Sygn. akt: KIO 522/21

WYROK
z dnia 23 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Jolanta Markowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2021 r. przez wykonawcę: **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW" sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52D, 40-301 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Miejski w Jaworznie i Wodociągi Jaworzno Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 33, 43-600 Jaworzno,**

przy udziale wykonawcy: **A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „DOMAX" A. M., ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 522/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje zamawiającemu Urzędowi Miejskiemu w Jaworznie i Wodociągom Jaworzno Sp. z o.o. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „DOMAX" A. M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp i art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Urząd Miejski w Jaworznie i Wodociągi Jaworzno Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 33, 43-600 Jaworzno**, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW" sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52D, 40-301 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego: **Urząd Miejski w Jaworznie i Wodociągi Jaworzno Sp. z o.o., ul. Grunwaldzka 33, 43-600 Jaworzno** na rzecz wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW" sp. z o.o., ul. Siemianowicka 52D, 40-301 Katowice** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:…….....……..

Sygn. akt: KIO 522/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający:Gmina Miasta Jaworzną Wodociągi Jaworzno Sp. z o.o., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Przebudowa niezidentyfikowanej infrastruktury podziemnej w postaci kanalizacji sanitarnej oraz budowa kanalizacji deszczowej w ciągu ul. Martyniaków od studni D63 do zbiornika retencyjnego ZR2 w ramach zadania p.n. „Przebudowa ul. Martyniaków w Jaworznie". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 761804-N-2020 w dniu 3 grudnia 2020 r.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowy Dróg „DROGOPOL-ZW" Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 10.02.2021 r. (ogłoszonej w dniu 11.02.2021 r.) polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1, art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.U.H. Domax A. M. w sytuacji, gdy wykonawca nie wyjaśnił, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.U.H. Domax A. M., mimo że jej treść jest sprzeczna z treścią SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie w niej pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów powołanych w treści odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

a) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
b) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu,
c) odrzucenia oferty P.U.H. Domax A. M. .

Odwołujący wyjaśnił, że jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta wykonawcy P.U.H. Domax A. M. zostałaby odrzucona, a oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane realizowane w formule „zaprojektuj i

wybuduj" dla dwóch Zamawiających - Gminy Miasta Jaworzna i Wodociągów Jaworzno Sp. z o.o.

Na rzecz Miasta Jaworzna wykonawca zobowiązany będzie wykonać:

a)sieć kanalizacji deszczowej wzdłuż ul. Martyniaków na odcinku od studni D63 do zbiornika retencyjnego ZR2 włącznie w wykonaniem zbiornika, przykanalików i wpustów i wymiana nawierzchni (wyceniane w poz. 1 na stronie **3** formularza ofertowego, tabela 1);

b)roboty ziemne i demontażowe kanalizacji sanitarnej (wyceniane w poz. 2 na stronie 3 formularza ofertowego, tabela 1).

Z kolei na rzecz Wodociągów Jaworzno Sp. z o.o. - roboty montażowekanalizacji sanitarnej (wyceniane w poz. 1 na stronie 3 formularza ofertowego, tabela 2).

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły trzy oferty. Szacunkowa wartość zamówienia określona przez Zamawiającego wynosi 4 603 736,93 zł, natomiast średnia arytmetyczna złożonych ofert wynosi 3 485 517,06 zł. Oferty obu niewykluczonych z postępowania wykonawców były niższe o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT. Zostali oni zatem wezwani do wyjaśnienia cen ofertowych w trybie art. 90 ust. 1a Pzp.

W ocenie Odwołującego, wyjaśnienia przedłożone przez wykonawcę P.U.H. Domax A. M. nie pozwalają na uznanie, że oferta tego wykonawcy nie zawiera ceny rażąco niskiej.

I. Zarzut braku wykazania przez P.H.U. Domax, że cena ofertowa tego wykonawcy nie jest rażąco niska, czego konsekwencją powinno być odrzucenie oferty Domax

W wyjaśnieniach z dnia 7 stycznia 2021 r. Domax odniósł się do następujących elementów cenotwórczych w swojej ofercie:

1)Prace projektowe

P.U.H. Domax uzasadnił wartość prac projektowych wyłącznie poprzez odwołanie się do zamówień, które uprzednio zrealizował i wskazanie, że w poprzednich trzech postępowaniach stosunek wartości prac projektowych do całości zamówienia wyniósł od 2,3% do 5,2% (4,8% w niniejszym postępowaniu). Jednocześnie wykonawca nie wykazał podobieństwa niniejszego postępowania do postępowań, które zrealizował w przeszłości.

Odwołujący podniósł, że prace projektowe dla robót budowlanych polegających na budowie/przebudowie dróg, w tym budowie kanalizacji deszczowej i sanitarnej mogą mieć różny stopień trudności. Wpływa na to wiele czynników, takich jak: warunki geologiczne, istniejąca kolidująca infrastruktura podziemna, planowane przez zamawiającego rozwiązania technologiczne, dostępność terenu, uzgodnienia z właścicielami istniejącej infrastruktury i szczególne ich wymogi oraz wydane do tej pory decyzje administracyjne podlegające modyfikacji. W przypadku niniejszego postępowania czynnikiem, który podraża koszt prac projektowych jest istnienie podziemnej kolidującej infrastruktury w postaci wodociągu magistralnego będącego w złym stanie technicznym i sieci ciepłowniczej wielokrotnie zmieniającej usytuowanie na przebiegu planowanej sieci kanalizacji sanitarnej, a także konieczność projektowania robót w obrębie innej, trwającej inwestycji z wymogiem utrzymania przejezdności jezdni i wyjazdów oraz drożności istniejącego ciągu kanalizacji.

Odwołujący nie kwestionował, że rynkowość ceny ofertowej można wykazywać m.in. poprzez odniesienie się do cen stosowanych w zrealizowanych już umowach. Aby jednak Zamawiający mógł ocenić udostępnione dane musi mieć możliwość zweryfikowania, czy i w jakim zakresie te wcześniejsze umowy są podobne do robót objętych prowadzonym postępowaniem (patrz wyrok KIO 1547/17 z dnia 21.08.2017 r.). Skoro w niniejszym postępowaniu wykonawca nie wykazał podobieństwa trzech zrealizowanych inwestycji z inwestycja objętą niniejszym postępowaniem, to Zamawiający nie miał podstaw, aby przyjąć, że wykonawca wykazał rynkowość swojej oferty w części dotyczącej prac projektowych.

2)Realizacja robót budowlanych na podstawie projektu

Uzasadniając cenę ofertową w części obejmującej roboty budowlane Domax powołał się na bogate doświadczenie oraz specjalizację w robotach analogicznych, jak objęte zamówieniem. Prócz ogólnych sformułowań, które pasują do większości wykonawców działających na rynku robót budowlanych, w tym również Odwołującego, przedstawione treści nie mają jakiejkolwiek wartości przy ocenie rynkowości ceny P.U.H. Domax.

W zakresie materiałów (rury KD fi 200 i KD fi 315) koszt nabycia nie stanowi nawet 1% całej wartości oferty, zatem nie sposób z tego wnioskować o rynkowości ceny oferty. Jedynie koszt odtworzenia nawierzchni po kanalizacji deszczowej (warstwa ścieralna, beton asfaltowy SMA KR-5) o grubości 4 cm jest zauważalną częścią ceny, stanowiąc 6,33% wartości oferty P.U.H. Domax (26 zł netto/m x 4112,70 m^2 = 106 930,20 zł netto.). Jednocześnie należy zauważyć, że przyjęta do kalkulacji cena masy bitumicznej (260 zł/t) nie jest jak twierdzi Domax „ponadprzeciętnie" niska w stosunku do cen rynkowych. Trudno więc mówić, że wykonawca w ten sposób wykazał swoją przewagę nad konkurencją i szczególnie jemu sprzyjające warunki pozwalające zaoferować tak niską cenę za realizację zamówienia. Dla potwierdzenia powyższego Odwołujący przedłożył faktury sprzedaży, gdyż jest jednocześnie producentem i sprzedawcą masy bitumicznej.

3)Dysponowanie zbiornikiem na paliwo na terenie zakładu P.U.H. Domax

P.U.H. Domax wskazał na posiadanie na terenie swojego zakładu zbiornika na paliwo. Zamawiający powinien wziąć pod uwagę, że zakład P.U.H. Domax znajduje się ok. 80 km od miejsca inwestycji. Ewentualny upust w cenie paliwa i możliwość skorzystania z własnego zbiornika zlokalizowanego na terenie zakładu jest więc skutecznie niwelowany przez odległość, jaką muszą pokonać samochody wykonawcy do miejsca inwestycji.

