

WYROK

z dnia 15 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant:

Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu,

w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie, Warszawa, przy udziale wykonawcy P. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. K. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "FRANSŁAW", Grodzisk Wielkopolski zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący: .....

## UZASADNIENIE

W dniu 10 kwietnia 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Przedsiębiorstwo Inżynieryjne INMEL Sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu (dalej „Odwołujący”) zarzucają zamawiającemu Państwowemu Gospodarstwu Wodnemu Wody Polskie (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

1) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie oceny ofert z udziałem oferty ww. wykonawcy, która to oferta winna zostać odrzucona, a wykonawca ten wykluczony jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu, a także przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego FRANSŁAW K. P. z siedzibą w Grodzisku Wlkp. (dalej: „PW FRANSŁAW”), jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, a wykonawca ten wykluczony jako niespełniający warunków udziału w postępowaniu;

2) art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy PW FRANSŁAW z Postępowania, pomimo tego, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w pkt 9.2.3. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia [dalej jako „SIWZ”):

1) na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie umocnień brzegowych o wartości łącznej brutto tych umocnień minimum 3 mln zł (w przypadku kontraktów zawieranych w walucie obcej wartość robót podlega przeliczeniu z zastosowaniem średniego kursu waluty obcej podawanej przez Narodowy Bank Polski dla dnia zawarcia umowy), dotyczące wykonania: a) minimum 0,8 km umocnienia brzegowego w formie umocnień gabionowych lub betonowych lub żelbetowych. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał wskazane roboty budowlane w ramach maksymalnie 2 inwestycji, albo b) minimum 5000,00m<sup>2</sup> umocnienia brzegowego w formie umocnień gabionowych lub betonowych lub żelbetowych. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał wskazane roboty budowlane w ramach maksymalnie 2 inwestycji. Warunek a) i b) nie mogą być łączone. a w konsekwencji wadliwe wybranie oferty tego wykonawcy;

3) art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty PW FRANSŁAW, w sytuacji gdy zawierała ona rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem ww. oferty;

4) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy PW FRANSŁAW pomimo że nie odpowiada treści SIWZ, tj. naruszenia:

a) pkt 21.11, 21.14, 25.4.4. i 26.3.7 SIWZ poprzez zastosowanie do wyceny kalkulacji

własnej, gdy SIWZ nie dopuszcza takiej możliwości;

b) pkt 21.13 SIWZ poprzez zastosowania różnych stawek dla takich samych pozycji kosztowych podczas gdy pkt 21.13 SIWZ nakazuje stosowanie takich samych stawek dla takich samych pozycji kosztowych;

5) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. zastosowania tych samych przewidzianych warunkami przetargu kryteriów do wszystkich oferentów;

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w której Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę PW FRANSŁAW, odrzucenia oferty PW FRANSŁAW i wykluczenia z udziału w postępowaniu tego wykonawcy; dokonania ponownej oceny ofert i ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, zasądzenia kosztów postępowania.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, co następuje:

Brak spełnia przez wykonawcę warunków do udziału w Postępowaniu

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 9.2.3.1) SIWZ: 1) na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie umocnień brzegowych o wartości łącznej brutto tych umocnień minimum 3 mln zł (w przypadku kontraktów zawieranych w walucie obcej wartość robót podlega przeliczeniu z zastosowaniem średniego kursu waluty obcej podawanej przez Narodowy Bank Polski dla dnia zawarcia umowy dotyczące wykonania:

a) minimum 0,8 km umocnienia brzegowego w formie umocnień gabionowych lub betonowych lub żelbetowych.

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał wskazane roboty budowlane w ramach maksymalnie 2 inwestycji.

albo

b) minimum 5000,00m<sup>2</sup> umocnienia brzegowego w formie umocnień gabionowych lub betonowych lub żelbetowych.

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał wskazane roboty budowlane w ramach maksymalnie 2 inwestycji.

Warunek a) i b) nie mogą być łączone (w załączeniu wciąg z SIWZ).

Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 1, a następnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawca PW FRANSŁAW przedstawił dokumenty, które nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Z wykazu robót oraz załączonych dowodów nie wynikają informacje pozwalające na ocenę zakresu ilościowego wykonanych umocnień brzegowych, a tym bardziej wartości tych umocnień. Przedstawione przez Wykonawcę PW FRANSŁAW referencje nie mają wskazanej wartości wykonanych robót budowlanych.

Odwołujący wskazał, że na dowód wykonania wymienionej w punkcie 1 wykazu robót inwestycji pn. „Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa wałów przeciwpowodziowych rzeki Warta o długości 5,2 km na terenie miasta Częstochowy i m. Słowik, gm. Poczesna, pow. częstochowski, woj. śląskie - etap I”, wykonawca PW FRANSŁAW przedłożył protokół odbioru końcowego wraz z zestawieniem wykonanych robót w formie kosztorysu ślepego, z którego wynika zakres umocnień brzegowych w formie materacy gabionowych o długości 706,5 mb i odpowiednio powierzchni 1694m<sup>2</sup> bez określenia wartości wykonania tych umocnień.

Odwołujący wskazał, że podjął próbę oszacowania na podstawie przedłożonego kosztorysu ślepego i w oparciu o aktualnie obowiązujące ceny robocizny, materiałów i sprzętu przy założeniu przyjętych przez wykonawcę narzutów wartość umocnień brzegowych, w ilości 706,5mb/1694m<sup>2</sup>. Z wyliczenia, nawet przy założeniu obecnych wyższych cen, wartość ta wynosi 800 tys. zł brutto. W ocenie Odwołującego nawet jeżeli brak podania w referencji wartości robót, nie jest wystarczającym powodem do wykluczenia wykonawcy, to i tak PW FRANSŁAW nie może wykazać się wykonaniem robót o wartości wymaganej przez SIWZ.

Odwołujący wskazał, że pomimo posiadania tabeli elementów scalonych będącej załącznikiem do protokołu odbioru końcowego wykonawca celowo jej nie załączył, przez co niemożliwe było określenie wartości robót związanych z wykonaniem umocnień brzegowych, a tym samym potwierdzenie oświadczenia o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu. Dodatkowo inwestycja ta rozliczana była kosztorysowo, zatem wykonawca musiał posiadać kosztorys powykonawczy z określonymi kwotami poszczególnych robót ale jego również nie załączył na potwierdzenie złożonych przez siebie oświadczeń.

Dalej Odwołujący wskazał, że na dowód wykonania wymienionej w punkcie 2 wykazu robót inwestycji pn. „ Rzeka Biała Woda - etap I - odbudowa i rekonstrukcja rzeki w km 0+000 do 11+492”, wykonawca PW FRANSŁAW przedłożył referencje podmiotu trzeciego ZUH-M Wojciech Ferenc, z których wynika, że w ramach niniejszego zadania wykonano zgodnie z pkt 3.1 umocnienie dna i skarp rzeki w formie pochylni gabionowych długości 437mb bez określenia wartości wykonania tych umocnień. Odwołujący wskazał, że pochylnia wymieniona w drugim tirecie nie jest opisana jako gabionowa zatem wynikająca z referencji długość pochylni gabionowych wynosi 375mb. Ponadto, w ocenie Odwołującego, wymienione pochylnie gabionowe opisane są jako umocnienia dna i skarp rzeki, a na spełnienie warunku posiadania zdolności technicznej i zawodowej należy wykazać się umocnieniem brzegowym, a nie umocnieniem dna. W odpowiedzi do SIWZ Zamawiający nie dopuścił rozszerzenia warunku opisanego w pkt. 9.2.3.1) (w załączeniu wyciąg z SIWZ) o umocnienia dna (w załączeniu odpowiedź z dnia 29.01.2020 r. na zapytanie nr 4 z 17.01.2020r.).

