 26, 46-300 Olesno (dalej jako: „**REMOST**”) jako oferty zawierającej rażąco niską cenę, a nadto oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ i sklasyfikowanie jej na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej;
- zaniechaniu wyboru jako oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- (i) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert LARIX i REMOST mimo, że treść tych ofert nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie w jakim wykonawcy ci zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia z materiałów lub odpowiednio w sposób niezgodny z SIWZ;

- (ii)art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przeprowadzenia przez Zamawiającego pogłębionej, merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę i poprzestanie na jedynie formalnej ich ocenie, co doprowadziło do zaniechania odrzucenia oferty LARIX i oferty REMOST mimo, że wykonawcy ci jedynie w sposób formalny dopełnili procedury wyjaśnienia i nie obalili domniemania, że ceny ich ofert są rażąco niskie, a szczegółowa analiza przedstawionych przez nich wyjaśnień i dowodów potwierdza, że ich oferty zawierają rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- (iii)art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez LARIX i REMOST w sytuacji, gdy wykonawcy ci nie wykazali, że ich oferty nie zawierają rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- (iv)art. 7 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej ofert podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej i równej konkurencji procedury badania ofert.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: (i) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej; (ii) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie ofert wykonawców: LARIX i REMOST, a w konsekwencji uznanie oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia, jest rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 462 zgodnie z warunkami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W Postępowaniu zostało złożonych osiem ofert z następującymi cenami:

- Oferta nr 6 - LARIX z ceną ofertową 5 790 321, 09 zł;
- Oferta nr 1 - REMOST z ceną ofertową 6 405 172, 63 zł.;
- Oferta nr 2 - Odwołującego z ceną ofertową 9 338 630, 70 zł.;
- Oferta nr 4 - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o. o. z ceną ofertową 9 593 579, 52 zł.;
- Oferta nr 8 - P.U.H. DOMAX A. M. z ceną ofertową 10 136 662, 01 zł.;
- Oferta nr 5 - Eurovia Polska S.A. z ceną ofertową 10 314 942, 70 zł.;
- Oferta nr 7 - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe TRANSKOM R. B. z ceną ofertową 11 500 500, 00 zł.;
- Oferta nr 3 - Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z ceną ofertową 11 780 029, 66 zł.

W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że dysproporcja pomiędzy ceną LARIX i ceną REMOST, a cenami złożonymi przez pozostałych sześciu wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienia jest istotna. Tak istotnych dysproporcji pomiędzy pozostałymi cenami już nie ma. Pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał LARIX do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu wezwania, że cena oferty LARIX jest o 38,12% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich zaoferowanych cen. Zamawiający wezwał przy tym wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień względem wskazanych w wezwaniu 20 cen jednostkowych, oczekując przedstawienia do nich szczegółowego kosztorysu obejmującego dane dotyczące ilości i stawki dla robocizny, materiałów, maszynogodzin pracy sprzętu i środków transportu, przyjętych wydajności i nakładów czasu. Zamawiający żądał również przedstawienia stosownych dowodów, w tym dowodów potwierdzających zgodność zastosowanych materiałów z wymaganiami SIWZ (np. aprobat technicznych, deklaracji zgodności). Odwołujący wskazał, że analogiczne wezwanie w tym samym dniu zostało wystosowane do firmy REMOST, z tym, że Zamawiający w jego uzasadnieniu wskazał, że cena REMOST odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o 31,55 %, a wezwanie do szczegółowego wyjaśnienia cen jednostkowych dotyczyło 28 cen jednostkowych wskazanych przez Zamawiającego. Obaj wykonawcy dnia 5 lutego 2019 r. przedstawili wyjaśnienia ceny.

Dalej Odwołujący wskazał, że dnia 8 lutego 2019 r. (rano) Zamawiający wezwał LARIX do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (w niniejszej sprawie Zamawiający zastosował art. 24 aa ustawy Pzp), a więc Zamawiający po niespełnieniu dwóch dni roboczych zakończył procedurę badania złożonych przez wykonawców wyjaśnień i podjął decyzję co do tego, czyja oferta może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Pismem z dnia 14 marca 2019 r., Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty LARIX sp. z o.o.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny, Odwołujący wskazał tytułem wstępu, że o zjawisku rażąco niskiej ceny będziemy mówili wtedy, kiedy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, a różnica ta nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, to zamówienie wykonać (tak: wyrok KIO z dnia 5 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 995/18). W niniejszej sprawie mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją. W ocenie Odwołującego, wykonawcy LARIX i REMOST nie są w stanie, zwłaszcza w świetle złożonych przez siebie wyjaśnień obecnych uwarunkowań rynkowych, wykonać przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ, bez straty. Co przy tym istotne, złożone przez nich wyjaśnienia jedynie pozornie wskazują na poprawność sporządzonej przez nich kalkulacji ceny - wyjaśnienia, choć zawierają żądane przez Zamawiającego informacje co do ilości nakładów potrzebnych na realizację danego zakresu robót i stawki jednostkowe,

to w rzeczywistości są niewiarygodne i bardzo ogólne. Poza kilkoma cenami jednostkowymi materiałów wynikającymi z okazanych przez wykonawców ofert, wszystkie pozostałe wartości podane w kalkulacji szczegółowej to „dane własne wykonawcy”, „kalkulacja własna przedsiębiorstwa”, przy czym mimo, iż dane te istotnie odbiegają od wartości rynkowych, wykonawcy nie dają żadnego uzasadnienia i dowodu dla prawidłowości przyjętych przez nich wartości. W ocenie Odwołującego z powyższego wynika, że wartości przyjęte do sporządzenia kalkulacji nie są wartościami rzeczywistymi i zostały przyjęte na określonym poziomie tylko w celu „wyjaśnienia” cen jednostkowych kwestionowanych przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że orzeczenia KIO z dnia 25 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1561/14, 1577/14.

Odwołujący podkreślił, że „złożenie przez wykonawcę wyjaśnień, które nie rozpraszają wątpliwości zamawiającego, co do rynkowego charakteru ceny oferty, zrównane jest w skutkach z niezłożeniem wyjaśnień i powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp” (wyrok KIO z dnia 13 października 2014 r., sygn. akt: 2031/14). Wyjaśnienia powinny być jednoznaczne, spójne i szczegółowe, tak aby nie pozostawiać żadnych wątpliwości co do tego, że cena oferty skalkulowana jest w sposób rzetelny i obejmuje wszystkie koszty niezbędne dla prawidłowego wykonania zamówienia. Z wyjaśnień powinno nadto wynikać w sposób jednoznaczny, że obejmują one wszystkie koszty, jakie należało zgodnie z SIWZ ująć w cenie oferty. (wyrok KIO z dnia 26 września 2018 r., sygn. akt KIO 1825/18). W ocenie Odwołującego wyjaśnienia złożone przez wykonawców w niniejszej sprawie wymogów tych nie spełniają, zaś rodzaj popełnionych w nich przez wykonawców błędów, stwierdzonych w nich sprzeczności i uproszczeń wskazują, że „ocena” tych wyjaśnień dokonana przez Zamawiającego miała charakter jedynie formalny (sprowadziła się do sprawdzenia, czy wyjaśnienia zawierające żądane elementy wpłynęły do Zamawiającego w wyznaczonym terminie) i Zamawiający nie weryfikował ich od strony merytorycznej, względnie weryfikacja ta była jedynie pobieżna. W ocenie Odwołującego taka postawa Zamawiającego dziwi tym bardziej, że powszechnie wiadome jest, iż ceny na rynku robót budowlanych rosną i to skokowo, w szczególności rosną zaś koszty materiałów budowlanych i pracy, a z uwagi na dużą liczbę realizowanych zamówień dodatkowo spada ich dostępność. Powszechnie mówi się więc o kryzysie na rynku budowlanym i niedoszacowaniu przez zamawiających wartości zamówień, jeśli przy szacowaniu wartości zamówienia zamawiający bazują na danych sprzed kilku miesięcy. W takiej sytuacji, dysproporcja występująca pomiędzy cenami LARIX i REMOST a cenami pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w tym postępowaniu tym bardziej powinna dziwić i jako taka wymagała bardzo szczegółowego wyjaśnienia.

W ocenie Odwołującego analiza wyjaśnień złożonych przez LARIX i REMOST prowadzi do wniosku, że wykonawcy c zaferowali rażąco niską cenę.

Zarzuty wspólne względem obu ofert.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że obaj wykonawcy zaniżyli koszty pracy. Wykonawca LARIX w wyjaśnieniach wskazał, że wysoka wydajność jego pracowników wynika z „odpowiedniego systemu motywacyjnego”, przy czym głównym czynnikiem jest tu (cyt.) „system wynagrodzeń, który szacuje się średnio około 3 500 zł na osobę za miesiąc (ze względu na ochronę danych osobowych i wynagrodzeń nie możemy udostępnić listy płac i umów i naszych pracowników), a więc nie niższy niż minimalne wynagrodzenie za pracę”.

Jednocześnie LARIX w kalkulacji szczegółowej zastosował stawkę za 1 roboczogodzinę 11 zł netto, co przy uwzględnieniu narzutów (str. 1 kalkulacji) daje stawkę jednostkową za roboczogodzinę na poziomie 15,59 zł (bez VAT). Stawka 15,59 zł/h przy uwzględnieniu średniej miesięcznej ilości godzin do przepracowania (168) daje wynagrodzenie na poziomie 2.619,12 miesięcznie. Wynagrodzenie minimalne w 2019 r. wynosi 2250 zł, ale przy uwzględnieniu kosztów pracodawcy (część składek ZUS, FP i inne opłacanych przez pracodawcę) wynagrodzenie to wynosi 2 710,81 zł. Minimalna stawka godzinowa (dla przypomnienia dla umowy zlecenia wskazana przez ustawodawcę jako 14,7 zł) winna więc zostać powiększona co najmniej o ok. 20% kosztów stanowiących narzuty pracodawcy, co i tak nie uwzględnia kosztów związanych z urlopami pracowniczymi, chorobowego, posiłków regeneracyjnych, zabezpieczeń bhp, szkoleń i kursów, o których wykonawca pisze w swoich wyjaśnieniach. Stawka godzinowa zastosowania przez LARIX jest więc de facto mniejsza niż najniższa stawka/wynagrodzenie minimalne określone przepisami prawa. Warto przy tym zaznaczyć, że skoro średnie wynagrodzenie w firmie LARIX wynosi 3500 zł na osobę na miesiąc (nie wiadomo przy tym, czy wykonawca pisze w wyjaśnieniach o wynagrodzeniu „na rękę” dla pracownika, czy wynagrodzeniu brutto pracownika, czy własnym koszcie, choć to ostatnie nie wydaje się być i prawdopodobne), stawka 11 zł podana w kalkulacji, nawet po powiększeniu o narzuty, pozostaje niespójna względem pozostałych przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień - przy takim „średnim” wynagrodzeniu dla pracownika stawka godzinowa przyjęta do wyjaśnień winna być wyższa niż najniższe wynagrodzenie minimalne, a nie tylko z nim równa (a w zasadzie niższa). Wykonawca REMOST zastosował natomiast do wyliczenia swojej ceny ofertowej stawki odpowiednio 14 zł/h dla pracownika roboczego i 15 zł/h dla operatorów sprzętu. Stawki te, ze względów wskazanych poniżej, są mniejsze niż stawki wynikające z przepisów dotyczących wynagrodzenia minimalnego, względnie nie uwzględniają kosztów pracodawcy, co świadczy o ich niedoszacowaniu. Z treści wyjaśnień wynika przy tym, że takie same stawki roboczogodziny wykonawcy zastosowali do

wyliczenia całej ceny ofertowej, co potwierdza, że całe koszty pracy ujęte w obu ofertach są niedoszacowane. Odwołujący zaznaczył, że obecnie na rynku robót budowlanych istnieją poważne problemy z zatrudnieniem pracowników (brak chętnych do pracy), co z kolei powoduje, że oczekiwania pracowników co do wysokości wynagrodzenia rosną. Stawka roboczogodziny na rynku dla pracownika niewykwalifikowanego zaczyna się od 12-13 zł „na rękę”, dla pracowników wykwalifikowanych (w tym, operatorów maszyn) stawka godzinowa „na rękę” to nie mniej niż 15-16 zł (co przy uwzględnieniu obciążeń podatkowych i ZUS pracownika i pracodawcy daje wartości znacznie większe niż wynagrodzenie minimalne i stawki zastosowane przez obu wykonawców). Są to stawki minimalne, natomiast w praktyce stawki realnie wypłacane sięgają ponad 20 zł („na rękę”). Stawka roboczogodziny wg Sekocenbud IV KW 2018 to od 17,24 netto (29,27 brutto).