4)Posiadanie nowoczesnego sprzętu i wykwalifikowanej kadry

P.U.H. Domax bardzo szeroko opisał swoje zasoby sprzętowe i kadrowe, wskazując, że nowy sprzęt, który jest jego własnością pozwala bardzo sprawnie realizować roboty, a doświadczona kadra płynnie zarządza wieloma inwestycjami wykonywanymi w tym samym czasie. Z przedstawionego opisu Zamawiający nie mógł jednak wyciągnąć żadnych miarodajnych informacji istotnych z punktu widzenia wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W myśl art. 90 ust. 1 Pzp z wyjaśnień wykonawcy mają wynikać informacje nt. „sposobu wyliczenia ceny lub kosztu". Muszą to być zatem informacje konkretne, których wpływ na wartość oferty można ustalić. Z opisu P.U.H. Domax dotyczącego sprzętu i kadry takie wnioski natomiast nie wynikają. Należy także zwrócić uwagę na niekonsekwencję P.U.H. Domax, który naprzemiennie twierdzi o opłacalności zatrudniania własnych pracowników, a innym razem powołuje się na konkurencyjność swojej oferty dzięki wykorzystaniu outsourcingu.

5)Dysponowanie własnymi nieruchomościami pod bazę

P.U.H. Domax wskazał, że mógł obniżyć cenę ofertową względem konkurencji dzięki dysponowaniu nieruchomościami, na których urządził bazę logistyczno-magazynowo-biurową. Niemniej jednak z informacji zamieszczonych w księgach wieczystych tych nieruchomości wynika, że mają one przeznaczenie rolne (grunty orne, pastwiska trwałe - działki: CZ1L/00051518/7, CZ1L/00049193/5, CZ1L/00053760/2) oraz mieszkaniowe (działka CZ1L/00049889/1).

Jedynie działka o powierzchni 0,2794 ha (CZ1L/00049889/1) jako sposób korzystania ma wpisaną kategorię „inne tereny zabudowane". Odwołujący przedstawił wydruki z działu I KW nieruchomości Domax.

Odwołujący podniósł, że ww. działki zlokalizowane są ok. 80 km od miejsca realizacji inwestycji. W praktyce baza w tak dużej odległości nie musi być atutem, skoro czas dojazdu w jedną stronę samochodem ciężarowym to ok. 120 min., a koszt paliwa to ok. 134,53 zł (przy założeniu spalania na poziomie ok. 35 l/100 km i cenie paliwa ON na poziomie 3843,60 zł/m3 wg danych portalu e-petrol.pl na dzień 13.02.2021 r.). Domax nie wyjaśnił, w jaki sposób baza zlokalizowana w Boronowie (powiat lubliniecki) jest atutem dla inwestycji realizowanej w Jaworznie, zatem Zamawiający nie mógł ocenić tej okoliczności i jej wpływu na cenę ofertową.

6)Założenie braku występowania ryzyk, niedoszacowanie kosztów dodatkowych

W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny P.U.H. Domax stwierdził, że nie ma podstaw do kalkulowania w cenie ofertowej dodatkowych ryzyk, które dla inwestycji po prostu nie istnieją. Jednocześnie zamówienie obarczone jest podstawowym ryzykiem w postaci konieczności skoordynowania prac wykonawcy z przedsiębiorcą, który już od listopada 2020 r. na zlecenie Zamawiającego prowadzi roboty w pasie drogowym ul. Martyniaków. Obie inwestycje nachodzą na siebie na odcinku ok. 900 m**,** podczas gdy zakres niniejszego zamówienia obejmuje łącznie ok. 1500 m, z czego ok. 900 m to kanalizacja sanitarna budowana na ww. odcinku, na którym już trwają prace drogowe w ramach innego zadania inwestycyjnego oraz 600 m to kanalizacja deszczowa budowana poza obszarem trwającej inwestycji.

Z uwagi na powyższe Zamawiający w pkt 3 PFU zasygnalizował, że„Teren budowy należy traktować jako przekazany podmiotowi trzeciemu. *Wykonawca rozpoczynając roboty ma obowiązek dopełnić wszelkich formalności co do prowadzenia prac z podmiotem aktualnie realizującym inwestycja branży drogowej. Ponadto Wykonawca ma obowiązek* dostosować się technologicznie do harmonogramu w/w podmiotu. "

Podmiotem realizującym trwającą inwestycję branży drogowej jest Odwołujący. Zakres powierzonych mu przez Zamawiającego prac musi wykonać najpóźniej do dnia 15 marca 2021 r., a zatem 9 miesięcy wcześniej niż roboty objęte niniejszym postępowaniem. Odwołujący przedstawił Harmonogram robot realizowanych w ramach umowy IM-IMF.272.1.31.2020 z dnia 28.07.2020 r. Wybrany w tym postępowaniu wykonawca robót będzie zmuszony dopasować termin rozpoczęcia i tempo swoich prac na odcinku 900 m do trwającej inwestycji (por. odpowiedź Zamawiającego z dnia 17 grudnia 2020 r. na pytanie: *„Prosimy o potwierdzenie, że* Wykonawca musi ustalić termin wykonania robót objętych powyższą inwestycją z Wykonawcą wykonującym roboty drogowe. Odpowiedź: „Tak, jest to konieczne.").

Umowa łącząca Odwołującego z Zamawiającym w ogóle nie przewiduje, aby do terenu budowy miały być dopuszczone podmioty trzecie. W czasie wykonywania prac przez Odwołującego spowodowałoby to komplikacje na gruncie rozdziału odpowiedzialności za plac budowy, technologię, jakość realizowanych prac, odpowiedzialność z tytułu gwarancji i rękojmi (dla przykładu: brak możliwości zweryfikowania jakości prac, w tym zagęszczenia zasypek realizowanych przez inny, niezależny podmiot, brak możliwości udzielenia gwarancji na nawierzchnię wykonaną na podłożu przygotowanym przez inny podmiot).

Niezależnie zatem od tego, jaki podmiot wykonywałby roboty w ramach już trwającej inwestycji, nie byłby on zobowiązany do dzielenia się placem budowy z wykonawcą wybranym w niniejszym postępowaniu, skoro nie przewiduje tego zawarta umowa z Zamawiającym (przewidując wręcz postanowienia wykluczające takie rozwiązanie). Wynikające z wyjaśnień P.U.H. Domax deklaracje nt. minimalizowania kosztów dzięki szybkiej realizacji zamówienia nie będą zatem miały odzwierciedlenia w warunkach niniejszego zamówienia, skoro bezsporna i nieunikniona kolizja z innym wykonawcą na placu budowy nie pozwoli na przyspieszenie prac, a co za tym idzie podniesie koszty po stronie tego wykonawcy.

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na zapytania nr 11-15 wykonawców z dnia 17.12.2020 r., w cenie oferty należało uwzględnić partycypację w kosztach tymczasowej organizacji ruchu, zmiany funkcjonowania komunikacji publicznej oraz konieczność koordynacji prac z wykonawcą robót realizowanych w ramach umowy. Z uwagi na specyficzną technologię i konieczność utrzymania ruchu wahadłowo na odcinkach prowadzonych robót, funkcjonowanie komunikacji publicznej i pobliskich zakładów pracy oraz sezonowość robót branży drogowej wykonawca przebudowy ul. Martyniaków nie może się dostosowywać terminowo do robót prowadzonych wzdłuż jego placu budowy przez inny podmiot, gdyż mogłoby to mieć niewątpliwie wpływ na rentowność prowadzonych przez niego prac, zaś z racji ryczałtowej formy kontraktu finalnie skutkować roszczeniem finansowym i terminowym. Z wyjaśnień P.U.H. Domax nie wynika, żeby tego typu koszty w ofercie tego wykonawcy zostały przewidziane.

Podsumowując, Odwołujący podniósł, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny P.U.H. Domax z dnia 7 stycznia 20201 r. opierają się w głównej mierze na ogólnych sfomułowaniach, zapewnieniach i deklaracjach, z których Zamawiający nie mógł wyciągnąć jakichkolwiek wniosków na temat elementów cenotwórczych oferty tego wykonawcy. Nieliczne konkretne dane dotyczą natomiast bardzo niewielkiego zakresu całej oferty.

Biorąc pod uwagę zakres prac opisany w SIWZ, wartość przywołanych przez P.U.H. Domax elementów stanowi:

- kanalizacja deszczowa fi200 PYC średnia głęb. 2m — 250 zł netto/mb x 9,60 mb = 2 400,00 zł netto(0,14% wartości oferty);
- kanalizacja deszczowa fi315 PVC średnia głęb. 2m — 350 zł netto/mb x 127,20 mb - 44 520,00 zł netto (2,63% wartości oferty);
- odtworzenie nawierzchni po kanalizacji deszczowej (warstwa ścieralna, beton asfaltowy SMAKR-5) grubość 4 cm — 36 zł netto/m2 x 4112,70 m2 = 148 057,20 zł netto (8,76% wartości oferty).