Odwołujący wskazał, że również w tym wypadku podjął się próby oszacowania, na podstawie przedmiaru robót załączonego do zakończonego w 2014 roku postępowania przetargowego na wykonanie inwestycji pn. „ Rzeka Biała Woda - etap I - odbudowa i rekonstrukcja rzeki w km 0+000 do 11+492” i w oparciu o aktualnie obowiązujące ceny robocizny, materiałów i sprzętu przy założeniu przyjętych przez Wykonawcę narzutów, wartości wykonania umocnień dna i skarp dla pochylni o długości 375mb. Z wyliczenia wynika, że pomimo zastosowania obecnych wyższych cen, wartość ta wynosi 1,2 mln zł brutto. Wartość wykonania tylko umocnień skarp tj. umocnień brzegowych stanowi ok. 75-80% tej kwoty, czyli 900 tys. zł brutto.

W ocenie Odwołującego, PW FRANSŁAW określający się jako doświadczony wykonawca na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinien przekazać wykaz robót wraz z dowodami przedstawionymi w takiej formie, aby z ich treści jednoznacznie wynikał zakres umocnień brzegowych oraz wartość wykonania tych umocnień. Obowiązkiem temu Wykonawca PW FRANSŁAW uchybił nie podając wartości wykonanych robót w wymaganym zakresie.

W ocenie Odwołującego łączna wartość umocnień brzegowych na inwestycjach wymienionych w wykazie robót, oszacowana przez Odwołującego, wynosi 1,7mln zł brutto, a zgodnie z SIWZ powinna wynieść 3 mln zł brutto, co wskazuje na brak spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a tym samym kwalifikuje ofertę PW FRANSŁAW do wykluczenia go z postępowania.

Zarzut rażąco niskiej ceny

#### 1. Zaniżona stawka roboczogodziny

W ocenie Odwołującego wykonawca PW FRANSŁAW przyjął zaniżoną stawkę roboczogodziny. Wykonawca ustalił ją na kwotę 19,00 zł. Zgodnie z brzmieniem art. 16 ust 1 ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych z dnia 13 października 1998r, płatnicy składek na ubezpieczenia społeczne, czyli pracodawcy zatrudniający na podstawie umowy o pracę lub umowy zlecenia, zobowiązani są do naliczania i odprowadzania składek na ubezpieczenia społeczne. Tym samym, do kalkulacji całkowitego zatrudnienia pracownika, stawka minimalna za roboczogodzinę musi obejmować stawkę minimalną na poziomie 17,00 zł brutto oraz dodatkowo obejmować składkę na ubezpieczenie emerytalne (9,76% podstawy wymiaru=1,66 zł), składkę rentową (6,5% podstawy wymiaru= I, II zł), składkę na ubezpieczenie wypadkowe (1,67% podstawy wymiaru=0,28 zł), składkę na Fundusz Pracy (2,45% podstawy wymiaru=0,42zł) oraz składkę na Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych (0,10% podstawy wymiaru=0,17zł).

W ocenie Odwołującego, z powyższych bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa pracy i prawa ubezpieczeń społecznych, wynika, że minimalna stawka jednej roboczogodziny wnosi:  $17,00 + 1,66 + 1,11 + 0,28 + 0,42 + 0,17 = 20,64$  zł/roboczogodzinę.

Zastosowanie prawidłowej minimalnej stawki dla jednej roboczogodziny w wysokości 20,64zł powoduje zwiększenie wartości oferty PW FRANSŁAW, co najmniej o kwotę 271 586,83zł netto. Niniejsza wartość wynika z analizy jedynie pozycji kosztorysowych, dla których

podstawą wyceny były tablice KNR, natomiast, w ocenie Odwołującego, należałoby przeanalizować jeszcze pozycje opisane jako analogia oraz kalkulacja własne czy norma indywidualna, co bez kosztorysu szczegółowego nie jest możliwe. A zaznaczyć należy, że najbardziej istotne roboty związane z wykonaniem umocnień opisane są właśnie takimi pozycjami - mowa o pozycjach układania koszy, materaców i biomateraców gabionowych.

Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 28 sierpnia 2018r, sygn. akt KIO 1563/18. Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę obecną sytuację na rynku pracy, wydaje się nieprawdopodobnym pozyskanie wykwalifikowanych pracowników na podstawie umowy o pracę za minimalne wynagrodzenie na poziomie 20,64 zł za godzinę, a tym bardziej za kwotę przyjętą stawkę 19,00zł. Należy podkreślić, że wynagrodzenia specjalistów (np. Brygadzysty) oraz osób z uprawnieniami (operatorów, kierowców, itp.) są znacznie wyższe od wynagrodzeń pracowników fizycznych a tym samym stawka roboczogodziny specjalisty jest nawet kilkukrotnie wyższa od stawki minimalnej wymaganej przepisami prawa. Stawka roboczogodziny powinna być przynajmniej średnią z powyższych, a u Wykonawcy PW FRANSŁAW jest poniżej minimalnej wymaganej przepisami.

Ponadto Odwołujący wskazał, że od 01.01.2021 r. czyli w okresie realizacji inwestycji, obowiązkowe staną się, dla wszystkich podmiotów, Pracownicze Plany Kapitałowe (PPK), które podniosą koszt roboczogodziny o minimum 1,50% dla pracowników, którzy wyrażą taką wolę, na co pracodawca wpływu nie ma. Wykonawca PW FRANSŁAW nie uwzględnił tych kosztów. W ocenie Odwołującego zaniżenie kosztów pracy przy wykonaniu niniejszego zamówienia, skutkuje nie tylko zaoferowaniem rażąco niskiej ceny, ale narusza także przepisy prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Pozycja 13.1 SIWZ nakłada na Wykonawcę obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę osób realizujących zamówienie.

## 2. Skrócenie czasu realizacji umowy

Odwołujący wskazał, że wykonawca PW FRANSŁAW przewiduje skrócenie terminu realizacji o 5 miesięcy w stosunku do zadeklarowanego w ofercie terminu wykonania robót, co ma wygenerować oszczędności i zmniejszenie kosztów inwestycji o 3,5 mln zł netto. Decydującym czynnikiem wpływającym na możliwość wykonywania prac na niniejszej inwestycji będą warunki hydrologiczne tj. poziom wody rzeki Warty. Możliwości realizacji robót w odniesieniu do warunków hydrologicznych rzeki Warty Zamawiający jednoznacznie określił w opisie przedmiotu zamówienia pkt. 4 SIWZ. Zatem w przypadku braku osiągnięcia założonego celu skrócenia terminu realizacji robót i wykonania ich w terminie przewidzianym w SIWZ i umowie PW FRANSŁAW poniesie stratę rzędu 3,5 mln zł netto, a więc będzie musiał realizować zadanie za kwotę poniżej kosztów jej wykonania. Poniesiona strata przekroczy ponad trzykrotnie zakładany przez Wykonawcę zysk wskazany w kosztorysie ofertowym na poziomie 10% od  $R+S+K_p$  ( $R+S$ ) tj. ok. 960tys. zł netto (w załączeniu wyciąg z kosztorysu ofertowego).

## 3. Zysk z utylizacji gruzu

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny wykonawca PW FRANSŁAW przewiduje oszczędność oraz zysk wynikający z braku konieczności utylizacji gruzu, który zamierza wykorzystać dla celów własnych lub odsprzedaży. Założenie to jest sprzeczne z postanowieniami SIWZ, którego częścią składową są odpowiedzi Zamawiającego a mianowicie zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego materiały pochodzące z rozbiórki są własnością Zamawiającego i należy je odwieźć na składowisko odpadów budowlanych na odległość do 10 km (w załączeniu - zapytanie i odpowiedź z dnia 17.01.2020r.). W ocenie Odwołującego skoro wykonawca PW FRANSŁAW nie stanie się właścicielem gruzu, to nie będzie mógł go przerobić i sprzedać, a tym samym nie osiągnie zakładanego zysku.