Odwołujący wskazał, że w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny dotyczącej wyliczenia kosztów pracy ocenie podlega nie tylko spełnianie wymagań w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę z uwzględnieniem obowiązkowych kosztów pracowniczych, w tym kosztów urlopów wypoczynkowych, ale także realność pozyskania pracowników za wskazaną stawkę wynagrodzenia (tak: wyrok KIO z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1563/18). W niniejszej sprawie żaden z wykonawców składających wyjaśnienia ceny nie wykazał, że jest w stanie zapewnić sobie w całym okresie realizacji zamówienia pracowników za najniższe wynagrodzenie minimalne wynikające z obowiązujących przepisów prawa (nawet przy przyjęciu, że cena ofertowa będzie wystarczająca na pokrycie kosztów pracy w takiej wysokości). Odwołujący zaznaczył, że wymogi związane z ochroną danych osobowych nie są przeszkodą do wypełnienia ciężarów dowodowych wynikających z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp. Znamienne przy tym pozostaje, że przy bardzo niskich kosztach pracy obaj wykonawcy założyli bardzo wysokie wydajności pracy - wydajności, jakie zostały przyjęte przez wykonawców są znacznie wyższe niż wynikające przykładowo z katalogów nakładów, czy doświadczeń własnych Odwołującego.

Po drugie, w ocenie Odwołującego obaj wykonawcy istotnie zaniżyli koszty pracy sprzętu, przy czym zaniżenie to jest szczególnie widoczne (drastyczne) w ofercie LARIX. Zaznaczyć należy, że nawet w sytuacji, gdy dany wykonawca dysponuje własnym sprzętem - co przy takim zakresie robót i przy braku szczególnych wymagań sprzętowych jest raczej regułą niż wyjątkiem wyróżniającym wykonawców składających wyjaśnienia - to korzystanie z tego sprzętu rodzi koszty. Koszty te są wprawdzie mniejsze niż w przypadku konieczności najmu sprzętu cudzego, jednak występują i przy zastosowanych przez wykonawców metodach kalkulacji obejmują co najmniej: koszt paliwa, amortyzację, koszt bieżących napraw i konserwacji, w tym koszt wymiany płynów, olejów, koszty ubezpieczeń i podatków lokalnych (przy pojazdach poruszających się po drogach publicznych). W przypadku kalkulacji LARIX, która przygotowana jest w oparciu o założenia programu do kalkulacji NORMA, jedna motogodzina pracy sprzętu obejmuje również pracę operatora (jeżeli miałoby być inaczej, koszty robocizny podane w kalkulacji LARIX są istotnie zaniżone także i z tego względu, że nie obejmują całkowitych nakładów na robociznę - zaniżają potrzebny czas pracy poprzez nieuwzględnienie/niedostateczne uwzględnienie czasu pracy operatorów). Poniższa tabela stanowi zestawienie kosztów pracy sprzętu z kalkulacji LARIX (koszt 1 motogodziny) i najniższej oraz średniej stawki za 1 motogodzinę pracy/najmu danego sprzętu wynikającą z Sekocenbud.

| Lp | Opis                                                  | Stawka Larix | Stawka Sekocenbud<br>Średnia cena pracy | Stawka Sekocenbud<br>Minimalna cena najmu |
|----|-------------------------------------------------------|--------------|-----------------------------------------|-------------------------------------------|
| 1  | Samochód Samowyladowczy I0-15t                        | 12,79        | 92,71                                   | 77,00                                     |
| 2  | Frezarka do nawierzchni drogowych z podajnikiem 2,0 m | 41,00        | 273,63                                  | 232,00                                    |
| 3  | Spycharka gąsienicowa 74 kW (100 KM)                  | 25,00        | 101,19                                  | 80,00                                     |
| 4  | Sprężarka powietrza spalinowa 4-5 m3/min              | 15;85        | 50,39                                   | 36,00:                                    |
| 5  | Samochód z HDS-em                                     | 27,03        | 112,97                                  | 84,40                                     |
| 6  | Samochód samowyladowczy do 5 t.                       | 15,95        | 91,71                                   | 67,00                                     |
| 7  | Koparka 0,25 m3                                       | 13,00        | 93,56                                   | 75,00                                     |
| 8  | Spycharka gąsienicowa 55 kW (75 KM)                   | 25,00        | 86,57                                   | 67,00                                     |
| 9  | Samochód samowyladowczy                               | 10,00'       | 91,71 - do 5 t                          | 67,00                                     |

|    |                                           |       |                                          |                                        |
|----|-------------------------------------------|-------|------------------------------------------|----------------------------------------|
| 10 | Równiarka samojezdna 88 kW (120KM)        | 35,00 | 102,08                                   | 85,00                                  |
| 11 | Skrapiarka samojezdna                     | 10,00 | 83,05                                    | 72,00                                  |
| 12 | Walec stalowy wibracyjny samojezdny       | 20,00 | 64,41 (2,5 t) 71,69<br>(7,5t) 87,46 (9t) | 50.0(2,5 t)<br>60.0(7,5t)<br>60.0(9 t) |
| 13 | Zestaw do stabilizacji gruntu             | 43,00 | 106,62                                   | 90,00                                  |
| 14 | Beczkwóz ciągniony 4000 dm <sup>3</sup> . | 3,00  | 8,69                                     | 8,00                                   |
| 15 | Ciągnik kołowy 55^63 kW (75-85 KM)        | 5,00  | 56,56                                    | 45,00                                  |
| 17 | Zestaw ciągnik z dźwignią                 | 15,00 | 98,62                                    | 84,00                                  |
| 19 | , Żuraw samojezdny kołowy 7-10t           | 10,00 | 83,72 (do 5t)                            | 66,00                                  |
| 10 | Samochód skrzyniowy                       | 13,00 | 68*80 (do 5t)                            | 52,00                                  |
| 11 | Żuraw samochodowy                         | 10,00 | 83,34 (do 4t)                            | 60,00                                  |

Odwołujący wskazał, że cena najmu podawana w Sekocenbud obejmuje: (i) koszty amortyzacji; (ii) koszty napraw i obsługi technicznych; (iii) koszty obsługi etatowej (czyli robocizna podana w kwocie 11,00 zł); (iv) koszty paliw, smarów i olejów; (v) koszty ogólne i (vi) zysk bazy sprzętowej. Cena najmu odpowiada więc kosztom, jakie ponosi się w związku z pracą sprzętu powiększonym o narzut w postaci zysku wynajmującego. Biorąc pod uwagę, że zyski wynajmujących są zazwyczaj kilkuprocentowe, różnica do stawki podanej przez wykonawcę i tak pozostaje istotna. Z kolei cena pracy obejmuje dodatkowo uśrednione koszty jednorazowe (czyli m.in. dowóz, dojazd, załadunek/wyładunek), odniesione do jednej maszynogodziny. Są to koszty, które wykonawca również musi ponieść nawet jeśli posiada własny sprzęt.

W ocenie Odwołującego, jak wynika z tego zestawienia, stawki przyjęte przez LARIX są istotnie (w niektórych przypadkach kilkakrotnie) niższe niż najniższe stawki wg Sekocenbud. Co przy tym istotne, jeżeli od stawek podanych w kalkulacji LARIX odejmiemy stawkę godzinową operatora sprzętu, wartość jaka pozostaje nie pozwala nawet na pokrycie kosztów paliwa do urządzenia. Przykładowo dla koparki kołowej praca sprzętu wynosi wg LARIX 13,00 zł/m-g, odliczając od tego koszty operatora: 11,00 zł/r-g pozostaje 2,00/m-g na pokrycie m. in. kosztów paliwa. Koparka tego typu zużywa średnio 10,0 litrów ON/h, a więc sam koszt zapewnienia dla niej paliwa ok 40,00 zł/h, Warto przy tym zaznaczyć, że nawet w sytuacji, gdy przyjmujemy, że podane stawki nie obejmują stawki pracy operatora, to i tak ich wysokość nie pozwala na pokrycie kosztów paliwa. Poniższa tabela, na analogicznych zasadach, jak w przypadku LARIX obrazuje zestawienie stawek pracy sprzętu z kalkulacji REMOST (koszt 1 motogodziny) i najniższej stawki za 1 motogodzinę pracy danego sprzętu wynikającą z Sekocenbud.

| Lp | Opis              | Stawka Remost | Stawka Sekocenbud Średnia Cena pracy | Stawka Sekocenbud Minimalna cena najmu |
|----|-------------------|---------------|--------------------------------------|----------------------------------------|
| 1  | Samochód z HDS-em | 50+15=65      | 112,97                               | 84,40                                  |
| 3  | Samochód wywrotka | 15+50=65      | 91,71 (5t)                           | 67,00                                  |
| 4: | Koparka           | 50+15=65      | 93,56                                | 75,00                                  |
| 5  | Walec wibracyjny  | 50+15=65      | 64,41 (2,5 t)                        | 50,00 (2,5 t)                          |
|    |                   |               |                                      | 71,69 (7,5t) 87,46 (9t)<br>60.0(91)    |
| 6, | Skrapiarka        |               | 40+15=55                             | 83,05                                  |
| 1  | Równiarka         |               | 40+15=55                             | 93,32                                  |
| 9  | Samochód wywrotka |               | 40+15=55                             | 91,71 (5t)                             |

Odwołujący wskazał, że REMOST w swojej kalkulacji wydzielił do osobnej pozycji pracę operatora sprzętu, stąd dla zachowania zgodności w przyjętej przez wykonawcę metodologii i zapewnienia pełnej porównywalności podawanych wartości do stawki pracy sprzętu dodano stawkę pracy operatora. Mimo to koszty zapewnienia maszyn i urządzeń przyjęte przez REMOST są niższe, niż najniższe wynikające z Sekocenbud i w wyjaśnieniach wykonawcy brak w tym

zakresie przekonywujących wyjaśnień i dowodów. Jak wskazano powyżej, takim przekonywującym argumentem nie może być bowiem wyłącznie stwierdzenie, że wykonawca dysponuje własnym sprzętem.