II. Sprzeczność oferty z SIWZ na skutek nieuwzględnienia całego zakresu przedmiotowego robót.

W ramach inwestycji Zamawiającego wybrany wykonawca robót będzie zobowiązany m.in. do wybudowania kanalizacji sanitarnej. Przedsiębiorca działający z należytym rozeznaniem, posiadający doświadczenie w branży drogowej, powinien przewidzieć i wycenić kompleksowe wykonanie tego typu roboty - począwszy od rozbiórki nawierzchni bitumicznej drogi, poprzez skucie istniejącej stabilizacji, prace ziemne i montażowe kanalizacji, aż do odtworzenia nawierzchni bitumicznej w miejscu jej uszkodzenia z zachowaniem prawidłowej szczelności. Powyższe potwierdza treść PFU, przewidując m.in. konieczność wykonania wykopu z umocnieniem oraz odtworzenia nawierzchni drogi (*por. pkt* 3.2 *PFU:„Roboty należy wykonać w wykopie umocnionym",* por. pkt *3.1* PFU: „Po wykonaniu robót kanalizacyjnych Wykonawca *odtworzy nawierzchnię asfaltową w technologii SMA"*

Z wyjaśnień Domax z dnia 7 stycznia 2021 r. można wnioskować, że wykonawca nie uwzględnił w ofercie pełnego zakresu robót, zakładając, że ułożenie kanalizacji sanitarnej na odcinku, na którym trwają roboty w ramach trwającej inwestycji (część kanalizacyjna dla Miasta Jaworzna), zrealizuje wykorzystując:

- wykop wykonany w ramach zadania inwestycyjnego prowadzonego przez Odwołującego,
- własne założenie, iż odtworzenie nawierzchni nastąpi przez Odwołującego (jako generalnego wykonawcę trwających robót drogowych), co pozwoli Domax na całkowicie wykluczenie robót rozbiórkowych na odcinku ok. 900 m oraz robót

polegających na odtworzeniu nawierzchni z masy bitumicznej.

1.Pominiecie rozbiórek i odtworzenia nawierzchni, krawężników, wymiany gruntu, skucia i odtworzenia warstwy stabilizacyjnej oraz zagospodarowania gruntu i powstałych odpadów

Wartość pozycji ofertowej „roboty ziemne i demontażowe" kanalizacji sanitarnej, którą Domax zamierza zrealizować na rzecz Miasta Jaworzna to 37 200,00 zł (por. str. 3 oferty Domax). Według koncepcji trasy sieci, która wynika z PFU, zdecydowana większość sieci kanalizacji sanitarnej przebiega w jezdni i w niewielkiej odległości od jej krawędzi, co skutkuje koniecznością naruszenia elementów drogi podczas robót ziemnych dla kanalizacji, w tym naruszenia nawierzchni z masy bitumicznej, którą wykona Odwołujący w ramach prowadzonego obecnie zadania inwestycyjnego. Ponadto, na całej trasie występują kolizje z istniejącym uzbrojeniem podziemnym, a sama sieć przebiega wzdłuż likwidowanej kanalizacji ogólnospławnej, która musi pozostać drożna w czasie robót.

Wykonawca Domax w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny nie wytłumaczył czynników cenotwórczych tego zakresu inwestycji (poz. 2 oferty na rzecz Miasta Jaworzna) - choć odbiega ona w najwyższym stopniu od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu (stanowi 10,91% średniej arytmetycznej pozostałych ofert).

Bazując na cenach jednostkowych wskazanych w kalkulacji szczegółowej załączonej do pisma z dnia 07.01.2021 r. które prezentują wyliczenia dla kanalizacji deszczowej (poz. 1 oferty na rzecz Miasta Jaworzna) można oszacować, na jakim poziomie powinna się kształtować wartość w omawianej pozycji oferty w poz. 2 (kanalizacji sanitarnej na rzecz Miasta Jaworzna) w przypadku jej prawidłowego wyliczenia. Odwołujący przedstawił szczegółowe wyliczenia, wskazując, że wartość robót ziemnych (bez rozbiórek i odtworzeń) powinna wynosić w ofercie Domax 171 818,52 zł ne oraz fakt, iż średnia arytmetyczna wartości tego elementu oferty we wszystkich ofertach złożonych w postępowaniu wynosi 340 870,96 zł netto. Należy zatem uznać, że oferta P.U.H. Domax nie przewiduje realizacji całego zakresu zamówienia i z tego powodu jest sprzeczna z SIWZ.

Biorąc pod uwagę, iż wartość poz. 2 oferty P.U.H. Domax (37 200 zł netto) dotyczy wskazanego w PFU zakresu 842 m, można wyliczyć, iż cena jednostkowa wykonania robót dla sieci kanalizacji sanitarnej przyjęta w ofercie PUH Domax wynosi: 37 200,00 zł/842 m - 44,18 zł/mb. Tym samym wprost widać, iż przyjęta kwota w ofercie tego wykonawcy nie pokrywa nawet wartości robót ziemnych ani rozbiórkowych wraz z zagospodarowaniem odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz robotach odtworzeniowych po robotach związanych z montażem sieci kanalizacji sanitarnej.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający jasno wskazał w treści SIWZ, iż „przyjmuje *ryczałtową formę wynagrodzenia dla wykonawcy za realizację każdej części przedmiotowego zamówienia".* Mając na uwadze, iż zamówienie realizowane będzie z udziałem dwóch Zamawiających dzielących zakres odpowiedzialności finansowej zgodnie z warunkami wskazanymi w SIWZ,niedopuszczalnym i niezgodnym z SIWZ byłoby przenoszenie kosztów prac pomiędzy zakresami, za które odpowiedzialni są. poszczególni Zamawiający. Niedopuszczalne byłoby również przyjęcie, że Domax przerzucił koszty w ramach pozycji oferty realizowanych na rzecz Miasta Jaworzna (tj. część kosztów z pozycji nr 1 przeniósł do pozycji nr 2), skoro w tych pozycjach były wyceniane roboty na różnych odcinkach inwestycji, a proceder przerzucania kosztów (szczególnie przy fakturowaniu etapami - por. § 5 wzoru umowy) uznawany jest w doktrynie i orzecznictwie Izby za niedopuszczalny.

Odwołujący przedstawił tabelę wskazującą, jakie ceny stosował Domax w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach których wyceniana była budowa sieci kanalizacji, która wskazuje, że cena za pozycję 2 wykazu cen (część oferty dla Miasta Jaworzna) na poziomie 37 200,00 zł i średniej cenie za mb kanalizacji sanitarnej na poziomie 44,18 zł jest całkowicie nierynkowa i nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a jednocześnie potwierdza, że P.U.H. Domax nie objął swoją ofertą pełnego zakresu robót, powodując jej sprzeczność z SIWZ. Nie sposób pominąć faktu, że zakres prac wycenianych w pozycji 2 ma charakter istotny z punktu widzenia zakresu robót i wartości całego zamówienia, a zatem rażąco niska cena w tym fragmencie oferty rzutuje na cenę całej oferty powodując, że jest ona rażąco niska.

2.Pominięcie wykonania podsypek i obsypek w niezbędnym rozmiarze

Na podstawie kalkulacji szczegółowej dla pozycji „Kanalizacja deszczowa fi 200" oraz „Kanalizacja deszczowa fi 315" stanowiącej załącznik nr 5 do wyjaśnień z dnia 7 stycznia 2021 r. należy zauważyć, że szerokość wykopu przyjęta przez wykonawcę jest jednakowa w przypadku rury o średnicy fi 200 mm i fi 315 mm i wynosi: 2,4m^3 (objętość wykopu)/2m (głębokość wykopu) = 1,2m; objętość podsypki i obsypki z piasku (materiału dowożonego) na długości 1m przyjęta przez wykonawcę jest jednakowa w przypadku rury o średnicy fi 200 mm i fi 315 mm i wynosi 0,4 m^3 (w przekroju 0,4 m^2).

Biorąc pod uwagę powyższe, można wyliczyć przyjętą przez wykonawcę Domax grubość podsypki i obsypki z piasku dla rury fi200 mm i dla rury fi315 mm.

Zgodnie z pkt. 3.2 PFU grubość podsypki powinna wynosić 20 cm, zaś grubość obsypki 30 cm. Nawet gdyby przyjąć wartości z załączonego do PFU projektu kanalizacji deszczowej autorstwa Pracowni Architektoniczno-Urbanistycznej Almaprojekt M. K., czyli odpowiednio 20 cm dla podsypki i 20 cm dla obsypki (wartości minimalne), rzeczywiste objętości dla założonej przez Domax szerokości wykopu 1,2 m powinny wynosić dla fi315 mm - 0,78 m^3, dla fi200 mm - 0,689 m^3, podczas gdy P.U.H. Domax przyjął 0,4 m^3 podsypki i obsypki kanału, co wskazuje, iż oferta tego wykonawcy nie przewiduje wykonania podsypki i obsypki w ilości zgodnej z PFU, a tym samym oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

Wykonawca A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „DOMAX" A. M., z siedzibą w Boronowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie w całości odwołania.