## 4. Niedoszacowanie kosztów

Odwołujący wskazał, że kolejną przyczyną rażąco niskiej ceny jest niedoszacowanie kosztów wykonania niektórych istotnych pozycji kosztorysu. Przyjęty przez wykonawcę koszt wykonania umocnień gabionowych jest zaniżony w stosunku do cen rynkowych. Przyjęty przez Wykonawcę całkowity koszt wykonania 1m<sup>3</sup> kosza gabionowego to 318,08 zł netto, podczas gdy sam koszt materiałów koniecznych do wykonania kosza gabionowego, wskazany przez

Wykonawcę, wynosi 293,00 zł netto. Na robociznę i sprzęt ułożenia 1m<sup>3</sup> kosza gabionowego z wypełnieniem kamieniem zostaje 25,80zł łącznie z narzutami i zyskiem, gdzie KNR wskazują nakład roboczogodzin w ilości 4,52 r-godz/m<sup>3</sup>. W ocenie Odwołującego nie jest możliwa realizacja tego zakresu robót za przyjętą stawkę, nie wspominając o zapewnieniu zysku Wykonawcy. Na potwierdzenie tego faktu średnia cena jednostkowa ze wszystkich złożonych ofert dla pozycji wykonania kosza gabionowego wynosi 615,30zł/m<sup>3</sup>, a najniższa bez uwzględnienia PW FRANSŁAW wynosi 473,40zł/m<sup>3</sup>. Podobne zaniżenie kosztów ma miejsce w pozycjach dotyczących układania materaca i biomateraca, gdzie PW FRANSŁAW prawie 2 - krotnie zaniżył faktyczny koszt wykonania tych prac w stosunku do realiów rynku i wszystkich innych Oferentów [na dowód - zestawienie z ofert innych oferentów].

Ponadto Odwołujący wskazał, że znacznie zaniżony został koszt wbijania i wyciągania ścianek szczelnych w Wariantcie B [poz. nr 125 i 126 kosztorysu ofertowego]. Cena jednostkowa wbijania ścianek szczelnych zgodnie z kosztorysem PW FRANSŁAW wynosi 416,26zł/mb, natomiast zgodnie z podstawą KNR, na którą wykonawca ten się powołuje i przyjętych przez niego czynników cenotwórczych powinna wynosić 832,50zł, co przekłada się na niedoszacowanie tej pozycji kosztorysowej na poziomie 221023,44zł. Analogicznie porównując przyjętą cenę jednostkową wyciągania ścianek szczelnych z cenę jednostkową wynikającą z nakładów KNR wynika niedoszacowanie kolejnych 157 388,40zł.

### III. Niezgodność oferty z zapisami SIWZ

#### 1. nieuprawnione zastosowanie kalkulacji własnej

Odwołujący wskazał na niezgodność kosztorysu ofertowego z zapisami SIWZ, ponieważ zgodnie z pkt. 21.11. SIWZ „Kalkulowanie cen pozycji kosztorysowych według kalkulacji własnej dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku opisanego takiej pozycji jako „ANALOGIA” lub „WYCENA WŁASNA”. W kosztorysie ofertowym wykonawcy nie występują takie oznaczenia zatem jego wycena musi być sporządzona w oparciu o nakłady wynikające z tablic KNR, a z powyższej analizy cen jednostkowych istotnych pozycji kosztorysowych wynika, że dokonał on modyfikacji nakładów KNR [w załączeniu wyciąg SIWZ pkt. 21.11. SIWZ].

W świetle dokonania przez PW FRANSŁAW nieuprawnionych zmian w KNR zachodzi brak możliwości zawarcia z nim umowy, ponieważ jest to sprzeczne z postanowieniami SIWZ 21.11, 21.14, 25.4.4. i 26.3.7 oraz Wzoru Umowy §1 pkt 2 ppkt e) i §8 pkt.3. [w załączeniu wyciąg z SIWZ]. Wykonawca jest zobowiązany do opracowania kosztorysów szczegółowych dla Wariantu A i B, będących załącznikami do umowy, sporządzonych w oparciu o kosztorys uproszczony załączony do oferty. W związku z ingerencją PW FRANSŁAW w podstawę KNR, bez informowania Zamawiającego o tym fakcie [SIWZ 21.11] nie ma on możliwości przygotowania kosztorysów szczegółowych [sytuacja opisana powyżej]. W ocenie Odwołującego powyższe skutkuje brakiem możliwości zawarcia z nim Umowy w oparciu o wzór, będący załącznikiem do SIWZ, ponieważ kosztorysy szczegółowe dla Wariantu A i B są podstawą do dokonywania odbiorów robót budowlanych (Wzór Umowy §8 pkt.3) i muszą być zgodne z kosztorysem uproszczonym (SIWZ 25.4.4.)

#### 2. Nieuprawnione zastosowanie różnych stawek dla takich samych pozycji oraz błędy kosztorysu

Ponadto Odwołujący wskazał na błędy formalne oferty, polegające na jej niezgodności z postanowieniami SIWZ, polegające na sprzecznym z postanowieniami SIWZ, zastosowaniu różnych stawek dla takich samych pozycji. PW FRANSŁAW podał różne stawki kosztów wykonania tych samych prac. Przykładowo podane koszty „dopasowania materaca gabionowego do rurociągu” w poz. 98 i poz. 724 kosztorysu ofertowego, wynoszą odpowiednio 500,00zł i 125,40zł, pomimo że dotyczą tej samej pozycji przedmiaru (dla pozostałych pozycji odnoszących się do dopasowania materacu gabionowego do rurociągu PW FRANSŁAW przewidział 500,00zł) (w załączeniu wyciąg z kosztorysu ofertowego PW FRANSŁAW).

W ocenie Odwołującego zastosowanie różnych stawek dla tych samych pozycji, jest niczym nie usprawiedliwione i stanowi naruszenie pkt 21.13 SIWZ, który nakazuje stosowanie takich samych stawek dla takich samych pozycji kosztowych.

Ponadto Odwołujący wskazał, że PW FRANSŁAW wskazał także jedno drzewo do wycinki i jedno do nasadzenia kompensacyjnego (pkt. 22.3 SIWZ) brak jest natomiast w kosztorysie przewidzianego kosztu kompensacyjnego nasadzenia drzewa. Taki koszt, zgodnie z deklaracją wykonawcy PW FRANSŁAW powinien zostać przewidziany i uwzględniony.

W ocenie Odwołującego PW FRANSŁAW nie przewidział także, w poz. 24 kosztorysu, korekty zwiększonej ilości drzew, które należy zabezpieczyć przed uszkodzeniem przy realizacji robót, pomimo że drzewa te znajdują się w obszarze wykonywania robót budowlanych. Zgodnie z pkt 21.2b SIWZ Wykonawca zobligowany był do sporządzenia do oferty kosztorysu ofertowego „KOREKTA” z uwzględnieniem zmian deklarowanych w ofercie (zgodnie z deklaracją w załączniku nr 14 do SIWZ) dotyczących ilości i typu drzew przewidzianych przez Wykonawcę do wycinki. W odpowiedzi na pytanie nr 20 z pakietu zapytań nr 6 z dnia 17.01.2020r. Zamawiający nie dopuszcza do uszkodzenia jakiegokolwiek drzewa wskazanego w kryterium ochrony drzew. Przedmiotowe drzewa w ilości 47 sztuk znajdują się w pasie technologicznym niezbędnym do wykonania robót budowlanych objętych niniejszym postępowaniem i utrudniają ich realizację, zatem w przypadku zadeklarowania przez wykonawcę pozostawienia drzew niezbędne staje się ich zabezpieczenie na czas robót. Na pytanie o zalecany standard zabezpieczenia drzew Zamawiający odpowiedział, że drzewa należy zabezpieczyć stosownie do zidentyfikowanych zagrożeń (odpowiedź na pytanie nr 19 z pakietu zapytań nr 6 z dnia 17.01.2020r.). Zgodnie z pkt 22.3 SIWZ Zamawiający przyzna punkty w kryterium za zadeklarowanie pozostawienia istniejących drzew w nienaruszonym stanie w trakcie i po zakończeniu prac. Na podstawie niniejszej deklaracji wykonawca PW FRANSŁAW zmienił ilości obmiaru w pozycjach dotyczących mechanicznego karczowania drzew i ścinania drzew piłą mechaniczną a także w pozycjach będących konsekwencją wycinki lub jej braku, czyli pozycjach dotyczących wywozu dłużyc, karpiny i gałęzi a także kosztu składowania bioodpadów. W ocenie Odwołującego, w świetle przedstawionych wyżej odpowiedzi Zamawiającego wykonawca powinien był zwiększyć ilość zabezpieczenia drzew jako kolejną oczywistą konsekwencją pozostawienia istniejących drzew w nienaruszonym stanie w trakcie i po zakończeniu prac powinno być ich zabezpieczenie na czas robót.