Po trzecie, Odwołujący wskazał, że obaj wykonawcy zaniżyli/pominęli koszt transportu materiałów na budowę. Zaznaczyć należy, że znaczna część ofert na zakup materiałów, przedstawionych przez wykonawców do wyjaśnień, to oferty nie obejmujące kosztów transportu materiałów na budowę (ceny są podawane loco wytwórnia, skład sprzedającego), przy czym dostawcy materiałów są zlokalizowani nawet 100 km od miejsca budowy. W tej sytuacji, wykonawcy powinni ująć w cenie ofertowej koszty dowozu materiałów na budowę. LARIX kosztów takich w swojej ofercie nie ujął w ogóle, jak również nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach żadnych dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie. Koszty, o których mowa, są więc niedoszacowane, co z kolei prowadzi do niedoszacowania ceny ofertowej jako takiej. W przypadku wykonawcy REMOST, wykonawca ten w odniesieniu do kilku pozycji wskazał, że nie ujął w cenie ofertowej kosztów dowozu materiałów na budowę, bo koszt ten nie będzie przez niego ponoszony z uwagi na to, że materiał będzie dowożony na budowę transportami „łączonymi” (dotyczy to kosztów transportu kruszyw ze Zdziechowic koło Olesna - cyt. „nasza Firma wozi kamień ze Strzelina do Olesna, piasek będzie wożony po drodze na budowę”). W pozostałych przypadkach brak informacji o kosztach transportu. Odwołujący zaznaczył przy tym, że argumentacja REMOST o tym, że w przypadku „łączenia” transportów wykonawca nie ponosi kosztów transportu (a właściwie nie musi przypisywać je do tego zadania, bo są ujęte w kosztach innych zadań) jest niewiarygodna. Nawet jeżeli samochód w drodze powrotnej z innej budowy (w wyjaśnieniach brak przy tym dowodu na to, że w całym okresie realizacji zamówienia wykonawca będzie woził kamień ze Strzelina do Olesna) będzie wioził materiał dla potrzeb niniejszego zamówienia, koszty po stronie wykonawcy będą powstawały. Powstaje co najmniej konieczność dodatkowego załadunku/rozładunku materiałów, co wiąże się z dłuższym czasem pracy sprzętu i operatora. Często w celu dojeżdżania na budowę, nawet jeśli budowa jest „po drodze” z miejsca A do miejsca B, należy zboczyć z głównej drogi i wjechać na drogę boczną lub wybrać inną, niekoniecznie najkrótszą trasę dojazdu z miejsca A do miejsca B.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że nie zawsze możliwe jest takie skoordynowanie transportów (terminów dostaw, możliwości wyprodukowania/dostarczenia materiałów przez sprzedającego, zapotrzebowania na materiał na budowie, dostępności placów składowych na budowie itp.), by każdy transport materiałów na budowę mógł być połączony z transportem w drugą stronę innych materiałów, ludzi, sprzętów. Optymalizacja, o której mówi REMOST, jest stosowana w praktyce przez wszystkich wykonawców, przy czym przy korzystnej lokalizacji budowy względem bazy wykonawcy i dostawców zazwyczaj udaje się osiągnąć oszczędność kosztów na poziomie 30%. Przyjęcie, że transport taki nic nie kosztuje, jest niezgodne ze stanem rzeczywistym. Odwołujący powołał się na orzeczenie Izby, która stwierdziła, że twierdzenia wykonawcy, że posiada zapasy magazynowe, które zwalniają go od zakupu materiałów czy sprzętu, czy też środków, a w konsekwencji do nie ponoszenia kosztów świadczą o nieprawidłowej kalkulacji. Wykonawca przyjmując taką konstrukcję kosztów oferuje zamawiającemu świadczenia nieodpłatnie co stanowi podstawę do postawienia zarzutu nieuczciwej konkurencji. Natomiast jest również dowód na zamiar świadczenia usługi poniżej kosztów. Przecież wykonawca materiały te kupił poniósł pewne koszty i ich nie sprzedał więc kalkulując cenę dla zamawiającego powinien uwzględnić koszt tych materiałów skoro zamierza je wykorzystać przy wykonaniu zamówienia. Nie ma w tym wypadku żadnego znaczenia, że kupił je wcześniej na inne zadanie czy w ogóle bez potrzeby konkretnego wykorzystania. W każdym przypadku stan magazynowy to jest koszt nie tylko zakupu, ale jeszcze transportu, magazynowania itd. Pozostaje także kwestia rachunkowości wykonawcy, który skoro nie sprzedał zakupionego towaru w usłudze to nadal stanowi jego koszt, który powinien uwzględnić przy kalkulacji kosztów usługi (tak: KIO w wyroku z dnia 2 lutego 2016 r., sygn. akt KIO 51/16). Podobnie Izba wskazała w wyroku z dnia 10 sierpnia 2015 r., sygn. akt KIO 1601/15 - zdaniem Izby posiadane zapasy magazynowe nie uprawniały wykonawcy do ich pominięcia w kalkulacji. W treści tych wyjaśnień wykonawca oświadczył również, że do wykonania robót w ramach realizowanego zadania będzie używał własnego sprzętu i urządzeń, co także nie mogło skutkować pominięciem wyceny kosztów pracy niezbędnego sprzętu. Izba mając powyższe na uwadze, podzieliła stanowisko Zamawiającego, że przedstawiona w wyjaśnieniach kalkulacja cenowa nie może być uznana za wyraz konkretnych indywidualnych możliwości wykonawcy, ani też stosowną reakcją na bieżącą sytuację na rynku zamówień w sektorze publicznym i prywatnym.

W ocenie Odwołującego uwagi poczynione przez Izbę w powołanych wyrokach zachowują pełną aktualność w niniejszej sprawie. REMOST, na co wprost wskazał w swoich wyjaśnieniach, nie ujął w cenie ofertowej kosztu transportu materiałów zakładając, że koszt ten pokryje z innych zadań, jak również nie ujął w cenie ofertowej kosztów zapewnienia niektórych materiałów powołując się na swoje stany magazynowe (ścianki szczelne, grodzice), co w świetle powyższych uwag nie jest dopuszczalne. Obaj zaś wykonawcy, zakładając, że posiadają własny sprzęt, ujęli w cenach ofertowych bardzo niskie, wręcz nierealne koszty zapewnienia urządzeń i maszyn niezbędnych do realizacji zamówienia. Wracając jeszcze do kwestii transportu, niezależnie od powyższego, należy wskazać, że nie każdy materiał może być transportowany na dłuższe odległości. Część materiałów - mieszanki betonowe, mieszanki asfaltowe przy dłuższym transporcie traci swoje właściwości użytkowe, względnie transport taki staje się dużo droższy (np. konieczność

zastosowania specjalnych dodatków do mieszanek lub specjalnych zabezpieczeń sprzętowych). W niniejszej sprawie, wykonawcy zakładają transport tego typu materiałów na długich odcinkach (ok. 100 km), co czyni co najmniej nieprawdopodobnym możliwość zachowania przez taki materiał właściwości wymaganych zapisami SIWZ.

Po czwarte, w ocenie Odwołującego, duże wątpliwości nasuwa również analiza ofert złożonych przez obu wykonawców na potwierdzenie poprawności danych przyjętych przez nich do wyliczeń cen ofertowych - ofert podwykonawców, ofert dostawców materiałów. Ofert podwykonawców jest w obu wyjaśnieniach relatywnie mało, jednak tam gdzie się pojawiają, podwykonawcy deklarują wykonanie określonego zakresu robót za podaną przez siebie cenę ryczałtową (oferta sprowadza się często do jednego zdania). Trudno na podstawie tak ogólnej oferty ocenić, czy podwykonawca za wskazaną przez siebie cenę jest w stanie wykonać przedmiot zleconych mu robót należycie. Odwołujący wskazał, że w sytuacji, gdy cena podwykonawcy nie ma charakteru rynkowego, tak samo oceniać należy cenę wykonawcy. Dalej Odwołujący wskazał, że większość przedstawionych przez wykonawcę ofert nie zawiera gwarancji stałości oferowanych cen na cały okres realizacji zamówienia, a z niektórych wprost wynika, że zaoferowana cena jest zależna od cen innych dostawców i może ulec zmianie lub była ceną „obowiązującą” do końca 2018 r. Biorąc pod uwagę czas realizacji zamówienia oraz sytuację, jaka ma miejsce na rynku (duże zapotrzebowanie na materiały budowlane, stały, skokowy wzrost ich cen, wahania cen w skali roku - sezonowe wzrosty cen w okresie wiosenno - letnim), za mało wiarygodne, w ocenie Odwołującego, należy uznać wyjaśnienia wykonawców oparte na cenach materiałów z 2018 r. lub końcówki tego roku i nieobejmujące ryzyka wzrostu tych cen w okresie realizacji zamówienia.

Zarzuty odnoszące się do oferty LARIX - uszczegółowienie.

Odwołujący wskazał, że w zakresie poszczególnych pozycji Kosztorysu ofertowego LARIX, które były przedmiotem wyjaśnień ze strony Zamawiającego, poza zastrzeżeniami podniesionymi powyżej, a odnoszącymi się głównie do niedoszacowania kosztów pracy (niskie stawki jednostkowe, niewiarygodne i zaniżone normy do wykonania w założonym czasie) oraz niedoszacowania kosztów zapewnienia i pracy sprzętu, wskazać należy także na następujące niedoszacowania - niedoszacowania odnoszące się do kosztów zapewnienia materiałów:

| Lp | Opis materiału                | Poz.<br>Kosztorysu<br>Ofertowego | Stawka<br>LARIX         | Komentarz                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|----|-------------------------------|----------------------------------|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | Kruszywo EPO                  | 66                               | 15,49 zł/m <sup>3</sup> | Błędnie przyjęta ilość materiału do wykonania nasypu ~ do wykonania 1 m <sup>3</sup> nasypu przyjęto 0,4 m <sup>3</sup> /m <sup>3</sup> materiału.                                                                                                                                                                                                                   |
| 2  | Żwir do nawierzchni drogowych | 71                               | 15,00 zł/m <sup>3</sup> | Zaniżona cena materiału wynikająca z przedstawionej oferty (cena zdecydowanie niższa niż cena rynkowa, tego typu materiałów), Oferta firmy EKOL zawiera cenę 8,00 zł/t, co przy uwzględnieniu gęstością wagi materiału i przy przeliczeniu na m <sup>3</sup> nie pozwala na pokrycie kosztów transportu - oferta jest loco Kopalnią Zdzieszowice ok 100 km od budowy |
| 3  | Cement CEM II BV 32,5 R       | 67                               | 230,00 zł/t             | Przedstawiona oferta nie uwzględnia; transportu - jest to cena loco Lubliniec - cena LARIX nie uwzględnia kosztów transportu na budowę                                                                                                                                                                                                                               |
| 4  | Emulsja asfaltowa             | 109                              | 1.185 zł/t              | Przedstawiona oferta nie uwzględnia transportu po stronie sprzedającego - jest to cena loco Lubliniec- cena LARIX nie uwzględnia kosztów transport na budowę, Materiał niezgodny z SST D-04.10.01                                                                                                                                                                    |

|   |                              |     |                          |                                                                                                                                                                                                                                       |
|---|------------------------------|-----|--------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 5 | Cement CEM II BV 32,5 R      | 109 | 230,00 zł/t              | Przedstawiona oferta nie uwzględnia transportu po stronie sprzedającego - jest to cena loco Lubliniec - cena LARIX nie uwzględnia kosztów transportu na budowę. Materiał nie jest zgodny z SST D-04.10.01                             |
| 6 | Krawężnik kamienny 20x25     | 93  | 40,74 zł/m               | Pomimo przedstawionej przez wykonawcę oferty, cena zakupu materiału nierealna- nie możliwa do uzyskania na rynku. Oferta nie zawiera specyfikacji zamawianego materiału, ani żadnych warunków dostawy, co czyni ofertę niewiarygodną. |
| 7 | Mieszanka betonowa (C16/20); | 93  | 160,02 zł/m <sup>3</sup> | Brak kosztów transportu materiału na budowę.                                                                                                                                                                                          |

Zarzuty odnoszące się do oferty REMOST - uszczegółowienie.