Wykonawca nie zgodził się z zarzutem, że nie udźwignął ciężaru udowodnienia, że cena jego oferty zaproponowana w przedmiotowym postępowaniu nie jest rażąco niska, a wyjaśnienia wykonawcy z dnia 07.01.2021 r., stanowiące odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z dnia 29.12.2020 r. są niewystarczające. Wykonawca złożył bowiem obszerne oraz rzeczowe wyjaśnienia, które zostały podparte licznymi dowodami stanowiącymi dodatkowe załączniki do pisma. Wykonawca niezaprzeczalnie potwierdził brak znamion ceny rażąco niskiej w odniesieniu do zaoferowanej przez siebie ceny, spełniając w ten sposób wymóg określony w art. 90 ust. 2 Pzp. Zdaniem Przystępującego, Odwołujący odniósł się do wyjaśnień Wykonawcy w sposób skrajnie wybiórczy, celowo pomijając istotne w sprawie informacje przedstawiane przez wykonawcę, dotyczące kluczowych okoliczności mających wpływ na wycenę i możliwość realizacji zamówienia.

W ocenie Przystępującego, wykazał on, iż jego cena jest nie tylko realna, ale także rynkowa, adekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, gdyż wskazał szczegółowo obiektywne, dostępne mu okoliczności mające wpływ na możliwość skalkulowania i zaoferowania ceny na określonym poziomie. Dowiedzione zostało, że realizacja zamówienia za ceny wskazane w ofercie jest nie tylko możliwa, ale i zyskowna.

Ad. 1 Prace projektowe

Jednym z głównych elementów ceny oferty Wykonawcy, które początkowo wzbudziły wątpliwości Zamawiającego była cena za realizację prac projektowych. Wykonawca w treści wyjaśnień chciał wykazać realność zaproponowanej w tym zakresie ceny m.in. poprzez wykazanie prawidłowej realizacji projektów w podobnych zadaniach, za zbliżone (w porównaniu z wartościami całych zadań) ceny. Na potwierdzenie realizacji w/w zadań wykonawca przedłożył stosowne referencje.

W ocenie Przystępującego, podobieństwo wskazanych zadań do zakresu przedmiotowego postępowania jednoznacznie wynika zarówno z samych nazw zadań, jak i ich zakresów wskazanych w referencjach. Wszystkie bowiem realizacje obejmowały swoim zakresem zbliżone zakresy, co nie ulega żadnej wątpliwości. Z przywołanego fragmentu orzeczenia Izby nie wynika obowiązek wykazywania czy dowodzenia podobieństwa tych zadań. Przywołane orzeczenie jednoznacznie wskazuje wyłącznie na obowiązek wykazania prawidłowej realizacji danych zamówień, co Przystępujący niezaprzeczalnie uczynił, przedstawiając stosowne referencje, a także protokoły odbioru. Jednocześnie Odwołujący, formułując zarzut w żaden sposób go nie uprawdopodobnił, nie przedstawił żadnych obiektywnych dowodów podważających podobieństwo zadań, na które wskazał Przystępujący.

Ad. 2 Realizacja robót budowlanych na podstawie projektu (ceny materiałów)

W treści wyjaśnień ceny rażąco niskiej Przystępujący zwrócił uwagę Zamawiającego także na korzystne ceny materiałów, których uzyskanie było możliwie z uwagi na liczne rabaty oraz upusty, którymi dysponuje. Przystępujący podkreślił, że Odwołujący odniósł się do wyjaśnień Przystępującego w sposób skrajnie wybiórczy, pomijając inne istotne ceny, które podał wykonawca w treści swoich wyjaśnień. W treści wyjaśnień oprócz ceny rur, wykonawca wskazywał także ceny innych materiałów m.in. piasku oraz masy bitumicznej, których udział w wartości całej oferty jest znacznie wyższy i wynosi ponad 7%. Niewielki udział kosztów nabycia wykazanych materiałów w wartości zamówienia pozostaje całkowicie bez znaczenia dla skuteczności oraz prawdziwości przedłożonych dowodów na okoliczność korzystnych cen. Wykonawca udowodnił bowiem ceny jakimi dysponuje oraz fakt, że ceny te są realistyczne, a także rynkowe.

Dodatkowo argument, iż Odwołujący dysponuje niższymi cenami masy bitumicznej niż Przystępujący, również należy uznać za całkowicie chybiony. Powyższe pozostaje całkowicie bez znaczenia dla skuteczności oraz prawdziwości przedłożonych dowodów na okoliczność ceny masy bitumicznej dostępnej wykonawcy. Co więcej, cena Przystępującego w wysokości 260 zł/t jest ceną bardzo korzystną i niższą od ceny rynkowej. Oczywistym jest bowiem fakt, że podmioty będące producentem (tak Przystępujący jak i Odwołujący), mogą zaoferować ceny stosunkowo niższe od pozostałych uczestników postępowania, gdyż ceny te nie będą uwzględniały marży naliczanej przez sprzedawców. Niezależnie zatem od faktu, iż Odwołujący jest w stanie zaproponować jeszcze niższą cenę od Przystępującego, w żaden sposób nie ceny zaoferowanej przez Przystępującego waloru bycia ceną niezwykle korzystną. Dodatkowo, zdaniem Przystępującego, cena wskazana przez Drogopol w wysokości 219 zł/t prawdopodobnie jest ceną mieszanki podstawowej na zwykłych asfaltach, natomiast Domax do swojej kalkulacji przyjął mieszkankę na asfaltach modyfikowanych (wyższej klasy), co bezpośrednio wpłynęło na jej cenę.

Ad. 3 Dysponowanie zbiornikiem na paliwo na terenie zakładu

Wykonawca w treści złożonych wyjaśnień wskazywał również na uzyskiwane dodatkowe rabaty na zakup oleju napędowego, którego zużycie kształtuje się w ilościach tysięcy litrów w skali tygodnia oraz fakt dysponowania na terenie zakładu zbiornikiem na paliwo. Wykonawca wskazywał, że na atrakcyjną cenę oferty wpłynęły hurtowe odbiory paliw do samochodów ciężarowych i sprzętu niezbędnego do realizacji niniejszego zamówienia.

Fakt odległości między bazą, a miejscem wykonywania robót nie zmienia faktu, iż ceny którymi dysponuje wykonawca w wysokości 4,65 zł/l są realne i bardzo korzystne (dowód: faktura VAT 1430/2021). Niskie ceny paliwa pozwolą na obniżenie kosztów dojazdu na miejsce realizacji zamówienia, tak więc walor ten ma ogromne znaczenie dla kosztów realizacji przedmiotowej inwestycji. Co więcej, Przystępujący nie wskazywał, że samochody ciężarowe oraz sprzęt będą dziennie pokonywały wskazaną odległość, a taka teza prezentowana przez Odwołującego jest nieuprawniona. To logistyka i organizacja procesu budowlanego, prawidłowe planowanie robót i dostaw wpływają na ilości niezbędnych kursów sprzętu. Należy mieć na względzie, że na potrzeby realizacji zamówienia wykonawcy z reguły organizują w pobliżu terenu budowy jej zaplecze oraz plac maszyn co pozwoli na ograniczenie konieczności dojazdów. Zatem odległość pomiędzy siedzibą Przystępującego a miejscem realizacji zamówienia staje się kwestią drugorzędną kosztowo.

4) Posiadanie nowoczesnego sprzętu i wykwalifikowanej kadry

Wykonawca w treści wyjaśnień wskazywał na znaczenie sprzętu w trakcie realizacji zamówienia. Wskazywano, że sprawne wykonanie robót objętych postępowaniem wymaga dysponowania nowoczesnym i ekonomicznym sprzętem, umożliwiającym efektywne wykonywanie prac. Wykonawca celem potwierdzenia, że posiadany przez niego sprzęt jest nowoczesny oraz ekonomiczny przedłożył wykaz sprzętu oraz posiadanych samochodów wraz ze wskazaniem roku ich produkcji. Dodatkowo wykonawca zwracał szczególną uwagę na wykwalifikowane kadrę i doświadczonych pracowników, których obecność wpływa na efektywność wykonywanych prac skutkującą możliwością redukcji czasu realizacji zleceń oraz obniżenia kosztów. Wykonawca celem potwierdzenia zasobów osobowych w załączeniu do wyjaśnień przedstawił wykaz osób wraz ze wskazaniem zajmowanego stanowiska, a także okresu doświadczenia. Przedstawione informacje były konkretne, a co więcej – każda z nich została podparta odpowiednimi dowodami, co niezaprzeczalnie dowodzi ich prawdziwości oraz szczegółowości. Warto tutaj zwrócić uwagę chociażby na precyzyjnie wskazane w wyjaśnieniach stawki godzinowe pracy sprzętu, za pomocą których udowodniono wpływ posiadania własnego sprzętu na możliwość zaproponowania konkurencyjnych cen, czy też wspomniane już wcześniej wykazy osób oraz sprzętu przedstawiające skonkretyzowane informacje na temat doświadczenia oraz kwalifikacji osób zatrudnionych, a także jakości sprzętu używanego przez Domax. Dodatkowo, na obniżenie stawki pracy sprzętu miał także wpływ fakt, że sprzęt ten będzie stacjonował na budowie przez okres jej realizacji.