Izba ustaliła co następuje:

Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r..

Ponadto, Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) decyzje nr 4/2016 o pozwoleniu na realizację inwestycji z zakresu budowni przeciwpowodziowych z dnia 30 listopada 2016 r., decyzję z dnia 17 września 2014 Regionalnego Dyrektora Ochrony Środowiska w Katowicach WOOS.4233.3.2014.WW.11, przekrój wałowy typowy, wyciąg z umowy, wyciąg ze specyfikacji technicznej Rewitalizacji ubezpieczeń betonowych brzegów rzeki Warty w km 246,00 do km 243,00 (m. Poznań) - dokumenty na okoliczność wykazania, iż Przystępujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rewitalizacja ubezpieczeń betonowych brzegów rzeki Warty w km 246,00 do km 243,50 (m. Poznań)”.

Zgodnie z pkt. 9.2.3.1) SIWZ: 1) na potwierdzenie spełnienia warunku Zamawiający wymaga, aby Wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie roboty budowlane polegające na budowie, przebudowie umocnień brzegowych o wartości łącznej brutto tych umocnień minimum 3 mln zł (w przypadku kontraktów zawieranych w walucie obcej wartość robót podlega przeliczeniu z zastosowaniem średniego kursu waluty obcej podawanej przez Narodowy Bank Polski dla dnia zawarcia umowy, dotyczące wykonania:

a) minimum 0,8 km umocnienia brzegowego w formie umocnień gabionowych lub betonowych lub żelbetowych.

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał wskazane roboty budowlane w ramach maksymalnie 2 inwestycji.

albo

b) minimum 5000,00m<sup>2</sup> umocnienia brzegowego w formie umocnień gabionowych lub betonowych lub żelbetowych.

Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał wskazane roboty budowlane w ramach maksymalnie 2 inwestycji.

Warunek a) i b) nie mogą być łączone (w załączeniu wciąg z SIWZ) .

W Rozdziale XI „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, pkt 11.3 Zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp: wykaz robót budowlanych (w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane; - sporządzony z wykorzystaniem wzoru - Załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ wraz z załączeniem dowodów (w postaci dokumentów elektronicznych opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym) określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Ponadto, w zakresie podnoszonych zarzutów, Izba ustaliła, że w Rozdziale 20 Zamawiający zawarł informacje dotyczące sposobu obliczenia ceny. Zamawiający wskazał m.in.

21.2 Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ, dokumentacji projektowej, przedmiarów robót oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

a) Wykonawca w celu porównania ofert sporządza kosztorys ofertowy („Kosztorys pełny”) zgodny z przedmiarami, tj. obejmujący cały zakres opisany przedmiarem, także pełnej ilości drzew do usunięcia.

b) Wykonawca do oferty sporządza dodatkowo kosztorys ofertowy „Korekta” - obejmujący tylko cały zakres Robót przygotowawczych i tymczasowych, z uwzględnieniem zmian deklarowanych w ofercie (zgodnie z deklaracją w załączniku nr 14 do SIWZ) dotyczących ilości i typu drzew przewidzianych przez Wykonawcę do wycinki. Zakres „Korekty” dotyczy tylko PRZEDMIARU ROBÓT 019-05-012 - w zakresie „1 Roboty przygotowawcze i tymczasowe - ST-0, SST-1, SST-2”.

c) Natomiast w celu ustalenia wartości umowy, która będzie wpisana do umowy, będzie kwota wynikająca z ceny ofertowej wynikającej z kosztorysu pełnego i odpowiednio kosztorysu „korekty” w zakresie faktycznie deklarowanej ilości ochrony drzew. Obydwa kosztorysy będą załącznikiem do umowy.

21.10 Wartość kosztów pracy (w kosztorysie ofertowym przyjęta do ustalenia ceny oferty) nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177.).

21.11 Podane w przedmiarach robót podstawy nakładów w postaci odpowiednich tablic KNR użyte są w celu pełniejszego opisu robót. Podana podstawa nie stanowi obowiązującej Wykonawcy podstawy przy kalkulacji ceny. Podstawą dla Wykonawcy może być jego kalkulacja własna wynikająca z rachunku ekonomicznego, wykonanego w oparciu o specyfikację techniczną wykonania i odbioru usług oraz SIWZ, natomiast opis, rozmiar rzeczowy i zakres czynności do wykonania są obligatoryjne. Kalkulowanie cen pozycji kosztorysowych według kalkulacji własnej dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku opisania takiej pozycji jako „ANALOGIA” lub „WYCENA WŁASNA”.

21.12 W celu obliczenia ceny oferty należy wykonać kosztorys ofertowy w formie kosztorysu uproszczonego, z wyszczególnieniem opisu zgodnego z „Przedmiarem robót” stanowiącym załącznik do SIWZ, ilości przedmiarowej, jednostki miary, ceny jednostkowej oraz wartości stanowiącej iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej.

21.13 Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym i w jego wszystkich częściach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania.

Zamawiający pismem z dnia 19.03.2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i brak jest podstaw jego wykluczenia, w tym m.in. wykazu robót budowlanych, z wyszczególnieniem robót opisanych w punkcie 9.2.3. SIWZ, wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów na rzecz których roboty te zostały wykonane, sporządzony z wykorzystaniem wzoru - Załącznik nr 4 do SIWZ

Pismem z dnia 26.03.2020 r. Przystępujący przesłał wymagane oświadczenia i dokumenty. Przystępujący złożył Załącznik nr 4, w którym powołał się na doświadczenie w realizacji dwóch

inwestycji:

1) Przebudowa umocnienia brzegów rzeki Pisy wraz z budową basenu portowego i budową kładki pieszej pod mostem kolejowym — zadanie nr 3 miało do wykonania umocnienie lewego brzegu rzeki Pisy o długości 1 002,2 m. Koszt całego zadania wyniósł brutto 6 510 864,00 zł, a w konstrukcję umocnienia zostały wpisane 2 zejścia schodowe żelbetowe o długości 85 m i 105 m; (inwestycja Pisa)

2) Modernizacja lewobrzeżnego wału p. powodziowego na Polderze Rumin, gm. Stare Miasto - Lewostronny przeciwpowodziowy wał rzeki Warty na odcinku od km 395+400 do km 396+900 na terenie wsi Rumin, gm. Stare Miasto, powiat koniński.(inwestycja Warta Rumin).

Przystępujący przedłożył również dowody na należyte wykonanie ww. inwestycji tj. dla inwestycji Pisa - Protokół odbioru końcowego, dla inwestycji Warta Rumin - referencje. Izba ustaliła, że w treści Protokołu końcowego w pkt 10, zamieszczona jest informacja o usterkach: (i) należy nadać stopniom zejścia schodkowego przy moście Wojska Polskiego spadki umożliwiające spływ wody; (ii) należy lokalnie uzupełnić zasypkę szczeliny pomiędzy kostkami betonowymi na ciągach komunikacyjnych bulwaru nadbrzeżnego; (iii) uporządkować teren drzew w trawniku bezpośrednio przy nawierzchni kostki betonowej bulwaru nadbrzeżnego. Wykonawca nie zgodził się z usterkami wskazanymi w pkt (iii) powyżej.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 30.03.2020 r. działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających wymagane doświadczenie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 1.04.2020 r. Przystępujący przesłał wymagane oświadczenia i dokumenty — Wykaz robót i referencje), w tym Załącznik nr 4 z następującymi inwestycjami:

1. Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa wałów przeciwpowodziowych rzeki Warta o długości 5,2 km na terenie miasta Częstochowy i m. Słowik, gm. Poczesna, pow. częstochowski, woj. śląskie — etap I; (inwestycja Warta Częstochowa)
2. Rzeka Biała Woda — etap I — odbudowa i rekonstrukcja rzeki w km 0+000 do 11+492 o wartości brutto 4 651 431,32 zł wykonał prace umocnieniowe skarp i dna w formie materacy gabionowych o długości 437,00 m. (inwestycja Biała Woda).