Odwołujący wskazał, że w zakresie poszczególnych pozycji Kosztorysu ofertowego REMOST, które były przedmiotem wyjaśnień ze strony Zamawiającego, poza zastrzeżeniami podniesionymi powyżej, a odnoszącymi się głównie do niedoszacowania kosztów pracy (niskie stawki jednostkowe, niewiarygodne i zaniżone normy do wykonania w założonym czasie) oraz niedoszacowania kosztów zapewnienia i pracy sprzętu, wskazać należy także na następujące niedoszacowania - niedoszacowania odnoszące się do kosztów zapewnienia materiałów:

| Lp | Opis                | Poz. KO | Stawka REMOST        | Komentarz                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|----|---------------------|---------|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | Żwir                | 71      | 65 zł/m <sup>3</sup> | Ofertą przedstawiona przez wykonawcę zawiera cenę 65 zł, ale za 1t. Przy uwzględnieniu ciężaru żwiru stawka jest niższa niż koszt wynikający z przedstawionej oferty.<br><br>Oferta przedstawiona przez wykonawcę zawiera cenę loco Kopalnia Zdziechowica - ok 100 km od budowy. REMOST nie uwzględnił kosztów dowozu materiału na budowę  |
| 2  | Piasek zgodny z SST | 73,138  | 8,00/m <sup>3</sup>  | Oferta przedstawiona przez wykonawcę zawiera cenę 8 zł ale za 1 t; Przy uwzględnieniu ciężaru piasku stawka jest niższa niż koszt wynikający z przedstawionej oferty.<br><br>Oferta przedstawiona przez wykonawcę zawiera cenę loco Kopalnia. Zdziechowica - ok 100 km od budowy. REMOST nie uwzględnił kosztów dowozu materiału na budowę |
| 3  | Emulsja             | 76      | 950 zł/t             | Cena w ofercie przedstawionej przez wykonawcę jest loco Olesno, ok 78 km od budowy, Brak kosztu transportu emulsji na budowę, brak jakichkolwiek wyjaśnień.                                                                                                                                                                                |

|   |                                                  |                    |                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|---|--------------------------------------------------|--------------------|--------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4 | Podsypka cementowo-piaskowa                      | 86                 | 35 zł/m <sup>3</sup>     | Mimo przedstawionej przez wykonawcę oferty, cena nierealna, niemożliwa do uzyskania na rynku. Przedstawiona oferta obejmuje cenę transportu na budowę, przy czym cena za całość jest niższa lub zbliżona do kosztu samego transportu                                                                                                                                                                             |
| 5 | Beton C 30/37                                    | 108                | 147,50 zł/m <sup>3</sup> | Mimo przedstawionej przez wykonawcę oferty, cena nierealna, niemożliwa do uzyskania na rynku (niewiarygodna).                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| 6 | Kształtki trójniki PP X- Stream o śr. 500/200 mm | 146                | 60 zł/szt                | Cena nierealna mimo oferty - oferta (mail z dnia 27 listopada 2018r.) nie odnosi się do ilości materiału koniecznego do wykonania tej pozycji, nie zawiera gwarancji ceny na okres realizacji zamówienia. Wykonawca Larix za ten sam materiał ma cenę 320 zł/szt., co jest ceną rynkową.                                                                                                                         |
| 7 | Studnie                                          | 147, 148, 149, 150 |                          | Nierealne ceny mimo oferty - oferta na włącz pochodzi z maja ubiegłego roku i dotyczy jednorazowej dostawy w czerwcu 2018 r. Oferta na studnie -jednostronnicowy wydruk z nazwiskiem Małgorzata Bartosiak - brak wskazania, jaka firma ma być dostawcą i jakiego producenta towar ma być dostarczany, brak możliwości oceny, czy specyfikacja techniczna dostarczona przez wykonawcę dotyczy zamawianych studni. |

Dodatkowo Odwołujący zaznaczył, że REMOST kalkulując następujące pozycje Kosztorysu ofertowego nie uwzględnił związanych z nimi kosztów:

|                                                                                                                                              |                      |                                                                                      |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|
| Podbudowa z MCE o gr. warstwy po zagęszczeniu 2Gcm;                                                                                          | Poz. 109 D-04.10.0.1 | - brak jednego operatora w kalkulacji szczegółowej (2, sprzęty, 1 operator)          |
| Wykopy z załadunkiem ręcznym i transportem na składowisko Wykonawcy z kosztami składowania -                                                 | Poz. 126 D-02.01.01  | - brak w kalkulacji szczegółowej robotnika do prac ręcznych zgodnie z opisem pozycji |
| wykop ręczny 20% z odwozem                                                                                                                   |                      |                                                                                      |
| Obsypka warstwą grub.30 cm ponad wierzch rury z kruszyw naturalnych dowiezionych /piasek/                                                    | Poz. 135 D-02.03.01  | - brak w kalkulacji szczegółowej kierowcy do samochodu                               |
| Wypełnienie przekopów piaskiem stabilizowanym cementem z mechanicznym przygotowaniem mieszanek (50 kg cementu na 1 m <sup>3</sup> mieszanek) | Poz. 138, D-02.03.01 | - brak w kalkulacji szczegółowej kierowcy do samochodu                               |

Kosztów pracy operatora maszyny brakuje również w poz. 73 - Mechaniczne zagęszczenie warstwy- odsączającej w korycie lub na całej szerokości drogi - grubość warstwy po zag. 15 cm - piasek.

W ocenie Odwołującego analiza wyjaśnień przedstawionych przez obu wykonawców prowadzi do wniosku, że zaoferowane przez nich ceny mają charakter rażąco niskich. Poziom niedoszacowania przeanalizowanych cen jednostkowych jest przy tym tak istotny, że prowadzi do niedoszacowania ceny oferty jako takiej. Brakujących kosztów

wykonawcy nie mogą przy tym pokryć z założonego zysku, bo ten jest zbyt niski względem ujawnionego poziomu niedoszacowania. Obaj wykonawcy nie udźwignęli przy tym ciężącego na nich na podstawie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp ciężaru dowodu. W tym miejscu przypomnieć należy wyrok KIO z dnia 17 lipca 2015 r. (Sygn. akt: KIO 1410/15): „Art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w nowym brzmieniu stanowi bowiem, że zamawiający zwraca się do konkretnego wykonawcy, w określonych w tym przepisie warunkach, o udzielenie wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów dotyczących elementów mających wpływ na wysokość ceny. Powyższą regulację należy interpretować łącznie z dyspozycją art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis wprost wskazuje na obowiązek wykazania przez wykonawcę, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Tak więc, w świetle wskazanych regulacji prawnych, to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami dostępnymi w danej sprawie i uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, pomimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. (...). W niektórych sytuacjach - zwłaszcza biorąc pod uwagę charakter przedmiotu zamówienia - dowody, które można określić jako "zewnętrzne" mogą okazać się niezbędne. Powyższe, w ocenie Izby, będzie mogło mieć zastosowanie, jeżeli mamy do czynienia z przedmiotem zamówienia, gdzie jego zasadnicza część (zakres) muszą zostać zakupione przez wykonawcę zamówienia od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy też wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy). W takiej sytuacji, jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami właściwe "zewnętrzne" dowodowy pochodzące od podmiotów, od których dokonuje wskazanego zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup". W podobnym duchu wypowiedziała się KIO w wyroku z dnia 30 marca 2016 r., sygn. akt KIO 371/16, w wyroku KIO z 27 maja 2015 r. KIO 992/15.

Odwołujący z daleko idącej ostrożności procesowej wskazał przy tym na dwie kwestie: Po pierwsze, z uwagi na wynikający z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp rozkład ciężaru dowodowego i wynikający z niego rozkład ciężaru dowodowego w postępowaniu odwoławczym (art. 190 ust.1a ustawy Pzp), to wykonawcy wezwani do złożenia wyjaśnień ceny winni wykazać, że ich cena ma charakter rynkowy. Analizy przedstawione w niniejszym odwołaniu oraz dowody, które zostaną przedstawione na ich poparcie w toku postępowania odwoławczego co najmniej uprawdopodobniają, że wykonawcy nie uwzględnili na etapie kalkulowania ceny ofertowej wszystkich kosztów wykonania zamówienia na poziomie rynkowym. Tym samym Odwołujący prawidłowo zrealizował ciężące na nim ciężary dowodowe. Po drugie, rodzaj ujawnionych błędów w wyjaśnieniach obu wykonawców jest taki, że w niniejszej sprawie nie zachodzą podstawy do kolejnego, uzupełniającego wezwania ich do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp. Takie dodatkowe wyjaśnienia musiałby w istocie stanowić zaprzeczenie lub zmianę poprzednio złożonych wyjaśnień i to w takim stopniu, że mielibyśmy do czynienia de facto z nowymi wyjaśnieniami. Taka sytuacja nie jest dopuszczalna w świetle obowiązujących przepisów prawa.

W zakresie niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (i równocześnie dowód na zaniżenie cen jednostkowych), Odwołujący wskazał, że w świetle złożonych przez obu wykonawców wyjaśnień, ich oferty pozostają także niezgodne z wymaganiami SIWZ.