Przyjęta stawka roboczogodziny dla pracowników fizycznych została ustalona zgodnie z obowiązującym w momencie składania oferty rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10 września 2019 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r., a także obowiązującym rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 15 września 2020 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2021 r.

Przystępujący podkreślił, że nawet sam Odwołujący w treści odwołania wskazał, że Domax *„bardzo szeroko*

opisał swoje zasoby sprzętowe i kadrowe". Powyższe potwierdza, że Przystępujący rzetelnie podszedł do sporządzanego wyjaśnienia, starając się podać wszelkie okoliczności, które miały jakikolwiek wpływ na możliwość zaproponowania ceny na danym poziomie.

W treści składanych wyjaśnień, oprócz kwestii ceny prac projektowych, do wyjaśnienia której bezpośrednio wzywał Zamawiający, Przystępujący opisał wszystkie okoliczności, które w jego ocenie miały wpływ na cenę oferty, a w szczególności na możliwość zaproponowania ceny bardzo korzystnej i konkurencyjnej. Wykonawca wskazywał m.in. na brak rozbudowanego działu administracyjnego, co pozwala ograniczyć koszty pośrednie towarzyszące realizacji zamówienia. Wykonawca zatrudnia tylko niezbędne osoby związane z kosztorysowaniem i ofertowaniem. Z treści złożonych wyjaśnień jednoznacznie wynika, że powyższe okoliczności dotyczyły wyłącznie działu administracyjnego, tj. pracowników biurowych/umysłowych. Powszechnie wiadomo, że mechanik jest pracownikiem fizycznym, którego w żaden sposób nie można zakwalifikować do pracowników działu administracyjnego, których dotyczył powyższy argument. Argument dotyczący zatrudniania mechanika na stałe jest niezwykle istotny z punktu widzenia specyfiki tego zawodu. Niezaprzeczalny jest bowiem faktem, że zlecanie bieżących usług serwisowych oraz napraw na zewnątrz na zasadzie outsourcingu jest znacznie droższe, niż miesięczny koszty utrzymania pracownika etatowego. Co więcej, zatrudnianie mechanika na etacie niesie za sobą także inną zaletę w postaci braku konieczności długiego oczekiwania na wykonanie usługi.

5) Dysponowanie własnymi nieruchomościami pod bazę

Przystępujący w treści składanych wyjaśnień wskazywał na fakt, iż nieruchomość, na której zlokalizowana jest baza logistyczno-magazynowo-biurowa Domax, jest jego własnością. Jak wspomniał sam Odwołujący, jedna z działek na której faktycznie znajduje się baza Domax ma kategorię odpowiadającą jej faktycznemu przeznaczeniu. Pozostałe działki zostały wykazane niejako dodatkowo, celem potwierdzenia zdolności finansowej wykonawcy.

Odnosząc się do wyliczeń Odwołującego co do kosztów dojazdu, Przystępujący wskazał, że sprzęt będzie stacjonował na budowie przez cały okres jej realizacji. Koszty dojazdu na budowę zostaną poniesione wyłącznie jednorazowo. Koszty dojazdu na budowę będą dotyczyły wyłącznie kosztów dojazdów samochodów osobowych z pracownikami. Fakt, iż koszt ten nie będzie istotnym elementem ceny oferty wykonawcy dodatkowo potwierdza korzystana cena paliwa jaką dysponuje Domax w wysokości 4,65 zł/l.

6) Założenie braku występowania ryzyk, niedoszacowanie kosztów dodatkowych

W treści składanych wyjaśnień Wykonawca wskazywał, że z uwagi na precyzyjną weryfikację zakresu prac projektowych i docelowo budowlanych, wykonawca mógł określić cenę oferty umożliwiającą wykonanie zamówienia, bez nieuzasadnionego kalkulowania dodatkowego ryzyka, które w ocenie wykonawcy nie występuje. Ryzyko polegające na konieczności skoordynowania prac z innym wykonawcą zostało wprost wskazane w specyfikacji, wobec czego nie sposób uznać go na dodatkowe, czy też nieuzasadnione. Można wręcz pokusić się o stwierdzenie, że skoro obowiązek ten został wprost wskazany w PFU, to stanowł on niejako część przedmiotu zamówienia, podlegającego kalkulacji. Ponadto ryzyko w tym zakresie zgodnie z tym co wskazał Zamawiający nie stanowi ryzyka kosztowego, a jest jedynie ryzkiem mogącym wpłynąć na termin oraz tempo prac, a to wyłącznie z uwagi na konieczność technologicznego dostosowania się do harmonogramu prac tego podmiotu.

Ponadto, zważając na fakt, iż wynagrodzenie jest ryczałtowe, a dodatkowo Zamawiający jednoznacznie wskazywał na konieczność koordynacji prac z innym podmiotem, to oczywistym jest, że wszystkie ewentualne ryzyka wykonawca był zobowiązany uwzględnić w swojej ofercie.

Odwołujący, będąc podmiotem realizującym roboty w pasie drogowym przy ul. Martyniaków, jawnie stwierdza, że nie pozwoli na realizację tego zamówienia innemu wykonawcy. Przystępujący na podstawie przedstawionych informacji odnosi nieodparte wrażenie, że Odwołujący celowo będzie chciał utrudnić realizację robót któremukolwiek z wykonawców, który uzyska zamówienie.

Przystępujący podniósł, że gdyby udzielenie obu tych zamówień odrębnym podmiotom było niemożliwe, to Zamawiający udzieliłby jednego zamówienia obejmującego swoim zakresem zarówno przebudowę drogi, jak i przebudowę kanalizacji. Mając na uwadze profesjonalizm i racjonalność Zamawiającego, nie sposób uznać twierdzeń Odwołującego o rzekomych ryzykach związanych z współdziałaniem dwóch podmiotów na tym samym terenie budowy oraz o braku ich uwzględnienie w cenie oferty Przystępującego. Dobra koordynacja prac, a także odpowiednie, z logistycznego punktu widzenia, rozplanowanie robót pozwoli na wyeliminowanie możliwych skutków, które Odwołujący celowo z góry kwalifikuje jako zdarzenia pewne.

Przystępujący wskazał na koszty organizacji ruchu skalkulowane przez wykonawcę w ofercie, uwidocznione w kalkulacji ceny oferty w pozycji 1 KS „ewentualny udział w kosztach objazdów autobusów". Przystępujący założył partycypację w tych kosztach na poziomie 50.000 zł netto. Nawet w przypadku braku wyraźnego wskazania w/w kosztów w kalkulacji, wykonawca będzie zobowiązany do partycypowania w tych kosztach ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia.

Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby cena rażąco niska to taka, która jest nierealna, nierynkowa, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów, a taka sytuacja w przypadku oferty Przystępującego nie występuje.

7)Sprzeczność oferty z SIWZ

Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom, że nie uwzględnił w ofercie pełnego zakresu robót, zakładając, że zamówienie w zakresie ułożenia kanalizacji sanitarnej na odcinku na którym obecnie trwają prace, zostanie zrealizowane m.in. przy użyciu wykopu wykonanego przez Odwołującego. Wykop zostanie wykonany przez Domax, co zostało jednoznacznie wskazane w założeniach, a także wyjaśnieniach ceny. Na potrzeby kalkulacji ceny ofertowej Przystępujący przyjął, że po ułożeniu kanału deszczowego odtworzy nawierzchnię w technologii SMA (część bez udziału DROGOPOL), natomiast po ułożeniu kanału sanitarnego do odtworzenia nawierzchni będzie zobowiązany podmiot wykonujący drogę w ramach podpisanej umowy, tj. Odwołujący. Powyższe założenie jest w pełni zasadne oraz logiczne z technicznego punktu widzenia. Zważając na zakres przedmiotowego zamówienia oraz fakt, że ułożenie kanału sanitarnego ma nastąpić w drodze, gdzie roboty nawierzchniowe wchodzą w zakres umowy IM-IMF.272.1.31.2020 z dnia 28.07.2020 realizowanej przez Odwołującego, nieracjonalne byłoby przyjęcie, że wykonawca niniejszego zamówienia będzie niszczył nowo wykonaną nawierzchnię, aby zrealizować swój zakres robót, a następnie nawierzchnię tą odtwarzał. W ocenie Przystępującego, oczywistym jest, że Zamawiający nie dopuściłby do takiej sytuacji, a więc z założenia kanalizacja sanitarna musi zostać wykonana przed realizacją robót nawierzchniowych, które jest zobowiązany wykonać Odwołujący na podstawie zawartej już umowy. Dodatkowo, jednoznacznie słuszność założenia Przystępującego w tej sprawie potwierdza Harmonogram robót realizowanych w ramach umowy IM-IMF.272.1.31.2020 z dnia 28.07.2020, stanowiący załącznik 8 do odwołania, gdzie w poz. 1 wyszczególniono „*Roboty drogowe: podbudowy,*

nawierzchnie, chodniki, krawężniki, roboty ziemne, zieleń, skarpy". Porównanie pkt 3.1 PFU rozgranicza jasno sposób odtworzenia nawierzchni po wykonanych robotach w zakresie instalacyjnym. Odtworzenie nawierzchni na całej szerokości w technologii SMA dotyczy odcinka poza zakresem DROGOPOL.