Przystępujący w zakresie inwestycji Warta Częstochowa przedłożył protokół odbioru, w zakresie inwestycji Biała Woda - referencje.

W zakresie badania ceny za realizację przedmiotu zamówienia, Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla sprawy.

Jak wynika z protokołu otwarcia ofert z dnia 17 lutego 2020 r. Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę brutto: 30 115 318,21 zł. Do upływu terminu składania ofert tj. dnia 17.02.2020 r. do godz. 11:15, wpłynęły 8 ofert, których otwarcie nastąpiło o godz. 12:30. Przystępujący zaoferował za realizację zamówienia cenę brutto: 21 500 116,21 zł.

Izba ustaliła, że Zamawiający sporządził protokół kompletności ofert złożonych w postępowaniu. Zamawiający ustalił w stosunku do oferty złożonej przez Przystępującego w zakresie ceny za realizację zamówienia, że cena w stosunku do inwestorskiej wynosi 71,4 % lub 69 % w stosunku do średniej z ofert. Izba ustaliła, że pismem z dnia 2 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia. Zamawiający wskazał m.in., iż zaoferowane przez Przystępującego cena w stosunku do inwestorskiej stanowi 71,4% i 69% w stosunku do średniej wszystkich złożonych ofert. Pismem z dnia 6 marca 2020 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia dotyczące zaoferowanej ceny za realizację zamówienia oraz stosowane dowody.

Zgodnie z informacją zawartą w Protokole wyboru oferty najkorzystniejszej, oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą. Cena oferty za realizację zamówienia wynosi: 21 500 116,21 zł. Zadeklarowanie pozostawienia istniejących drzew w nienaruszonym stanie w trakcie i po zakończeniu prac w ilości 46 szt. drzew. Okres udzielonej gwarancji: 72 miesięcy (wymagane 60-72 miesięcy).

Izba zważyła co następuje:

Z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że Odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy Pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

W ocenie Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego okazały się niezasadne, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy

Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził. Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Wskazać również należy na przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r.

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „rozporządzenie”). Zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 1 rozporządzenia w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający może żądać wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Warunku udziału w postępowaniu określa zamawiający w SIWZ. Określa również sposób w jaki wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia powinni wykazać ich spełnienie. W analizowanym stanie faktycznym, w Rozdziale XI „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”, pkt 11.3 Zamawiający wskazał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp: wykaz robót budowlanych (w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym) wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane; - sporządzony z wykorzystaniem wzoru - Załącznik nr 4 do niniejszej SIWZ wraz z załączeniem dowodów (w postaci dokumentów elektronicznych opatrzonych kwalifikowanym podpisem elektronicznym) określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne dokumenty.

Tym samym uznać należy, że wykaz robót budowlanych - Załącznik nr 4 złożony przez

Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 19 marca 2020 r., a następnie w odpowiedzi na wezwanie z dnia 30 marca 2020 r. stanowił potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych przez Zamawiającego w pkt 9.2.3 SIWZ, zgodnie z wymogami określonymi w 11.3 SIWZ.

Ani referencje oraz protokół odbioru końcowego nie służą potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale wyłącznie potwierdzeniu czy określone roboty zostały wykonane należycie. Podkreślić należy, że treść rozporządzenia nie zezwala na wzywanie wykonawców o przesłanie dowodów na inną okoliczność niż ustalenie czy wskazane w wykazie roboty budowlane zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Nieuprawnione zatem jest twierdzenie i zarzut Odwołującego, iż z powodu braku wskazania w treści referencji/protokołu końcowego odbioru robót wartości robót budowlanych Przystępujący nie wykazał, iż spełnienia warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jak Izba wyjaśniła powyżej, dokumenty te nie służą potwierdzeniu wartości wykonanych robót. Dokumentem, który Zamawiający wymagał na potwierdzenie wymaganego doświadczenia był Wykaz robót - Załącznik nr 4. Zamawiający nie wymagał również jakichkolwiek kosztorysów, tabeli elementów scalonych lub innych dokumentów potwierdzających zakres wykonanych prac. Stąd też stawianie przez Odwołującego w treści odwołania zarzutu o braku przedłożenia przez Przystępującego ww. dokumentów jest, w ocenie Izby, nieuprawnione.

Nie można uznać zasadności zarzutu Odwołującego w oparciu o obliczenia własne wykonawcy co do wartości wykonanych robót. Jest to wyłącznie subiektywne stanowisko Odwołującego, niezajdujące potwierdzenia w dokumentacji dotyczącej inwestycji. Wskazać należy, że Odwołujący miał możliwość wystąpienia do inwestorów inwestycji wskazanych w Wykazie złożonym przez Przystępującego w trybie dostępu do informacji publicznej o wydanie stosownych informacji i dokumentów potwierdzających zasadność podniesionego zarzutu. Takiej inicjatywy dowodowej nie podjął. Nie złożył dowodów potwierdzających jego wyliczenia.

W ocenie Izby, Odwołujący również błędnie interpretuje warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt 9.2.3.1 SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem od wykonawcy, aby wykazał, iż posiada doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych polegających na budowę, przebudowanie umocnień brzegowych (tj. jakiegokolwiek rodzaju) o łącznej wartości tych umocnień minimum 3 mln zł, nie określając jednocześnie jakich umocnień wartość ta dotyczy. Zamawiający nie ograniczył warunku wartościowego tylko do umocnień gabionowych, betonowych lub żelbetonowych.

Jak wskazał Zamawiający, stosuje się następujące rodzaje umocnień brzegowych (źródło opracowania):

- Julian Wołoszyn, Włodzimierz Czamara, Ryszard Eliasiewicz, Jerzy Krężel: Regulacja rzek i potoków. Wyd. II zmienione. Wrocław: Wydawnictwo Akademii Rolniczej we Wrocławiu, 1994. ISBN 83-85582-45-2. (pol.);
- Wykład 9 (pol.). W: Wykłady on-line. SGGW, Zakład Inżynierii Wodnej, Katedra Inżynierii Wodnej i Rekultywacji. s. 3. (dostęp 2010-10-061);
- Konstrukcje Budowli Regulacyjnych (pol.). W: Wykłady (on-line). Akademia Rolnicza w Poznaniu, Wydział Melioracji i Inżynierii Środowiska, Katedra Budownictwa Wodnego s. 21. (dostęp 2010-10-061): biologiczne, biotechniczne, techniczne.

#### Techniczne umocnienie brzegu:

Polega na zastosowaniu odpowiednich budowli, wykonanych z materiałów budowlanych, w tym także z materiałów naturalnych, martwych. Tego typu ubezpieczenia stosowane są w miejscach najbardziej narażonych na erozję oraz takich, w których nie ma dostatecznie dużo wolnej przestrzeni, np. w silnie zurbanizowanych obszarach miejskich. Do tego typu umocnień brzegów zalicza się między innymi:

- umocnienia brzegów skarpowych: umocnienia brukiem kamiennym lub betonowym, umocnienia z płyt betonowych, materacy kamiennych lub betonowych, gwiazdobloków, oskałowanie brzegu, narzuty kamienne lub z elementów betonowych bądź żelbetonowych, i inne;
- kaszyce, konstrukcje siatkowo—kamienne;
- ściany; wykonuje się ściany i mury drewniane, stalowe, żelbetowe, murowane; stosuje się w wybranych przypadkach okładzinę: kamienną, z cegły, lub inną;
- mury, w tym mury oporowe, wykonywane jako ciężkie konstrukcje budowlane, wykonywane przy użyciu betonu i stali, cegły, czy ciosów kamiennych itd.