#### Oferta LARIX

Odwołujący wskazał, że LARIX wyjaśniając pozycję 66 Kosztorysu ofertowego - Formowanie i zagęszczanie nasypów piaszczystych o wys. do 3,0 m - GRUNT Z DOWOZU nie założył konieczności korzystania ze sprzętu do zagęszczania gruntu. Tymczasem, zgodnie z wymogami SIWZ - 02.03.01 SST pkt 3 obowiązkiem wykonawcy jest zagęszczenie gruntu. Ten zakres prac stanowi podstawę do rozliczenia. Dodatkowo, z załączonej do wyjaśnień Aprobata Technicznej nr AT/2010-03-1820/2 nie wynika wprost, że materiał spełnia wygórowane wymagania SST. Z kolei odnośnie pozycji 109 z Kosztorysu ofertowego - Podbudowa z MCE o gr. warstwy po zagęszczeniu 20cm wskazać należy, że LARIX założył:

- ilość emulsji asfaltowej niezgodną z pkt 5.3 SST (minimalna ilość przy 3% to 0,006 t/m<sup>2</sup>);
- ilość cementu niezgodną z pkt. 5.3 SST (maksymalna ilość cementu to 0,016 t/m<sup>2</sup>);
- cement z oferty przedstawionej przez wykonawcę jest niezgodny z zapisami SST pkt 2;
- emulsja z oferty przedstawionej przez wykonawcę jest niezgodna z zapisami SST pkt 2 Wskazane pkt SST pochodzą ze Specyfikacji Technicznej D-04.10.01.

#### Oferta REMOST

W zakresie wyjaśnień REMOST, Odwołujący wskazał na następujące niezgodności z wymaganiami SIWZ, które jednocześnie skutkują zaniżeniem kosztów wykonania robót budowlanych, do których odnoszą się poniższe pozycje:

| Lp | Opis                                                                                                                           | Poz.<br>Kosztorysu<br>ofertowego oraz<br>numer właściwej<br>SST | Komentarz                                                                                                                                                                                                                                        |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | Mechaniczne zagęszczenie warstwy odsączającej w korycie lub na całej szerokości drogi - grubość warstwy po zag. 15 cm — piasek | Poz. 73 D-04.02.01                                              | - użyty sprzęt do wykonania warstwy niezgodny z pkt 3.2 SST (walec wibracyjny zamiast walca samojednego, koparka zamiast równiarki)                                                                                                              |
| 2  | Skropienie nawierzchni drogowej asfaltem                                                                                       | Poz. 76 D-04.03.01                                              | -ilość emulsji do skropienia niezgodna z tablicą 5 pkt 5.7.2.1 SST (wg. oferty Remost ok. 0,8km/m2)<br>-materiał niezgodny z SST                                                                                                                 |
| 3  | Podsypka cementowo-piaskowa z zagęszczeniem ręcznym - 10 cm grubość warstwy po zagęszczeniu                                    | Poz. 86 D-06.01.03                                              | - brak sprzętu do zagęszczenia podsypki (lekkie- walce lub zagęszczarka wibracyjna) zgodnie z pkt. 5 A2 SST                                                                                                                                      |
| 4  | Podbudowa Betonowa C 30/37 na warstwie geowłókniny - grubość warstwy po zagęszczeniu 20 cm                                     | Poz. 108 D-04.06.01b                                            | -brak geowłókniny pkt 5.4.5 SST<br>-brak sprzętu do zagęszczenia (urządzenia wibracyjne) pkt 5.4.6 SST<br>-brak sprzętu do wykonania szczelin dylatacyjnych (5.4.7)<br>-brak pielęgnacji betonu (5.5) i materiałów do pielęgnacji betonu (2.2.8) |

W ocenie Odwołującego brak uwzględnienia w kalkulacji odpowiedniego sprzętu lub materiału oraz przewidzenie przez wykonawcę użycia materiałów niezgodnych z SST (co do zasady lub w niezgodnych z tym dokumentem ilościach, proporcjach itp.) stanowi nie tylko o niedoszacowaniu kosztów wykonania przedmiotu umowy (wskazane w tym punkcie zarzutu ocenić należy także jako zarzuty odnoszące się do rażąco niskiej ceny wykonawców i naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 Pzp), ale równocześnie świadczą o niezgodności oferty wykonawcy z wymogami SIWZ. Niezgodności, która - wobec jednoznacznego oświadczenia wykonawcy - nie może zostać usunięta jako inna omyłka. Z uwagi na powyższe, odwołanie zasługuje na uwzględnienie w całości.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba postanowiła dopuścić poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) SIWZ wraz z załącznikami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia oraz wymagań Zamawiającego; (ii) ofertę Odwołującego, wykonawcy LARIX oraz REMOST na okoliczność ustalenia ich treści; (iii) wezwanie do złożenia wyjaśnień skierowane przez Zamawiającego w dniu 30 stycznia 2019 r. do wykonawcy LARIX oraz REMOST oraz odpowiedzi wykonawców z dnia 5 lutego 2019 r. na okoliczność ustalenia treści wezwania oraz złożonych wyjaśnień i dokumentów; (iv) protokół postępowania przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu postępowania; (v) Cennik dla Profesjonalistów – SEKOCENBUD 2019, wyliczenia kosztów robocizny dla oferty wykonawcy REMOST oraz LARIX, kosztów pracy maszyny dla obu wykonawców, kopię umów o pracę z Odwołującym, wydruki raportów maszyn ciężkich, faktury za wynajem sprzętu do robót budowlanych – dokumenty złożone przez Odwołującego na okoliczność wykazania, iż wykonawcy REMOST oraz LARIX zaoferowali rażąco niskie ceny za realizację zamówienia; (vi) zestawienie kosztów realizacji zamówienia przez poszczególnych oferentów przygotowane przez Zamawiającego na okoliczność wykazania zawyżania cen przez Odwołującego; (vii) karty realizacji dostaw, faktury na wykonanie usług transportu – złożone przez wykonawcę Larix na okoliczność wykazania realności przyjętej wyceny kosztów realizacji zamówienia.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 462 w miejscowości Janów na odcinku od km 11+319 do km

12+509".

Zamawiający w Rozdziale 8 – „Przedmiot zamówienia” – wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych zgodnie z postanowieniami specyfikacji, zaś szczegółowy zakres robót jest podany w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarze robót. Wykonawca winien dokonać wyceny wszystkich robót w oparciu o pozycje kosztorysowe podane w przedmiarach robót. Dokumenty te stanowią załącznik do SIWZ.

Zamawiający ustalili szacunkową wartość zamówienia na kwotę brutto 6.430.297,94.

W postępowaniu złożone 8 ofert z następującymi cenami:

- Oferta nr 6 - LARIX z ceną ofertową 5 790 321, 09 zł;
- Oferta nr 1 - REMOST z ceną ofertową 6 405 172, 63 zł.;
- Oferta nr 2 - Odwołującego z ceną ofertową 9 338 630, 70 zł.;
- Oferta nr 4 - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o. o. z ceną ofertową 9 593 579, 52 zł.;
- Oferta nr 8 - P.U.H. DOMAX A. M. z ceną ofertową 10 136 662, 01 zł.;
- Oferta nr 5 - Eurovia Polska S.A. z ceną ofertową 10 314 942, 70 zł.;
- Oferta nr 7 - Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe TRANSKOM R. B. z ceną ofertową 11 500 500, 00 zł.;
- Oferta nr 3 - Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z ceną ofertową 11 780 029, 66 zł.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 30 stycznia 2019 r. Zamawiający wezwał LARIX do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując w uzasadnieniu wezwania, że cena oferty LARIX jest o 38,12% niższa od średniej arytmetycznej wszystkich zaoferowanych cen. Zamawiający wezwał przy tym wykonawcę do złożenia szczegółowych wyjaśnień względem wskazanych w wezwaniu 20 cen jednostkowych, oczekując przedstawienia do nich szczegółowego kosztorysu obejmującego dane dotyczące ilości i stawki dla robocizny, materiałów, maszynogodzin pracy sprzętu i środków transportu, przyjętych wydajności i nakładów czasu. Zamawiający żądał również przedstawienia stosownych dowodów, w tym dowodów potwierdzających zgodność zastosowanych materiałów z wymaganiami SIWZ (np. aprobat technicznych, deklaracji zgodności).

Izba ustaliła, że analogiczne wezwanie w tym samym dniu zostało wystosowane do firmy REMOST, z tym, że Zamawiający w jego uzasadnieniu wskazał, że cena REMOST odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich ofert o 31,55 %, a wezwanie do szczegółowego wyjaśnienia cen jednostkowych dotyczyło 28 cen jednostkowych wskazanych przez Zamawiającego. Obaj wykonawcy dnia 5 lutego 2019 r. przedstawili wyjaśnienia ceny.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 8 lutego 2019 r. Zamawiający wezwał LARIX do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (w niniejszej sprawie Zamawiający zastosował art. 24 aa ustawy Pzp). Pismem z dnia 14 marca 2019 r., Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty LARIX sp. z o.o.

***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na miejscu trzecim. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia ofert przystępujących LARIX oraz Remost, które zostały sklasyfikowane na miejscach pierwszym i drugim. Ustalenie, że Zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się zasadne.

*Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp oraz zarzut naruszenia art. 90 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ustawy Pzp*

Izba uznała zarzut za zasadny. Wskazać należy, że zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż ustawodawca przewidział dwie przesłanki obligujące Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy: (i) brak złożenia wyjaśnień; (ii) ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, że pierwsze z wymienionych wyżej przesłanek nie ma zastosowania bowiem zarówno wykonawca LARIX jak i wykonawca REMOST złożyli stosowane wyjaśnienia. Rozstrzygnięcia więc wymagały czy złożone przez wykonawców wyjaśnienia i dowody były wystarczające do uznania, że oferty tych wykonawców nie

zawierają cen rażąco niskich w stosunku do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby obaj wykonawcy nie wykazali powyższych okoliczności. Innymi słowy nie wykazali, że zaoferowane przez nich ceny są cenami realnymi, rynkowymi i że nie można im przypisać charakteru rażąco niskiego.

Podkreślić należy, że ustawodawca nakłada na wykonawcę w art. 90 ust. 1 w zw. z art. 90 ust. 2 ustawy Pzp obowiązek złożenia wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających realność zaoferowanej ceny lub jej istotnych części składowych. Wyjaśnienia wykonawcy składane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie mogą ograniczyć się do ogólnych stwierdzeń o doświadczeniu, organizacji pracy czy wykwalifikowanych pracownikach. Czynniki te winny zawsze znaleźć odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ i przedstawienia konkretniej, a zarazem wiarygodniej i rzetelnej analizy, potwierdzonej odpowiednimi dowodami, iż wykonawca ma możliwość wykorzystania posiadanej wiedzy, doświadczenia, kardy w warunkach konkretnego postępowania przetargowego. Tylko bowiem w takiej sytuacji zamawiający będzie miał możliwość rzeczywistego zweryfikowania realności zaproponowanej ceny. Podkreślić bowiem należy, że wyeliminowanie z postępowania ofert zawierających rażąco niskie ceny jest istotne z uwagi na znaczną szkodliwość takich ofert, które mogą opierać się na nieracjonalnych pod względem technicznym, ekonomicznym lub prawnym założeniach lub praktykach, co może w konsekwencji skutkować uchybienia na etapie realizacji zamówień.