Pominięcie rozbiórek i odtworzenia nawierzchni, krawężników, wymiany gruntu, skucia i odtworzenia warstwy stabilizacyjnej oraz zagospodarowania gruntu i powstałych odpadów

Odwołujący celowo wybiórczo odczytuje ofertę Domax, przyjmując nieprawidłową wartość prac. Domax celem wyjaśnienia wskazuje, że do kalkulacji ceny ofertowej w zakresie kanalizacji sanitarnej przyjął następujące wartości, które łącznie wyniosły 294 700 zł netto:

-roboty ziemne i likwidacja starej kanalizacji 37 200 zł

-kolizje 25 000 zł

-odtworzenie nawierzchni 232 500,00 zł.

Przystępujący podważył kalkulacje Odwołującego, gdyż przyjął do swoich wyliczeń nieprawidłową średnią głębokość kanału na poziomie 2,98 m. Przystępujący przedłożył wyliczenia rzeczywistej średniej głębokości kanału sanitarnego, a także kalkulację sporządzoną na podstawie założeń poczynionych przez Drogopol (dowód: średnia głębokość kanału KS fi315). Przystępujący przedłożył też szczegółową kalkulację ceny kanalizacji deszczowej, obrazującą prawidłowość założeń Przystępującego, co do objętości podsypki i obsypki, jak również stanowiącą korektę tabeli nr 3 odwołania. Przystępujący wskazał, że ilości wyliczone przez Odwołującego (pomimo tego, że są one błędne ze względu na zawyżoną głębokości kanału sanitarnego) zostały wprowadzone do szczegółowej kalkulacji pozycji, z której wynika, że w cenie oferty zamkną się wszystkie elementy, a oferta jest zgodna z SIWZ.

W ocenie Przystępującego, tabela nr 4 Odwołującego nie wnosi nic do sprawy. Wskazywane przez Odwołującego ceny pochodzą bowiem z ofert Domax złożonych w zamówieniach, których Przystępujący nie uzyskał. Wartość 37 200 zł odnosi się jedynie do likwidacji wodociągu. Jak przedstawiono w wyliczeniach oraz wyjaśnieniach Domax, roboty ziemne ujęto w pozycji wykonania robót kanalizacji sanitarnej, której łączna wartość określona w ofercie wynosi 483.200,00 zł netto, tak więc cena wykonania 1mb kanalizacji sanitarnej (przy założeniu 850 mb kanalizacji) wynosi 568,47 zł netto i jest to cena rynkowa. Wartość 44,18 zł/mb wskazana w treści odwołania jest zatem celową manipulacją Odwołującego.

9) Pominięcie wykonania podsypek i obsypek w niezbędnym rozmiarze

Przystępujący wskazał, że przedmiotowe zadanie jest prowadzone w trybie zaprojektuj i wybuduj, co oznacza, że przyjęte ilości są pewnego rodzaju założeniem, które zostanie wyszczególnione dopiero na etapie projektu. Natomiast przedkładając niniejsze stanowisko wraz z dowodami, Przystępujący wykazał, że swoją ofertą objął całość przedmiotu zamówienia opisaną w SIWZ, a ceny skalkulowane za poszczególne elementy zostały skalkulowane na realnym poziomie z uwzględnieniem możliwości i okoliczności ich obniżenia dostępnych Przystępującemu. Przystępujący podkreślił, że w sposób wystarczający wykazał i udowodnił że cena jego oferty nie jest ceną rażąco niską, a złożona oferta jest zgodna ze wszystkimi wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w SIWZ. W załączeniu Przystępujący przedstawił: załącznik nr 1 – faktura VAT 1430/2021, załącznik nr 2 – kalkulacja ceny oferty, załącznik nr 3 - średnia głębokość kanału KS fi315, załącznik nr 4 - kalkulacja ceny kanalizacji deszczowej.

Pismem z dnia 18 marca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający nie zgodził się z podniesionymi w odwołaniu zarzutami naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 art. 90 ust. 3 Pzp. Wyjaśnił, że dokonał wyboru oferty wykonawcy PUH DOMAX A. M., zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a w związku z powyższym wnosi o oddalenie w całości wniesionego odwołania. Zamawiający wyjaśnił, że zakres zadania obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych:

1)Wykonanie projektu budowlano-wykonawczego zamiennego kanalizacji sanitarnej i deszczowej, uzyskanie wszelkich wymaganych prawem opinii i decyzji włącznie ze zmianą pozwolenia wodnoprawnego, zgłoszeniem i korektą decyzji ZRID.

2)Przebudowa niezidentyfikowanej infrastruktury podziemnej w postaci kanalizacji sanitarnej wzdłuż ul. Martyniaków - sieć sanitarna wraz z przykanalikami o łącznej długości ok. 940,0 mb w rejonie skrzyżowania ul. Martyniaków z ul. Wojska Polskiego oraz ul. Energetyków. Budowa kanalizacji deszczowej w ciągu ul. Martyniaków od zakresu wykonanego przez Tauron tj. od studni D63 do zbiornika retencyjnego ZR2 włącznie z wykonaniem zbiornika, przykanalików i wpustów w rejonie skrzyżowania ul. Martyniaków z ul. Moniuszki. Przebudowa odcinka drogi publicznej na odcinku od km 2+153 do km 2+594 - długość przebudowanego odcinka 450,00 m szer. zmienna zgodnie z PZT - zasadniczo 7m (2x3,5 m), kategoria G wraz z robotami rozbiórkowymi, przekładką i zabezpieczeniem istniejących sieci uzbrojenia podziemnego, humusowanie z obsianiem terenów nieutwardzonych w pasie drogowym.

Zamawiający wyjaśnił, że przyjął ryczałtową formę wynagrodzenia za realizację zamówienia. Za podstawę określenia wartości wykonania zadania wykonawcy powinni byli przyjąć program funkcjonalno-użytkowy oraz wytyczne Zamawiającego określone w specyfikacji istotnych warunkach zamówienia.

Na rzecz Miasta Jaworzna wykonawca zobowiązany będzie wykonać:

a)sieć kanalizacji deszczowej wzdłuż ul. Martyniaków na odcinku od studni D63 do zbiornika retencyjnego ZR2 włącznie w wykonaniem zbiornika, przykanalików i wpustów i wymiana nawierzchni;

b)roboty ziemne i demontażowe kanalizacji sanitarnej.

Na rzecz Wodociągów Jaworzno Sp. z o.o.

a) roboty montażowe kanalizacji sanitarnej

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły trzy oferty:

1/ Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe DOMAX A. M. - z ceną 2 078 490,90 zł;

2/ Przedsiębiorstwo Budowy Dróg DROGOPOL-ZW Sp. z o. o. - z ceną: 3 046 010,29 zł;

3/ Konsorcjum: PPHU DANAMA L. T., AMP A. P.- z ceną 5 332 050,00 zł

Szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez Zamawiającego wyniosła 3 742 875,55 zł netto (4 603 736,93 zł brutto). W chwili otwarcia ofert Zamawiający na realizację przedmiotowego zadania dysponował kwotą 2 000 000,00 zł brutto. Średnia arytmetyczna złożonych ofert wyniosła: 3 485 517,06 zł brutto.

W wyniku analizy złożonych ofert Zamawiający ustalił, iż:

1/ Oferta PUH DOMAX A. M. jest niższa o 40,37 % od średniej arytmetycznej złożonych ofert oraz o 54,85 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT.

2/ Oferta PBD Drogopol-ZW Sp. z o.o. jest niższa o 33,84 % od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o należny podatek VAT.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wystąpił do obu wykonawców w trybie art. art. 90 ust.1a Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

W wyznaczonym terminie wykonawcy złożyli wymagane wyjaśnienia wraz z dowodami.