Jak widać z powyższego zestawienia, wykonawca mógł wykazać się robotami budowlanymi o wartości min. 3 mln zł dotyczącymi różnych umocnień brzegowych. Zamawiający w drugiej kolejności wskazał, że w ramach umocnień brzegowych o wartości min. 3 mln zł wykonawca winien się wykazać wykonaniem minimum 0,80 km umocnienia brzegowego w formie umocnień gabionowych lub betonowych lub żelbetonowych albo minimum 5 000,00 m<sup>2</sup> umocnienia brzegowego w formie umocnień gabionowych lub betonowych lub żelbetonowych. Określił również, że uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał wskazane roboty budowlane w ramach maksymalnie 2 inwestycji. W przypadku warunku ilościowego zakazał jedynie ich łączenia.

Oceniając, przesłane przez Przystępującego dokumenty, Zamawiający uznał, iż dla spełnienia wymagań określonych w punkcie 9.2.3 SIWZ:

1. dla spełnienia wymogu ilościowego:

- 2 zejścia schodowe żelbetowe o łącznej długości 190 m z zadania pn.: Przebudowa umocnienia brzegów rzeki Pisy wraz z budową basenu portowego i budową kładki pieszej pod mostem kolejowym — zadanie nr 3;

- 706,5 m brzegowych prac umocnieniowych w formie materacy gabionowych z zadania pn.: Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa wałów przeciwpowodziowych rzeki Warta o długości 5,2 km na terenie miasta Częstochowy i m. Słowik, gm. Poczesna, pow. częstochowski, woj. śląskie — etap I,

co łącznie daje 896,5 m umocnienia brzegów rzek Pisy i Warty w formie umocnień gabionowych i żelbetowych.

2. dla spełnienia wymogu wartościowego (przejęto te same zadania jak wyżej):

- zadanie pn.: Przebudowa umocnienia brzegów rzeki Pisy wraz z budową basenu portowego i budową kładki pieszej pod mostem kolejowym — zadanie nr 3 o wartości brutto 6 510 864,00 zł (ponad 90% prac dotyczy prac umocnieniowych na co wskazuje ponad 1 km umocnień);

- zadanie pn.: Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa wałów przeciwpowodziowych rzeki Warta o długości 5,2 km na terenie miasta Częstochowy i m. Słowik, gm. Poczesna, pow. częstochowski, woj. śląskie — etap I - o wartości brutto 2 968 320,13 zł.

Argumentacja zawarta w piśmie procesowym Przystępującego w zakresie omawianego zarzutu nie zasługuje na uwzględnienie. W zakresie inwestycji Warta Częstochowa Odwołujący argumentował, że dotyczyła ona wyłącznie naprawienia umocnień brzegowych zniszczonych przez wykonawcę w trakcie realizacji inwestycji, tym samym Przystępujący dokonał remontu, nie zaś budowy lub przebudowy umocnień brzegowych. Odwołujący powołał się również na decyzję środowiskową wskazując, iż z jej treści wynika, że w korycie rzeki nie będą prowadzone jakiegokolwiek prace. Wskazać jednakże należy, że już sama nazwa inwestycji - „Przebudowa, nadbudowa i rozbudowa wałów przeciwpowodziowych” wskazuje, że obejmowała ona swoim zakresie przebudowę umocnień. W SIWZ nie ma żadnych zapisów, z których wynikałoby, iż wykonawca ma się wykazać wykonaniem robót budowlanych polegających na przebudowie w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. Nawet jeśli by posłużyć się posiłkowo definicjami z ustawy prawo budowlane, to również Odwołujący nie wykazał, aby przebudowa wałów przeciwpowodziowych wykonana przez Przystępującego podczas realizacji inwestycji Warta Częstochowa nie mogła być uznana za przebudowę w rozumieniu przepisów prawa budowlanego. Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, iż wskazanie w decyzji środowiskowej informacji, iż w korycie rzeki Warty nie będą prowadzone jakiegokolwiek prace świadczy o tym, iż wykonawca nie wykonał umocnień, w tym umocnień brzegowych w formie umocnień gabionowych lub betonowych lub żelbetonowych. Zakres prac został ustalony przez Zamawiającego na podstawie kosztorysu ofertowego pełnego. Z informacji zawartych w tym dokumencie wynika, że zakresem inwestycji Warta objęty był zakres prac spełniający warunek zawarty w SIWZ. Dowodów zaś przeciwnych Odwołujący nie złożył. Takim dowodem nie może być jedno zdanie z decyzji środowiskowej. Również z Decyzji o pozwoleniu na realizację inwestycji nie wynika, iż Przystępujący nie wykonywał zakresu prac ustalonych przez Zamawiającego.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego dotyczących inwestycji Pisa, Izba uznała, że również nie zasługuje ona na uwzględnienie. Odwołujący wskazał, iż z protokołu odbioru inwestycji wynika, iż w trakcie odbioru stwierdzono usterki wraz z datą ich usunięcia. To jednak, w ocenie Izby, nie oznacza, iż prace wykonane przez Przystępującego nie zostały wykonane w sposób należyty. W treści protokołu wskazane jest, że inwestycja została wykonana zgodnie z umową. Odwołujący nie wykazał również, aby usterki na jakie się powołuje miała istotne znaczenie z punktu widzenia realizacji inwestycji.

Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12) w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 1 pkt.

1) i 2) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania Izba uznała za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontrydiktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciężar dowodu kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

W analizowanym stanie faktyczny, ciężar dowodu wykazania zaofiarowania rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia spoczywał na Odwołującym. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu. W zasadniczej części zawarta w odwołaniu argumentacja była subiektywną oceną wyliczeń dokonanych przez Przystępującego, nieopartą żadnymi dowodami. Odnosząc się do poszczególnych okoliczności przywołanych przez Odwołującego Izba wskazuje, co następuje:

Po pierwsze, Odwołujący zarzucił, że Przystępujący zastosował zaniżoną stawkę roboczogodziny w wysokości 19,00 zł. Jak wyjaśnił jednak Zamawiający, czemu Izba dała wiarę, stawka roboczogodziny kosztorysowej zastosowana w kosztorysach zarówno inwestorskich, jak i ofertowych, nie jest tożsama ze stawką godzinową wynagrodzenia pracowników budowy. Stawka roboczogodziny kosztorysowej, spełniająca wymóg minimalnej płacy, służy do określenia wartości, za którą wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia. Zgodnie z Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r. (Dz. U. z 2019 poz. 1778) minimalne wynagrodzenie za pracę od 01.01.2020 r. wynosi brutto 2 600,00 zł, a minimalna stawka godzinowa w wysokości 17 zł. Do prac kosztorysowych bierze się pod uwagę minimalne wynagrodzenie za pracę obowiązujące od 01.01.2020 r. Zamawiający wykazał, że zastosowana stawka roboczogodziny przez Przystępującego nie jest zaniżona. Ilość dni pracy w roku 2020 wynosi 253 dni, co przy 8 godzinnym dniu pracy daje 2024 roboczogodziny.

Obowiązujące minimalne wynagrodzenie miesięczne w gospodarce narodowej w roku:		2020 r.
Kwota minimalnego wynagrodzenia zł brutto		2 600,00 zł
Średni miesięczny czas pracy godzin.		168,67
Po podzieleniu ww. kwoty przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczogodzinę wynosi:		15,41 zł
Powyższą stawkę godzinową uzupełnia się o:		
Narzuty podstawowe:		
- 9,76% ubezpieczenie emerytalne		253,76 zł
- 6,50% ubezpieczenie rentowe		169,00 zł
- do 2,00% ubezpieczenie wypadkowe (powyżej 9 osób 1,67%)		43,42 zł
- 2,45% Fundusz Pracy		63,70 zł
- 0,10% Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych		2,60 zł
		2 600,00 + 532,48
Razem: minimalne wynagrodzenie + narzuty podstawowe		3 132,48 zł

Razem: Sławka rg z narzutami podstawowymi	3 132,48/ 168,67	18,57zł
---	------------------	---------

Jak zatem widać z powyższego, zastosowana przez Przystępującego w kosztorysie stawka 19,00 zł za roboczogodzinę jest wyższa niż ta wyliczona przez Odwołującego. Twierdzenia Odwołującego o sytuacji na rynku pracy i trudnościach w pozyskaniu pracowników, Izba uznała za twierdzenia własne wykonawcy nie poparte żadnym materiałem dowodowym, bez jakiegokolwiek odniesienia do miejsca realizacji zamówienia i ewentualnych problemów na tamtejszym rynku pracy.