Oczywistym jest bowiem, że rażąco niska cena uderza w uczciwych, działających zgodnie z przyjętymi praktykami rynkowymi wykonawców, którzy rzetelnie wycenili swoją ofertę. Oferta zawierająca rażąco niską cenę naraża równocześnie zamawiającego na ryzyko wykonania zamówienia na niższym niż wymagany poziom jakości, ponieważ wykonawca na etapie realizacji umowy, szukając oszczędności, próbuje działać niezgodnie z wytycznymi SIWZ. To zaś może również skutkować opóźnieniami w realizacji inwestycji, a niejednokrotnie koniecznością odstąpienia od umowy. Z powyższymi okolicznościami zamawiający borykają się na co dzień. Dlatego tak istotne, w ocenie Izby jest, aby wyjaśnienia składane przez wykonawców oraz dowody nie ograniczały się go generalnych stwierdzeń, niemających żadnego przełożenia na konkretnego postępowania przetargowego. To wykonawca obarczony jest ciężarem wykazania, iż oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp). Zamawiający zaś ze złożonych wyjaśnień winien mieć możliwość dokonania rzetelnej analizy przyjętych przez wykonawcę założeń finansowych związanych z realizacją zamówienia. Wykonawca winien w treści złożonych wyjaśnień udowodnić zamawiającemu, że w realiach konkretnego postępowania przetargowego, mając na uwadze indywidualne uwarunkowania wykonawcy, które muszą zostać wykazane, możliwe jest obniżenie kosztów realizacji zamówienia. Bez takiej analizy, wyjaśnienia wykonawcy pozostają wyłącznie nic nieznaczącymi ogólnikowymi zapewnieniami o chęci realizacji zamówienia na najwyższym poziomie. Nie taki zaś był cel ustawodawcy wskazany w art. 90 ust. 1, 1a i 2 stawy Pzp.

Zaznaczyć jednocześnie należy, iż przedmiot zamówienia z jakim mamy do czynienia w niniejszej sprawie obejmuje rozbudowę drogi wojewódzkiej. Tym samym, co istotne w kontekście badania rażąco niskiej ceny, mamy do czynienia zarówno z kosztami pracy osób realizujących roboty budowlane jak i z kosztami związanymi z zakupem określonych materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia, jak również kosztami związanymi z użyciem maszyn koniecznych wykonania robót. Co do kosztów pracy, to wskazać należy, że kosztów tych nie da się w sposób jednoznaczny „zweryfikować” - poza kosztami minimalnego wynagrodzenia za pracę. Przy kosztach osobowych praca jest warta tyle na ile wycenia ją osoba ją świadcząca. To bowiem ona wie najlepiej, ile jest warta praca którą ma świadczyć. Państwo zaś w tym zakresie poza jej minimalną wartością nie narzuca żadnych średnich stawek lub kosztów. Oczywistym jest jednak, że wykonawca, który powołuje się na szczególne uwarunkowania dotyczące wynagrodzenia pracowników z pomocą których zamierza realizować zamówienie zobowiązany jest wykazać Zamawiającemu, że warunkowania te rzeczywiście są mu dostępne. Za błędną w tym kontekście uznać argumentację wykonawcy LARIX oraz REMOST, że skoro wycena kosztu r/h nie jest niższa niż minimalna stawka godzinowa za pracę, to problem rażąco niskiej ceny nie dotyczy ich ofert. Badanie bowiem cen oferowanych przez wykonawców za realizację danego zamówienie w kontekście rażąco niskiej ceny nie sprowadza się wyłącznie do analizy czy wycena kosztów pracy nie jest niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę albo minimalna stawka godzinowa, ustalona na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz.U. z 2017 r. oraz z 2018 r. ). Nie sposób wywieść z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, jak chcieliby przystępujący wykonawcy, że w sytuacji, gdy wykonawca przyjął koszty robocizny na poziomie nie niższym niż minimalne wynagrodzenie za pracę, to niejako zwalnia go to z obowiązku wykazania realności przyjętych założeń kosztorysowych. Wykonawca powinien wykazać, że przyjęty przez niego koszt roboczogodziny jest możliwe do osiągnięcia na danym rynku, że faktycznie będzie mógł zatrudnić pracowników na podstawie umowy o pracę za stawki wskazane w ofercie. Takimi dowodami mogą być obowiązujące umowy o pracę z pracownikami zatrudnionymi u wykonawcy, którzy pobierają wynagrodzenie zbliżone do tego na które powołują się wykonawcy w treści złożonych wyjaśnień. W ocenie Izby nie jest wystarczające w kontekście rażąco niskiej ceny wykazanie wyłącznie, iż wycena roboczogodziny jest zgodna z przepisami o minimalnym wynagrodzeniu za pracę. Wykonawca ma obowiązek wykazać, że przyjmując daną stawkę wynagrodzenia za godzinę pracy rzeczywiście będzie miał możliwość zatrudnienia pracowników na takich warunkach.

W analizowanej sprawie zarówno wykonawca LARIX jak i Remost nie wykazali w treści złożonych wyjaśnień, że przyjęte przez nich założenia co do kosztów wynagrodzenia pracowników z pomocą których będą realizować zamówienia są realne i dostępne. Tym samym nie wykazali, że koszty te nie zostały rażąco zaniżone. Co do wykonawcy LARIX, to Izba wskazuje po pierwsze, iż w treści złożonych wyjaśnień wskazał on, iż duży wpływ na wysokość zaoferowanej ceny ma struktura zatrudnienia oraz odpowiedni system motywacji pracowników, który zapewnia wysoką efektywność pracy, a tym samym pozwala stosować do kalkulacji ceny koszty związane z robocizną w wysokości nie niższej niż 11 zł netto, przy czym wykonawca ten wskazał również, iż do głównych czynników wpływających na cenę należy system wynagrodzeń, który szacuje się średnio na około 3,500 zł miesięcznie.

W ocenie Izby analiza wyjaśnień wykonawcy Larix w zakresie kosztów robocizny nie pozwala na przyjęcia, iż są one wyczerpujące i na tyle szczegółowe, aby uznać, iż nie doszło do rażącego zaniżenia kosztów robocizny. Wyjaśnienia te są niespójne, ogólnikowe, zaś na ich podstawie nie sposób stwierdzić, że wykonawca ma możliwość realnego zatrudnienia wymaganych pracowników na umowę o pracę do realizacji zamówienia za stawkę godzinową 11 zł netto. Po pierwsze wskazać należy, że przyjęta przez wykonawcę stawka 11 zł netto za godzinę pracy nie odzwierciedla w pełni kosztów zatrudnienia pracowników na umowę o pracę, w tym kosztów związanych z ubezpieczeniem społecznym, rentowym czy emerytalnym, kosztów wynagrodzenia chorobowego, urlopów, szkoleń, badań lekarskich. Wykonawca Larix w żaden sposób nie wyjaśnił, gdzie te koszty zostały uwzględnione. Za oczywiste uznać należy, że koszty te będą ponoszone przez pracodawcę i muszą znaleźć odzwierciedlenie w kalkulacjach wykonawców. Stanowiąc one część kosztów związanych z zatrudnieniem pracownika na umowę o pracę. Podkreślić należy, że art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się do kosztów realizacji zamówienia, w tym m.in. do kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej. Przyjęcie stawki netto na poziomie 11 zł za r/h co prawda spełnia wymóg minimalnego wynagrodzenia za godzinę pracy, ale nie zwalnia wykonawcy od uwzględnienia w kosztach realizacji zamówienia wszystkich kosztów związanych z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę w trakcie realizacji zamówienia.

Wykonawca Larix w złożonych wyjaśnieniach wskazał, iż przyjętym systemie wynagrodzeń średnie wynagrodzenie wynosi około 3,500 zł miesięcznie, przy czym wykonawca nie wyjaśnił czy chodzi o wynagrodzenie brutto czy netto. Stwierdzenie to trudno powiązać w logiczną całość z wcześniejszym oświadczeniem wykonawcy co do stawki roboczogodziny na poziomie 11 zł. netto. Nawet bowiem, gdyby tą stawkę powiększyć o obowiązkowe narzuty, to nadal pozostaje niespójna względem pozostałych przedstawionych przez wykonawcę wyjaśnień. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że wyjaśnienia co do rażąco niskiej ceny dotyczą konkretnego postępowania i konkretnych wymagań Zamawiającego. Wykonawca Larix odnosi się w treści wyjaśnień do bliżej niesprecyzowanego systemu wynagrodzeń, systemu motywacji pracowników, kosztów r/h nie niższej niż stawka 11 zł. netto, bez odniesienia do przedmiotowego postępowania. Nie wiadomo zatem czy pracownicy realizujący zamówienie otrzymają 3,500 zł netto?/brutto? wynagrodzenia miesięcznego czy 11 zł netto za godzinę pracy. Nie wiadomo również w jaki sposób wykonawca Larix pokryje koszty pracodawcy związane z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę. Nie wiadomo również czy w ogóle wykonawca Larix ma możliwość zatrudnienia pracowników za stawkę godzinową 11 zł netto, bo nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie takiej okoliczności. Wykonawca zakłada bardzo wysoką efektywność pracy, wykonywanie przez pracownika wielu czynności na budowie, posługiwania się wieloma maszynami, przy czym oferuje stawkę wynagrodzenia za pracę na dość minimalnym poziomie. Wykonawca Larix nie przedłożył żadnych umów o pracę z dotychczasowymi pracownikami, które potwierdzałyby jego założenia, zasłaniając się ochroną danych osobowych. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem wykonawcy, gdyż wystarczyło usunąć dane osobowe w umowach i w taki sposób przedłożyć je Zamawiającemu. W ocenie Izby wyjaśnienia wykonawcy Larix co do kosztów robocizny są niespójne, nie odnoszą się do konkretnego postępowania przetargowego, nie uwzględniają wszystkich kosztów pracy związanych z zatrudnieniem pracowników na umowę o pracę, przy czym wykonawca nie złożył żadnych dowodów na potwierdzenie, iż rzeczywiście realnie będzie możliwe zatrudnienie kogokolwiek za stawkę 11 zł netto za godzinę pracy.