Po dokonaniu analizy otrzymanych wyjaśnień oraz analizy cen realizowanych podobnych kontraktów (w tym wykonywanych aktualnie rzecz Spółki Wodociągi Jaworzno) Zamawiający przyjął tłumaczenia wykonawców dotyczące oferowanych cen za wystarczające i uznał, iż uprawdopodobnili oni realność zaoferowanych cen.

Zamawiający dokonał analizy złożonych przez PFIU DOMAX wyjaśnień wraz z dowodami i uznał, że zaoferowana cena za realizację przedmiotowego zadania jest ceną rynkową, za którą wykonawca jest w stanie prawidłowo wykonać kontrakt. Zamawiający odniósł się do następujących kwestii poruszonych przez PBD DROGOPOL-ZW w odwołaniu:

Prace projektowe

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Firma DOMAX określiła, że przy wycenie całości zadania przyjęła koszt wykonania kompleksowych prac projektowych oraz m.in. koszty związane z uzyskaniem niezbędnych dokumentów i uzgodnień w tym zakupu map, uzyskaniem uzgodnień branżowych uzyskanie warunków technicznych do projektowanych obiektów oraz wymaganych do uzyskania pozwolenia na budowę. Wartość prac projektowych w stosunku do wartości całego zamówienia firma ustaliła na poziomie 4,8% co stanowi koszt 81 000,00 zł netto.

Zamawiający nie ma zastrzeżeń co do powyższej wyceny, gdyż zgodnie ze wskaźnikami powszechnie przyjętymi przy szacowaniu wartości prac projektowych dla kanalizacji wskaźnik kosztu dokumentacji projektowej powinien wynosić od 4 do 6% kosztów budowy kanalizacji a przy wykonywaniu projektów drogi klasy G i mniejszej 2,5-4%. Tak więc przyjęty udział prac projektowych w koszcie realizacji zadania jest skalkulowany w sposób prawidłowy odpowiadający realiom rynkowym. Dodatkowo zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami, firma DOMAX jest świadoma stopnia trudności prac projektowych, posiada duże doświadczenie w wykonaniu podobnych usług.

Realizacja robót budowlanych na podstawie projektu oraz dysponowanie własnym potencjałem technicznym i osobowym.

Zamawiający wyjaśnił, że nie kwestionuje wyceny realizacji zadania dokonanej przez wybranego wykonawcę. PFIU DOMAX jako profesjonalny uczestnik rynku robót budowlanych, zna aktualne realia ekonomiczne, jest firmą z dużym doświadczeniem w realizacji robót budowlanych, ma więc świadomość wysokości cen funkcjonujących obrocie gospodarczym. Przedsiębiorstwo realizowało z sukcesem podobne inwestycje, w tym także w 2015 i 2016 roku na rzecz Miasta Gminy Jaworzno.

Mając na uwadze posiadane przez PHU DOMAX doświadczenie w realizacji robót budowlanych, Zamawiający nie ma podstaw twierdzić, iż wykonawca działa irracjonalnie i nie oferuje realnej, rynkowej ceny za wykonanie kontraktu. Cena rynkowa wykonania danej roboty budowlanej, która ustalona jest przez wykonawcę pozwala na wykonanie zamówienia z należytą starannością i zgodnie ze sztuką budowlaną oraz wymaganiami zamawiającego. Rynkowość ceny ofertowej można wykazywać także przez odniesienie się do cen w zrealizowanych umowach. Wodociągi Jaworzno Sp. z o.o. prowadzi obecnie inwestycje polegające na wykonaniu sieci wodociągowej i kanalizacyjnej oraz odtworzeniu nawierzchni drogi w dzielnicy Dąbrowa Narodowa w Jaworznia. Zaoferowane ceny za realizację robót o podobnym zakresie są zbliżone do cen zaoferowanych przez PHI.J DOMAX. Zamawiający miał więc podstawy, by ocenić ofertę złożoną przez PHU DOMAX, jako odpowiadającą cenom rynkowym.

Wpływ na cenę rynkową mają obiektywne czynniki, takie jak: możliwość uzyskiwania obniżek cen w wyniku stałej współpracy wykonawcy z dostawcami, nabywania większych ilości w ramach zawartej umowy i stosowanych często rabatów, a także koszty bezpośrednio związane z funkcjonowaniem przedsiębiorstwa — m.in. posiadanie własnej bazy technicznej, własnego sprzętu, struktura organizacyjna.

Zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi przez PHU DOMAX, na obniżenie kosztów funkcjonowania przedsiębiorstwa przekładającymi się na wysokość oferowanej ceny mają wpływ czynniki takie jak: posiadanie własnej bazy magazynowo-logistyczno-biurowej, własnego sprzętu (m.in. samochody, koparki), brak rozbudowanej struktury organizacyjnej, a także korzystne ceny materiałów budowlanych czy paliwa.

Wykonawca, kalkulując cenę za realizację zamówienia, przyjął stawkę za roboczogodzinę pracowników fizycznych tj. 20,00 zł netto - zgodną z obowiązującym Rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 10.09.2017r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę.

Reasumując, Zamawiający nie miał podstaw do zakwestionowania złożonych wyjaśnień ws. rażąco niskiej ceny i wskazał, że dla przekonania, że cena została poprawnie skalkulowana nie zawsze jest konieczne udowodnienie wydatków. Dodał, że duży wpływ na wysokość oferowanych cen na roboty budowlane ma aktualna sytuacja gospodarcza kraju, która w okresie trwania pandemii COVID-19 jest trudna i dość dynamiczna dla firm budowlanych.

Założenie braku występowania ryzyk, niedoszacowanie kosztów dodatkowych.

Aktualnie na terenie planowej inwestycji — w granicach pasa drogowego wykonywana jest przebudowa ul. Martyniaków w Jaworznie na odcinku od km 0+0,00 do km 1+92. Odwodnienie realizujący przebudowę ul. Martyniaków oraz wykonawca robót kanalizacyjnych muszą ze sobą współpracować. Informacja o konieczności współpracy wynika bezpośrednio z dokumentacji postępowania. Trudno więc podnosić, że DOMAX nie uwzględnił powyższego ryzyka w swojej ofercie. Nadzór nad całą inwestycją, w tym nad terminowością, kolejnością wykonywanych prac ma Zamawiający m.in. poprzez zatwierdzenie harmonogramu prac dla danej inwestycji. Zamawiający wyjaśnił, że niejednokrotnie prowadził inwestycje, gdzie na terenie budowy musiało współpracować kilku wykonawców i nie widzi problemu w koordynacji prac budowlanych w ciągu drogi ul. Martyniaków.

Uznanie, że oferta zawiera rażąco niską cenę przy inwestycji realizowanej w formule „zaprojektuj i zbuduj" jest trudne. Program Funkcjonalno-Użytkowy przewiduje wyłącznie najważniejsze elementy zamówienia i stanowi jedynie zbiór wytycznych obrazujący ogólny kształt inwestycji. Oferta składana w postępowaniu w formule „zaprojektuj i wybuduj" nie odnosi się do szczegółowych rozwiązań, ponieważ ani zamawiający, ani wykonawca nie dysponują jeszcze dokumentacją projektową. Wykonawca ma zatem prawo do czynienia własnych założeń w przedmiocie wyboru sposobu wykonywania danych prac, w granicach określonych w SIWZ (PFU), a także szczegółowych rozwiązań techniczno-materiałowych.

Zamawiający wskazał, że dokonał wyceny wartości szacunkowej zamówienia na podstawie informacji cenowych Sekocenbud zawierających uśrednione ceny - na kwotę: 3 742 875,55 zł netto (4 603 736,93 zł brutto). Zamawiający ma świadomość, iż cenniki Sekocenbudu nie mogą być jedynym odniesieniem dla ustalenia rzeczywistej ceny wykonania roboty budowlanej. a szacunek Zamawiającego nie odnosi się do konkretnych możliwości każdego z wykonawców.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.U.H. Domax A. M. mimo że jej treść jest sprzeczna z SIWZ z uwagi na nieuwzględnienie w niej pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że przedmiotowe zamówienie realizowane będzie w formule „zaprojektuj i zbuduj". Na etapie składania ofert wykonawca dokonuje wyceny zadania tylko na podstawie wytycznych zwartych w Programie Funkcjonalno-Użytkowym i zapisach SIWZ, nie zna wszystkich szczegółowych rozwiązań dotyczących przyszłej inwestycji. Zakłada pewne rozwiązania, które następnie zamierza uszczegółowić w projekcie budowlanym. Dodatkowo, Zamawiający dla realizowanej inwestycji przyjął ryczałtową formę wynagrodzenia. Uzgodniony ekwiwalent należy się za cały — zarówno znany, jak i nieznany dokładnie od początku — przedmiot zamówienia. Rozliczenia stron w razie umówionego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Przy tak przyjętych przez Zamawiającego założeniach dotyczących realizacji przedmiotowego zamówienia nie można stwierdzić, że Firma DOMAX nie uwzględnia wszystkich elementów zamówienia. Zakładając, iż dokonała wyceny na podstawie zapisów Programu Funkcjonalno- Użytkowego i SIWZ nie ma podstaw sądzić, iż oferta nie uwzględnia pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r., wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp".