Izba wskazuje, iż w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, że wieloletnia współpraca z dostawcami materiałów, surowców i usług potrzebnych do wykonania zamówienia pozwoliła uzyskać korzystne warunki współpracy. I tak wskazał, że:

- 1) wiązany jest umową z Orlen Paliwa Sp. z o.o. przez co koszt zakupu paliwa pozwoli na oszczędności,
- 2) posiada potwierdzone ceny zakupu kamienia do umocnień od firmy GEOTRANS s.c. z Konina,
- 3) posiada potwierdzone ceny na kosze i materace gabionowe spełniające wymagania Zamawiającego od firmy MACCAFERRI POLSKA Sp. z o.o. ul. Płociska 19, 03-191 Warszawa,
- 4) geowłókninę wykonawca zamierza zakupić od firmy GRILTEX POLSKA Sp. Z o.o. ul. Obornicka 7, Żółtkowo, 62-002 Suchy Las,
- 5) prefabrykowane elementy schodów i tarasów wykonawca zamierza zakupić w firmie Zakład Murarsko-BetoniarSKI „TERBUD” E. B. ul. Dworcowa 19, 64-320 Buk,
- 6) Wykonawca współpracuje z Zakładem Usług Hydrotechniczno — Melioracyjnych W. F., 46-040 Ozimek, firma ta zaoferowała wykonanie jako podwykonawca umocnień (bez materiałów) w zakresie ułożenia geowłókniny, wbijania pali oraz ułożenia koszy gabionowych za kwotę 22,00 zł/mb ubezpieczenia netto.

Jak wynika z kosztorysu ofertowego Przystępującego, ceny zaproponowane przez wykonawcę są wyższe niż te, które zaproponowali potencjalni dostawcy i usługodawcy w załączonych do wyjaśnień materiałach. Odwołujący zaś nie zakwestionował w żaden sposób ofert złożonych przez Przystępującego w ramach złożonych wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny za realizację zamówienia. Tym samym zarzuty dotyczące nieprawidłowej wyceny przedmiotu realizacji zamówienia, zaniżenia cen przez Przystępującego są, w ocenie Izby, nieuprawnione.

Odnosząc się do poszczególnych elementów wyceny zakwestionowanych przez Odwołującego w treści odwołania, to Izba wskazuje, iż zarzut niedoszacowania kosztów kosza gabionowego w świetle oferty załączonej do wyjaśnień przez firmę MACCAFERRI POLSKA z Warszawy jest nietrafiony. Oferty tej Odwołujący nie zakwestionował ani nie przedstawiał żadnych dowodów na wykazanie zasadności swoich twierdzeń.

Co do zarzutu zaniżenia kosztów wbijania i wyciągania ścianek szczelnych w Wariancie B (poz. 125 i poz. 126 kosztorysu ofertowego) w świetle wymagań stawianych w Projekcie Wykonawczym, jak i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (dalej: „STWiOR”), to Izba w pełni aprobuje stanowisko Zamawiającego oraz Przystępującego. Po pierwsze wskazać należy, że Odwołujący nie odniósł w żaden sposób przyjętych przez siebie wyliczeń do sytuacji Przystępującego oraz informacji przekazanych przez Zamawiającego wykonawcom w toku postępowania przetargowego. Z informacji przekazanych przez Zamawiającego wynika zaś, że w Projekcie Wykonawczym — Wariancie B w punkcie 5.4 Grodze i odwodnienie projektant zalecił realizację ślipów i tarasów pod osłoną gródz ze ścianki szczelnej stalowej, natomiast remont schodów i wylotów zalecił realizować pod osłoną gródz z worków BIG-BAG. Jednocześnie wykonawca może zastosować inne rozwiązanie po uzgodnieniu z Zamawiającym oraz że ubezpieczenia w Poznaniu w latach 60-tych XX w. jak i podobne ubezpieczenia skarp rzeki Warty w Sierakowie i we Wronkach były realizowane bez gródz i odwodnienia. Ponadto w punkcie tym 5.1 Warunki hydrologiczne realizacji robót Zamawiający wskazał, że roboty w dolnych częściach ubezpieczeń można realizować bez

gródz przy stanach wody (wodowskaz przy moście Rocha w Poznaniu) <170 cm. Już pod koniec stycznia 2020 r. stan wody na tym wodowskazy osiągnął poziom 151 cm, by 30 kwietnia 2020 r. osiągnąć 132 cm (źródło: IMGW ).

Prognozy na następne miesiące, wg źródeł IMGW, nie zapowiadały i nie zapowiadają zmian w kierunku wzrostu stanów wody na rzekach. W chwili obecnej uruchamia się programy przeciwdziałające suszy. W przypadku Przystępującego, projektant w przedmiarze robót w dziale Roboty przygotowawcze, tymczasowe i wykończeniowe - STO SST-I, SST-8 w pozycji 30 (poz. 125 w kosztorysie ofertowym Przystępującego) zastosował do wbijania ścianek szczelnych katalog 9-06 tablicę 0101/02 dotyczącą Wbijania ścianek szczelnych stalowych z grodzic G-62 wibromłotem gruncie kategorii: III. Zastosowane normy w tej pozycji kosztorysowej są dla wbijania ścianek szczelnych do 6,0 m. Zgodnie z zapisami punktu 21.2 SIWZ Wykonawca winien przy kalkulacji ceny pozycji kosztorysowych uwzględnić wymagania wszystkich dokumentów będących załącznikami do SIWZ. Skoro zatem projektant przewidział wykonywanie robót w dolnych częściach ubezpieczeń bez gródz przy stanach wody (wodowskaz przy moście Rocha w Poznaniu) <170 cm, to wykonawca był uprawniony do zastosowania współczynnika zmniejszającego pozycję 30 tj. w poz. 125 w kosztorysie ofertowym Przystępującego. Dodatkowo, jak wskazał Zamawiający, na pytanie 5 z zapytania nr 9 z dnia 20.01.2020 r.: „Czy zakończono I etap zadania i remontu elementu ekranów na Zbiorniku Jeziorsko? Czy przewidywane są dalsze remonty ekranu w najbliższych 2 latach i czy w związku z tym będą dodatkowe zrzuty wód które będą wpływać na stan wód rz. Warty w Poznaniu P” Zamawiający wskazał, że: „Gospodarka wodna na zbiorniku, również w okresie realizacji planowanych robót remontowych, będzie prowadzona w oparciu o obowiązującą Instrukcję Gospodarowania Wodą. Zapisy IGW dopuszczają zmiany w obowiązujących terminach oraz poziomach piętrzenia wody w zbiorniku m.in. w przypadku wykonania niezbędnych prac remontowych elementów zbiornika wodnego mających wpływ na bezpieczeństwo jego użytkowania (okresowe utrzymanie niższego piętrzenia niż normalny poziom piętrzenia) pod warunkiem realizacji obowiązku informacyjnego organu właściwego do wydania pozwolenia wodnoprawnego oraz zakładów korzystających z wód zbiornika. Gospodarka wodna na zbiorniku z uwzględnieniem powyższego uzależniona będzie od warunków hydrologiczno - meteorologicznych, a w szczególności od wielkości dopływu wody do zbiornika. Ponadto, jak wyjaśnił Zamawiający, stany wody w korycie rzeki Warty w obrębie miasta Poznania będą nie tylko uzależnione od wielkości zrzutu ze Zbiornika wodnego Jeziorsko, ale będą wynikiem panującej sytuacji hydrologiczno-meteorologicznej na całym obszarze zlewni rz. Warty powyżej planowanych robót będących przedmiotem zamówienia (np. od rozkładu i wielkości opadów atmosferycznych w zlewniach cząstkowych dopływów rz. Warty).” Zatem już w momencie składania oferty wykonawca wiedział, że istnieje możliwość regulowania stanów wody w korycie rzeki Warty w obrębie miasta Poznania. Analogicznie sytuacja wygląda jeśli: chodzi o pozycję 126 tj. poz. 40 PRZEDMIAR ROBÓT dotyczącą wyciągania ścianek szczelnych. Z uwagi na powyższe, zarzut zaniżenia ceny Izba uznała za bezzasadny.