Jeśli zaś chodzi o wykonawcę REMOST, to również, w ocenie Izby, złożone przez niego wyjaśnienia mają charakter ogólny i nie zawierają wystarczających informacji pozwalających na uznanie, iż przyjęta koszty robocizny związane z realizacją zamówienia mają charakter rynkowy, realny i nie zostały rażąco zaniżone. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach oraz przedłożonej kalkulacji zastosował do wyliczenia swojej ceny ofertowej stawki odpowiednio 14 zł/h dla pracownika roboczego i 15 zł/h dla operatorów sprzętu, przy czym nie jest jasne czy chodzi o wynagrodzenie brutto czy netto, bowiem w treści wyjaśnień nie zostało to doprecyzowane. Przyjąć więc należy, iż chodzi o stawkę brutto. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż stawka roboczogodziny przyjęta dla pracownika fizycznego jest niższa od minimalnej stawki na rok 2019 r., zaś stawka operatora minimalnie przekracza minimalną krajową. Podobnie jak wykonawca Larix, wykonawca REMOST nie wyjaśnił, gdzie zostały uwzględnione koszty zatrudnienia pracowników na umowę o pracę podnoszone przez pracodawcę. Gdyby uwzględnić je we wskazanych przez wykonawcę stawkach za R/h, to robotnicy dostawaliby na rękę poniżej 6 zł, co nie może być dopuszczalne w świetle obowiązujących regulacji prawnych. Wskazać

również należy, że wykonawca REMOST w żaden sposób nie wykazał ani nie uprawdopodobnił, że ma możliwość zatrudnienia pracowników po stawkach wskazanych w wyjaśnieniach. Nie przedłożył żadnych kopii umów z dotychczasowymi pracownikami, które mogłyby potwierdzać taką możliwość. Zaznaczyć przy tym należy, że obecnie na rynku robót budowlanych istnieją poważne problemy z zatrudnieniem pracowników (brak chętnych do pracy), co z kolei powoduje, że oczekiwania pracowników co do wysokości wynagrodzenia rosną. Jak wskazał Odwołujący stawka roboczogodziny na rynku dla pracownika niewykwalifikowanego zaczyna się od 12-13 zł „na rękę”, dla pracowników wykwalifikowanych (w tym, operatorów maszyn) stawka godzinowa „na rękę” to nie mniej niż 15-16 zł (co przy uwzględnieniu obciążeń podatkowych i ZUS pracownika i pracodawcy daje wartości znacznie większe niż wynagrodzenie minimalne i stawki zastosowane przez obu wykonawców). Są to stawki minimalne, natomiast w praktyce stawki realnie wypłacane sięgają ponad 20 zł („na rękę”). Stawka roboczogodziny wg Sekocenbud IV KW 2018 to od 17,24 netto (29,27 brutto). Ani wykonawca Larix czy ani wykonawca REMOST nie przedstawili Izbie żadnych dowodów przeciwnych. Samo zanegowanie stawek godzinowych wg. Sekocenbud nie jest dowodem w sprawie. Oczywiście stawki wg. Sekocenbud nie stanowią powszechnie obowiązującej regulacji, stanowią jednakże pewną wytyczną dla rynku. Możliwość zaoferowania wynagrodzenie znacznie poniżej stawek wg. Sekocenbud powinna być przez wykonawców wyjaśniona i wykazana, czego obaj wykonawcy nie uczynili.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wyjaśnienia wykonawcy Larix jak również wyjaśnienia wykonawcy REMOST w zakresie kosztów pracy związanych z realizacją zamówienia nie potwierdziły, iż przyjęte założenia cenowe mają charakter realny, rynkowy i nie są rażąco zaniżone. W ocenie Izby wyjaśnienia są ogólne, nie uwzględniają wszystkich kosztów pracy, jakie będzie musiał ponieść wykonawca realizujący zamówienie z pomocą pracowników zatrudnionych na umowę o pracę. Zarówno wykonawca Larix jak i REMOST nie podjęli żadnej inicjatywy dowodowej w celu wykazania, iż w czasie realizacji zamówienia rzeczywiście będą mieli możliwość zatrudnienia pracowników za minimalne wynagrodzenie za pracę, lub za wynagrodzenie niewiele przekraczające takie minimalne wynagrodzenie, przy założeniu dużej wydajności pracy pracowników. Tym samym, już w oparciu o wyjaśnienia dotyczące kosztów pracy, Zamawiający winien odrzucić oferty wykonawcy Larix oraz REMOST na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Dalej wskazać należy, że zarówno wykonawca Larix jak i REMOST zaniżyli lub pominęli koszty transportu materiałów na budowę. Nie ulega wątpliwości, iż w ramach realizacji zamówienia wykonawca będzie musiał dostarczyć materiały na teren budowy i ponieść z tego tytułu określone koszty. Analiza ofert złożonych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami wskazuje, że znaczna część tych ofert nie obejmuje kosztów transportu materiałów na budowę (ceny są podawane loco wytwórnia, skład sprzedającego), przy czym, jak wskazał Odwołujący, dostawcy materiałów są zlokalizowani nawet 100 km od miejsca budowy. W tej sytuacji, wykonawcy powinni ująć w cenie ofertowej koszty dowozu materiałów na budowę. Zgodzić się należy z Odwołującym, iż wykonawca LARIX kosztów takich w swojej ofercie nie ujął w ogóle, jak również nie przedstawił w swoich wyjaśnieniach żadnych dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie. Koszty, o których mowa, są więc niedoszacowane, co z kolei prowadzi do niedoszacowania ceny ofertowej jako takiej. Wyjaśnienia zaś zawarte w piśmie procesowym złożonym podczas rozprawy uznać należy za spóźnione. Twierdzenia tam zawarte nie znajdują się w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 5 lutego 2019 r. złożonych Zamawiającemu.

W przypadku wykonawcy REMOST, wykonawca ten w odniesieniu do kilku pozycji wskazał, że nie ujął w cenie ofertowej kosztów dowozu materiałów na budowę, bo koszt ten nie będzie przez niego ponoszony z uwagi na to, że materiał będzie dowożony na budowę transportami „łączonymi” (dotyczy to kosztów transportu kruszyw ze Zdziechowic koło Olesna - cyt. „nasza Firma wozi kamień ze Strzelina do Olesna, piasek będzie wożony po drodze na budowę”). W pozostałych przypadkach brak informacji o kosztach transportu. W ocenie Izby nie można zgodzić się z wykonawcą REMOST, że w przypadku „łączenia” transportów wykonawca nie ponosi kosztów transportu (a właściwie nie musi przypisywać je do tego zadania, bo są ujęte w kosztach innych zadań). Nawet jeżeli samochód w drodze powrotnej z innej budowy (w wyjaśnieniach brak przy tym dowodu na to, że w całym okresie realizacji zamówienia wykonawca będzie woził kamień ze Strzelina do Olesna) będzie wioził materiał dla potrzeb niniejszego zamówienia, koszty po stronie wykonawcy będą powstawały. Powstaje co najmniej konieczność dodatkowego załadunku/rozładunku materiałów, co wiąże się z dłuższym czasem pracy sprzętu i operatora. Często w celu dojechania na budowę, nawet jeśli budowa jest „po drodze” z miejsca A do miejsca B, należy zboczyć z głównej drogi i wjechać na drogę boczną lub wybrać inną, niekoniecznie najkrótszą trasę dojazdu z miejsca A do miejsca B. Ponadto, wykonawca REMOST w żaden sposób nie wyjaśnił czy uprawdopodobnił, że jest w ogóle możliwe takie skoordynowanie transportów (terminów dostaw, możliwości wyprodukowania/dostarczenia materiałów przez sprzedającego, zapotrzebowania na materiał na budowie, dostępności placów składowych na budowie itp.), by każdy transport materiałów na budowę mógł być połączony z transportem w drugą stronę innych materiałów, ludzi, sprzętów. Słusznie wskazał Odwołujący, że optymalizacja, o której mówi REMOST, jest stosowana w praktyce przez wszystkich wykonawców, przy czym przy korzystnej lokalizacji budowy względem bazy wykonawcy i dostawców zazwyczaj udaje się osiągnąć oszczędność kosztów na poziomie 30%. Przyjęcie, że transport taki nic nie kosztuje, jest niezgodne ze stanem rzeczywistym. Wykonawca przyjmując taką

konstrukcję kosztów oferuje zamawiającemu świadczenia nieodpłatnie co stanowi podstawę do postawienia zarzutu nieuczciwej konkurencji. Jest to również dowód na zamiar świadczenia usługi poniżej kosztów. Przecież wykonawca musi zakupić paliwo, zapłacić pracownikowi za pracę. Koszty te będą ponoszone i muszą być rozliczne przez wykonawcę. Jeśli wykonuje on jednocześnie dwa zamówienia, to być może zasadne jest podział tych kosztów pomiędzy dwoma zadaniami, o ile sam wykonawca uprawdopodobni, że takie jednoczesne wykonywanie zadań będzie w ogóle możliwe do realizacji. Przerzucenie zaś tych kosztów, jak wskazał wykonawca podczas rozprawy, to kosztów ogólnego zarządu przedsiębiorstwa, bez przypisania ich do konkretnego zadania, jest w ocenie Izby nieuprawnione i stanowi niedozwolone przesuwanie kosztów realizacji zamówienia. Podkreślić również należy za Odwołującym, że nie każdy materiał może być transportowany na dłuższe odległości. Część materiałów - mieszanki betonowe, mieszanki asfaltowe przy dłuższym transporcie traci swoje właściwości użytkowe, względnie transport taki staje się dużo droższy (np. konieczność zastosowania specjalnych dodatków do mieszanek lub specjalnych zabezpieczeń sprzętowych). W niniejszej sprawie, wykonawca zakładał transport tego typu materiałów na długich odcinkach (ok. 100 km), co czyni co najmniej nieprawdopodobnym możliwość zachowania przez taki materiał właściwości wymaganych zapisami SIWZ.

Tym samym Izba uznała, że złożone przez wykonawców wyjaśnienia w sposób niewystarczający odnosiły się do kosztów transportu materiałów na budowę. Wykonawca Larix w treści wyjaśnień nie odniósł się do ww. kwestii, zaś wykonawca REMOST wyłącznie w zakresie transportu kruszywa wskazał na tzw. „transport łączony” przy czym jak Izba wskazał powyżej, założenia przyjęte przez wykonawcę uznać należy za nieprawidłowe. W pozostałych przypadkach, wykonawca zaś nie odniósł się w treści wyjaśnień do kosztów transportu. Tym samym nie sposób uznać, iż wykonawca REMOST i LARIX w sposób prawidłowy dokonali kalkulacji kosztów realizacji zamówienia. Nieuwzględnienie czy też niedoszacowanie kosztów transportu ma wpływ na wysokość zaoferowanej ceny i powoduje, iż nie można uznać, że ma ona charakter rynkowy skoro nie odzwierciedla zasadniczych kosztów realizacji zamówienia.

W zakresie zaś kosztów związanych z sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia, to Izba podziela stanowiska Odwołującego, iż wykonawca Larix nie wyjaśnił i nie uzasadnił szczególnych uwarunkowań jakie wpłynęły na niskie koszty użycia sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach wykonawca wskazał wyłącznie, iż dysponuje nowoczesnymi urządzeniami i sprzętem, zaś niektóre maszyny zostały zakupione w ramach pomocy publicznej w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007 – 2013. Wykonawca wskazał również, że posiada niezbędne zaplecze do wykonania oznakowania pionowego. Wykonawca nie przedłożył żadnych umów na zakup sprzętu z uwagi, jak stwierdził, na ich obszerność. W ocenie Izby zakres informacji przekazanych Zamawiającemu co do kosztów związanych z użyciem sprzętu podczas realizacji zamówienia nie pozwalał na przyjęcie, iż wykonawca ten posiada szczególne uwarunkowania umożliwiające mu drastyczne obniżenie kosztów realizacji zamówienia ww. zakresie. Po pierwsze, brak jest jakiegokolwiek dowodu na potwierdzenie, iż wykonawca dysponuje – tj. jest właścicielem sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia i nie będzie ponosił kosztów najmu takiego sprzętu. Po drugie, nawet gdyby przyjąć, że wykonawca Larix jest właścicielem sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, to nadal wykonawca będzie ponosił koszty związane z użyciem niezbędnego sprzętu do realizacji zamówienia, w tym koszty paliwa, amortyzację, koszty bieżących napraw i konserwacji, w tym koszt wymiany płynów, olejów, koszty ubezpieczeń. Podkreślić przy tym należy, że wykonawca Larix nie wyjaśnił w żaden sposób czy przyjęte przez niego stawki uwzględniają koszty roboczo – godziny czy nie. Zamawiający nie miał więc wiedzy w jaki sposób należy interpretować złożone wyliczenia. Niezależnie jednak od powyższego, przyjęta przez wykonawcę Larix wycena motogodziny pracy poszczególnych urządzeń rażąco odbiega od minimalnych stawek Sekocenbud. Oczywiście stawki Sekocenbud nie są stawkami powszechnie obowiązującymi, ale stanowią pewną wytyczną do dalszej analizy sytuacji danego wykonawcy. W przedmiotowej sprawie takiej analizy nie można nawet przeprowadzić bowiem w treści wyjaśnień nie zostały zawarte odpowiednie wyliczenia i informacje umożliwiające jej przeprowadzenie. Wykonawca Larix nie wyjaśnił jakie przyjął koszty paliw, koszty ubezpieczeń czy napraw czy w ogóle uwzględnił je w wycenie realizacji zamówienia, a jeśli nie to dlaczego. Twierdzenia składane podczas rozprawy, że cały sprzęt jest już zamortyzowany nie znalazły się w treści wyjaśnień i uznać należy je za spóźnione.

Jeśli zaś chodzi o wykonawcę REMOST to również, w ocenie Izby, brak jest w treści złożonych wyjaśnień informacji na podstawie, których Zamawiający miałby możliwość weryfikacji wyceny realności przyjętej stawki motogodziny pracy urządzeń, nie powołała się na żadne szczególne uwarunkowania, które umożliwiają mu obniżenie kosztów pracy sprzętu od średniej stawki Sekocenbud. Co więcej nie wyjaśnił w żaden sposób na jakiej podstawie dokonał wyceny poszczególnych stawek wskazanych w złożonej kalkulacji. Tym samym nie wiadomo co składa się na koszt pracy sprzętu i na jakiej podstawie zostały one wycenione. Wykonawca nie wykazał, że jest właścicielem sprzętu, że nie będzie ponosił dodatkowych kosztów związanych z najmem. W ocenie Izby lakoniczność złożonych wyjaśnień nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca REMOST wykazał realność zaproponowanych stawek za pracę sprzętu.

Wskazać również należy, że stwierdzenie wykonawców REMOST jak i Larix, jak również Zamawiającego, że wszelkie koszty niewyszczególnione w kalkulacji są zwarte w kosztach pośrednich nie może być uznane za wystarczające

wyjaśnienie realności zaproponowanych cen. Jeśli ww. koszty (tj. robocizny, transportu, maszyn) zostały rzeczywiście uwzględnione w kosztach pośrednich, to okoliczność ta winna być wskazana w treści złożonych przez wykonawców wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny. Sama zaś kwota kosztów pośrednich winna być rozbita na poszczególne koszty w niej zawarte, tak aby można było zweryfikować wysokość poszczególnych elementów kosztotwórczych. Tego zaś wykonawcy nie uczynili.

Izba natomiast nie podziela poglądu Odwołującego, że złożone przez wykonawców Larix oraz REMOST oferty handlowe od dostawców materiałów są niewiarygodne i nie mogą służyć jako źródło informacji o cenach produktów. W ocenie Izby na etapie wyceny przedmiotu zamówienia nie można wymagać od wykonawców przedkładania pełnych ofert handlowych, gwarantujących stabilność cen. Nie było kwestionowane przez Odwołującego, że obaj wykonawcy są profesjonalnymi podmiotami realizującymi roboty budowlane. Za racjonalne uznać należy, że posiadają sprawdzone źródła dostaw i stale współpracują z dostawcami materiałów budowlanych. Z tego względu nawet e-mailowe potwierdzenie wyceny danego materiału, o ile odpowiada on wymaganiom SIWZ, przez dostawcę jest, w ocenie Izby, wystarczające na etapie przygotowywania oferty. Oczywiście ceny mogą ulec zmianie, jak w każdej dziedzinie życia. Profesjonalny wykonawca musi ryzyko to wycenić w kosztach realizacji zamówienia. Odwołujący podważył wiele ofert dostawców przedłożonych przez wykonawcę LARIX i REMOST wskazując, że zaproponowane ceny za materiały są nierealne. Nie przedłożył jednakże, w ocenie Izby, wiarygodnych dowodów na potwierdzenie takiej okoliczności. Uznanie zasadności zarzut wyłącznie na podstawie zanegowania realności cen wskazanych w ofertach dostawców byłoby, w ocenie Izby, nieuprawnione.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała zarzut za zasadny.

*Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert LARIX i REMOST mimo, że treści tych ofert nie odpowiada treści SIWZ, w zakresie w jakim wykonawcy ci zaoferowali wykonanie przedmiotu zamówienia z materiałów lub odpowiednio w sposób niezgodny z SIWZ*

Izba uznała zarzut za zasadny. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SIWZ. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SIWZ niemających istotnego charakteru.

Mając na uwadze powyższe Izba wskazuje po pierwsze, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, że informacje uzyskane od wykonawców w ramach wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny nie mogą służyć ocenie zgodności oferty ze SIWZ. Nie można zakładać, że badanie rażąco niskiej ceny odbywa się niejako w oderwaniu od sposobu wykonania zamówienia, w tym wyceny materiałów służących do realizacji zamówienia. Skoro wykonawca składa wyjaśnienia dotyczące wyceny materiałów, to za oczywiste uznać należy, że wycena materiałów niezgodnych z specyfikacją techniczną zawartą w SIWZ powoduje jednocześnie niezgodność oferty z SIWZ, o jakiej ustawodawca mówi w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W omawianym stanie faktycznym obaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, przedstawiając szczegółową kalkulację materiałów jakich będą używać do realizacji zamówienia i które stanowiły podstawę do wyceny kosztów realizacji zamówienia. W przypadku wykonawcy Larix, Odwołujący wskazał na szereg niezgodności materiałów z wymaganiami SIWZ. Izba uznała zarzuty za zasadne. Zgodzić się należy z wykonawcą Larix, że w pkt 5.3 SST mowa jest o orientacyjnej zawartości emulsji asfaltowej w mieszance oraz orientacyjnej zawartości cementu w mieszance, jednakże nie sposób zgodzić się, że w ramach wyceny przedmiotu zamówienia wykonawca mógł przyjąć odmienny przedział zawartości emulsji czy cementu w mieszankach niż ten wynikający z pkt 5.3 SST. Przywołany dokument wskazuje konkretny przedział zawartości, który powinien być dochowany przez wykonawcę przy doborze materiałów na realizację zamówienia będących podstawą kalkulacji kosztów. Nie można również zgodzić się ze stwierdzeniem wykonawcy Larix, że przedłożone aprobaty techniczne potwierdzają zaoferowanie produktu równoważnego do produktu wymaganego przez Zamawiającego. Takiej okoliczności wykonawca nie wskazał w żadnym miejscu w złożonej ofercie czy wyjaśnieniach co rażąco niskiej ceny. Co więcej nie wyjaśnił również w żaden sposób jakie parametry są równoważne do parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego. Wykonawca Larix w żaden sposób nie wykazał, że cement i emulsja wskazana w kosztorysie ofertowym jest zgodna z zapisami SST pkt 2. Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem wykonawcy Larix, iż drobna różnica w nazewnictwie emulsji asfaltowej czy cementu w ofercie dostawcy nie może wpływać na zgodność oferty z SIWZ, przy czym wykonawca zaoferował emulsję o parametrach

lepszach i droższą. Po pierwsze, z treści wyjaśnień wynika, że przedmiotem wyceny wykonawcy był konkretny produkt, na dowód czego wykonawca złożył ofertę dostawy EUROVIA Polska (emulsja) oraz PGE Ekoserwis (cement). Wykonawca powołuje się na różnicę w nazewnictwie i drobną omyłkę, jednakże w ocenie Izby omyłka ta sprowadza się de facto do zaoferowania produktów innych niż wymagane przez Zamawiającego, co w konsekwencji powoduje niezgodność oferty z SIWZ. Wykonawca Larix nie wykazał, wbrew swoim twierdzeniom, iż zaoferowane przez niego materiały są lepsze, a co więcej, że możliwe jest ich zastosowanie przy realizacji zamówienia, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań Zamawiającego. Próba usprawiedliwienia niezgodności oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego poprzez gołosłowne wskazywanie, iż produkt jest lepszy, droższy, posiada odmienne nazewnictwo jest, w ocenie Izby, niedopuszczalna i stanowi próbę dopasowania oferty do wymagań zawartych SIWZ. Zaznaczyć przy tym należy, że Zamawiający nie wskazał w SIWZ, iż wykonawcy mają możliwość użycia materiałów o parametrach lepszych niż wymagane. Tym samym Izba uznała, że oferta wykonawcy Larix podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Co do niezgodności oferty wykonawcy REMOST z wymaganiami zawartymi w SIWZ, to również, w ocenie Izby, zasadne jest odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykonawca REMOST nie zawarł w kosztach realizacji zamówienia kosztów geowłókniny (pkt 5.4.5 SST) jak również brak pielęgnacji betonu (pkt 5.5) i materiałów do pielęgnacji betonu (pkt 2.2.8). Okoliczność tą potwierdził sam Zamawiający podczas rozprawy, wskazując, iż elementy te mają nieistotne znaczenie dla realizacji zamówienia. Podkreślić jednakże należy, że Zamawiający nie wyjaśnił dlaczego elementy te nie są istotne w procesie realizacji zamówienia, jakie mają znaczenie dla realizacji zamówienia i jaki jest ich udział w kosztach realizacji zamówienia. Nie wyjaśnił tego sam wykonawca REMOST, co powoduje, że brak jest przekonującej argumentacji i dowodów na przyjęcia stanowiska Zamawiającego za zasadne. Również w zakresie ilości emulsji do skropienia (poz. 76 kosztorysu) wykonawca nie wykazał, aby materiały, jakie wycenił w ramach kosztów realizacji zamówienia były zgodnie z Tablica 5 pkt 5.7.2.1 SST oraz wymaganiami zawartymi w SST. Mając na uwadze powyższe, Izba uznała za zasadne nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy REMOST na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby brak uwzględnienia w kalkulacji odpowiedniego sprzętu lub materiału oraz przewidzenie przez wykonawców Larix oraz REMOST użycia materiałów niezgodnych z SST (co do zasady lub w niezgodnych z tym dokumentem ilościach, proporcjach itp.) stanowi nie tylko o niedoszacowaniu kosztów wykonania przedmiotu umowy, ale równocześnie świadczą o niezgodności oferty wykonawcy z wymogami SIWZ. Niezgodności, która - wobec jednoznacznego oświadczenia wykonawcy - nie może zostać usunięta jako inna omyłka.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku odpowiedniego sprzętu do wykonania określonych zadań składających się na zamówienia, to również w tym zakresie brak jest stosowanych wyjaśnień wykonawcy REMOST oraz Larix. W ocenie Izby nie można jednakże w tym zakresie mówić o niezgodności oferty ze SIWZ, ale o ewentualnym braku oszacowania kosztów użycia tych urządzeń w ramach realizacji zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 972 z zm.).

**Przewodniczący:.....**