Odnosząc się do zarzut dotyczącego oszczędności oraz zysku z utylizacji gruzu, to w ocenie Izby, zarzut nie potwierdził się. Odwołujący zarzucił uwzględnienie zysku z tytułu kruszenia i odsprzedaży gruzu w zaferowanej przez Przystępującego cenie za wykonanie przedmiotowego zadania. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał w jaki sposób powyższa okoliczność wpływa na wycenę przedmiotu zamówienia dokonaną przez Przystępującego. W ocenie Izby skoro Przystępujący z utylizacji gruzu przewidywał potencjalne źródło zwiększenia swego zysku, to brak takiej możliwości skutkuje ewentualnym zmniejszeniem zysku wykonawcy, to zaś nie może być automatycznie przekładane na zaferowanie przez wykonawcę rażąco niskiej ceny. Ponadto, Przystępujący w sposób wyczerpujący wyjaśnił, że chociaż składając wyjaśnienia dotyczące zaferowanej ceny wziął pod uwagę zagospodarowanie własne lub odsprzedaż gruzu, co prawie całkowicie eliminuje koszty związane z jego utylizacją oraz transportem (wykorzystując optymalizację niezbędnych do wykonania kursów, transport miałby się odbywać przy okazji innych kursów sprzętowych i materiałowych na trasie budowa — baza w miejscowości Strykowo), to jednak oferta Przystępującego przewiduje koszty utylizacji gruzu w wysokości 254.575,81 zł netto, co nie było kwestionowane przez Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego skrócenia czasu realizacji inwestycji, to Izba uznała zarzut za niezasadny. Wskazać należy, że Przystępujący w treści złożonego pisma procesowego wyjaśnił, iż w treści wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny wystąpiła omyłka pisarska. Kwota wskazana w wyjaśnieniach to 3500 000,00, prawidłowa zaś kwota to 350,000.

Prawidłowa kwota ta nie była kwestionowana przez Odwołującego. Odwołujący również nie kwestionował w złożonym piśmie procesowym faktu popełnienia przez wykonawcę omyłki.

Tym samym zrzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp uznać należy za bezpodstawny. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, iż cena zaoferowana przez Przystępującego za realizację zamówienia jest ceną rażąco niską. Wskazać należy, że to na Odwołującym spoczywał ciężar wykazania rażącego zaniżenia wyceny kosztów realizacji inwestycji przez Przystępującego poprzez złożenie stosowanych dowodów, że zaoferowana przez Przystępującego cena jest ceną rażąco niską. Odwołujący jednak w tym zakresie żadnych dowodów nie przedłożył, co skutkowało oddaleniem zarzutu przez Izbę.

#### Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo, że nie odpowiada treści SIWZ w zakresie:

- a) pkt 21.11, 21.14, 25.4.4 i 26.3.7 SIWZ poprzez zastosowanie wyceny kalkulacji własnej podczas, gdy SIWZ nie dopuszcza takiej możliwości;
- b) pkt 21.13 SIWZ poprzez zastosowanie różnych stawek dla takich samych pozycji kosztowych podczas, gdy pkt 21.13 SIWZ nakazuje stosowanie takich samych stawek dla takich samych pozycji kosztowych.

Należy wskazać w pierwszej kolejności, iż podstawą odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko merytoryczna niezgodność oferty z jasno określonymi w SIWZ wymaganiami Zamawiającego. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy.

Odwołujący wskazał na niezgodność kosztorysu ofertowego Przystępującego z zapisami SIWZ ponieważ zgodnie z pkt 21.11, SIWZ „Kalkulowanie cen pozycji kosztorysowych według kalkulacji własnej dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku opisanie takiej pozycji jako „ANALOGIA” lub „WYCENA WŁASNA”, wskazując, iż w kosztorysie ofertowym wykonawcy nie występują takie oznaczenia zatem jego wycena musi być sporządzona w oparciu o nakłady wynikające z tablic KNR, a z analizy cen jednostkowych istotnych pozycji kosztorysowych wynika, że dokonał on modyfikacji nakładów KNR.

Powyższy zarzut Odwołującego Izba uznała za niezasadny. W kosztorysie Przystępującego, 121 pozycji zostało opisanych właśnie w sposób wskazany w pkt 21.22 SIWZ. Łącznie wartość tych pozycji wynosi 6 748 099,63 zł, co stanowi 38,61 % wartości całego kosztorysu.

Nie potwierdził się również zarzut Odwołującego jakoby Przystępujący zastosował różne stawki dla takich samych pozycji kosztowych, w sytuacji gdy pkt 21.13 SIWZ nakazuje

stosowanie takich samych stawek dla takich samych pozycji kosztowych. Przystępujący odniósł się tutaj do pozycji 98 i pozycji 724, których ceny jednostkowe wynoszą odpowiednio 500,00 zł i 125,40 zł. Zasadność omawianego zarzutu wymagała w pierwszej kolejności wykazania przez Odwołującego, iż zakwestionowane przez niego pozycje dotyczą takich samych prac, wymagających takich samych nakładów i umiejętności. Z opisu zaś zakwestionowanych przez Odwołującego pozycji wynika, że z poz. 98 i 724 dotyczą innych wylotów, a każda pozycja opisana została jako „WYCENA WŁASNA”. Zatem nie mają tych samych podstaw KNR, co sugerowałoby konieczność zastosowania tych samych nakładów. Wyloty umiejscowione są w różnych km rzeki i sposób dopasowania materaca gabionowego do rurociągu zależy od warunków panujących przy tych wylotach. Wymagają również użycia różnego sprzętu i czasu, stąd „WYCENA WŁASNA” przy tych pozycjach. Zatem nie są to te same pozycje, choć mają podobny opis. Tym samym Izba uznała zarzut za niezasadny.

Odnosząc się zaś do zarzutu braku zwiększenia pozycji 24 w kosztorysie KOREKTA o zwiększoną ilość drzew, którą należy zabezpieczyć przed uszkodzeniem przy realizacji robót, pomimo, że drzewa te znajdują się w obszarze wykonywania robót budowlanych, Izba uznała zarzut za niezasadny. Wskazać należy za Zamawiającym, że projektant przewidział w przedmiarze robót do usunięcia 47 drzew, zabezpieczając pozostałe w ilości 150 m<sup>2</sup>. Przyjmując, że do zabezpieczenia najgrubszego drzewa o średnicy około 0,75 cm potrzeba ~

3,0 m2 zabezpieczenia, to zabezpieczenia w ilości 150 m2 wystarczy do zabezpieczenia 50 szt. drzew.

W zakresie dotyczącym zarzutu braku uwzględnienia kosztu nasadzenia kompensacyjnego drzewa (1 szt.), Izba uznała, że skoro Zamawiający przyjął, iż wykonawca nie ma prawa dokonywania zmian w przedmiarze inwestorskim robót polegających na dopisywaniu lub ujmowaniu pozycji przedmiarowych, koszt ten został uwzględniony w kosztach ogólnych zadania. Odwołujący nie wykazał zaś, iż Przystępujący nie uwzględnił takich kosztów w kosztach ogólnych realizacji inwestycji.

Tym samym zrzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za bezpodstawny.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono 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 lit. a

972  
z zm.).

Przewodniczący: .....