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 ze zm.), do postępowań odwoławczych wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

Niniejsze odwołanie zostało wniesione w dniu 16 lutego 2021 r., tj. po dniu 31 grudnia 2020 r., w postępowaniu wszczętym przed dniem 1 stycznia 2021 r.

Niniejsze odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nich zarzutów (art. 555 nPzp) podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nPzp) oznacza obowiązek stron i uczestników postępowania odwoławczego do wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 505 ust. 1 nPzp.

Wykonawca A. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U.H. „DOMAX" A. M. z siedzibą w Boronowie skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 3 Pzp.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 91 ust. 1 art. 90 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.U.H. Domax A. M. w sytuacji, gdy dany wykonawca nie wyjaśnił, że jego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj" dla dwóch podmiotów Zamawiającego - Gminy Miasta Jaworzna i Wodociągów Jaworzno Sp. z o.o. Przy tym na rzecz Miasta Jaworzna wykonawca zobowiązany będzie wykonać:
-sieć kanalizacji deszczowej wzdłuż ul. Martyniaków na odcinku od studni D63 do zbiornika retencyjnego ZR2 włącznie w wykonaniem zbiornika, przykanalików i wpustów i wymianą nawierzchni (poz. 1 Formularz ofertowy, tab.1),
-roboty ziemne i demontażowe kanalizacji sanitarnej (poz. 2 Formularz ofertowy, tab.1),
Oraz na rzecz Wodociągów Jaworzno Sp. z o.o. wykonawca zobowiązany będzie wykonać:
roboty montażowe kanalizacji sanitarnej (poz. 1 Formularz ofertowy, tabela 2).

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 3 742 875,55 zł netto, tj. 4 603 736,93 zł z uwzględnieniem podatku VAT.

Zamawiający przyjął w przedmiotowym postępowaniu ryczałtową formę wynagrodzenia wykonawcy za realizację zamówienia. Zamawiający wskazał w SIWZ, że za podstawę określenia wartości wykonania zadania wykonawcy powinni przyjąć Program Funkcjonalno-Użytkowy oraz wytyczne Zamawiającego określone w Specyfikacji Istotnych Warunkach Zamówienia.

W postępowaniu wpłynęły do Zamawiającego trzy oferty: oferta Przystępującego z ceną 2 078 490,90 zł, oferta Odwołującego z ceną 3 046 010,29 zł, oferta wykonawcy wykluczonego z ceną 5 332 050,00 zł.

Odpowiednio, cena oferty Przystępującego stanowi 45,15% wartości zamówienia i 59,63% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, cena oferty Odwołującego stanowi 66,16% wartości zamówienia i 87,39% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, trzecia oferta stanowi 115,82% wartości zamówienia i 152,98% średniej cen wszystkich złożonych ofert.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający pismem z dnia 29 grudnia 2020 r. wystąpił do obu wykonawców (Przystępującego i Odwołującego) w trybie art. art. 90 ust.1a Pzp o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny.

W złożonych pismem z dnia 7 stycznia 2021 r. wyjaśnieniach P.H.U. Domax przedstawił m.in. przyjętą w ofercie wartość prac projektowych - na poziomie 4,8% wartości całej oferty, wskazując przy tym, że koszty projektowania są niewielkie, gdyż nie wymaga ono nakładów materiałowych i sprzętowych, poza sprzętem i oprogramowaniem komputerowym, a ponadto w związku z trudnością wyceny pracy intelektualnej na rynku usług projektowych znaczne różnice cenowe są zjawiskiem powszechnym.

P.U.H. Domax uzasadnił wskazaną wartość prac projektowych, podając, że w poprzednich trzech postępowaniach stosunek wartości prac projektowych do wartości robót budowlanych wyniósł od 2,3% do 5,2%.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, brak jest podstaw do przyjęcia, że wycena kosztów prac

projektowych w przedmiotowym postępowaniu została rzetelnie wyjaśniona i w pełni uzasadniona. Wykonawca nie wykazał, że przyjęta wartość tych prac w jego ofercie jest rynkowa i realna. Wykonawca nie wykazał, że prace projektowe w przedmiotowym postępowaniu mają podobny zakres i stopień złożoności, jak w postępowaniach, na które się powoływał. W ocenie Izby, wyjaśnienia kosztów prac projektowych nie mogą polegać jedynie na wskazaniu procentowego poziomu kosztów w stosunku do wartości robót budowlanych objętych zamówieniem. Konieczne jest przedstawienie realnych kosztów ponoszonych przez danego wykonawcę.

W zakresie kosztów realizacji robót budowlanych P.H.U. Domax uzasadnił cenę oferty, powołując się na bogate doświadczenie oraz specjalizację w robotach objętych zamówieniem, co pozwala, w jego ocenie, na obniżenie ceny oferty. Wykonawca nie wyjaśnił jednakże, w jakim stopniu jego doświadczenie i kwalifikacje stanowią jego przewagę na rynku w stosunku do innych wykonawców, a tym samym w jaki wymierny sposób przekładają się one na cenę oferty.

Wykonawca P.U.H. Domax co prawda wskazał ceny materiałów (rury KD fi 200, rury KD fi 315), koszt odtworzenia nawierzchni po kanalizacji deszczowej (warstwa ścieralna, beton asfaltowy SMA KR-5), a także ceny masy bitumicznej, piasku, jednak nie wykazał, na ile powyższe ceny pozwalają na oszczędności, a tym samym obniżenie ceny oferty w stosunku do regularnych cen rynkowych. Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach także jedynie ogólnie wskazał na sprzyjające warunki realizacji zamówienia w związku z posiadanym przez zbiornikiem na paliwo, który pozwala na odbieranie hurtowych ilości paliwa. Wykonawca nie przedstawił wyliczenia kosztów w tym zakresie, które poniesie przy realizacji zamówienia.

P.U.H. Domax wyjaśnił, że posiada własny nowy sprzęt, który pozwala sprawnie realizować roboty oraz doświadczoną kadrę, jednak nie wykazał, na ile powyższe okoliczności dają mu przewagę nad pozostałymi wykonawcami.

W ocenie Izby, niewielkie znaczenie w niniejszej sprawie można przypisać okoliczności posiadania przez wykonawcę P.H.U. Domaxx nieruchomości, na których urządził on bazę logistyczno-magazynowo-biurową zlokalizowaną ok. **80 km** od miejsca realizacji inwestycji. Tym bardziej, ma to niewielkie znaczenie w sytuacji, gdy wykonawca, zgodnie z wyjaśnieniami złożonymi na rozprawie, przewiduje utrzymywanie sprzętu na budowie przez okres realizacji zamówienia. Przystępujący nie wykazał również żadnych szczegółowych kalkulacji kosztów w powyższym zakresie.

W złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach P.H.U. Domax nie wycenił także ryzyka w postacikonieczności skoordynowania prac wykonawcy z przedsiębiorcą, który już od listopada 2020 r. na zlecenie Zamawiającego prowadzi roboty w pasie drogowym ul. Martyniaków. Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego na zapytania wykonawców (nr 11-15) z dnia 17 grudnia 2020 r., w cenie oferty należało uwzględnić partycypację w kosztach tymczasowej organizacji ruchu, zmiany funkcjonowania komunikacji publicznej oraz konieczność koordynacji prac z wykonawcą robót realizowanych w ramach umowy oraz nie wycenił kosztów dostosowania się technologicznego do harmonogramu podmiotu realizującego roboty budowlane w pasie drogowym ul. Martyniaków. Z wyjaśnień P.U.H. Domax złożonych Zamawiającemu nie wynika, że wykonawca skalkulował w cenie oferty koszty w tym zakresie. Faktycznie, na podstawie założeń poczynionych przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, nie można wykluczyć kolizji robót na tym samym placu budowy i związanych z tym kosztów po stronie wykonawcy tego zamówienia.

Podkreślić także należy, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny złożone przez P.U.H. Domax pismem z dnia 7 stycznia 20201 r. mają charakter wybiórczy, a w pozostałym zakresie bardzo ogólny, zawierają ogólne zapewnienia i deklaracje wykonawcy. W ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw, aby na podstawie tak złożonych wyjaśnień uznać cenę oferty P.U.H. Domax za realną i rynkową oraz gwarantującą prawidłową realizację zamówienia, w szczególności na podstawie wybiórczo podanych cen materiałów oraz ogólnych informacji, których nie można uznać za okoliczności wyjątkowo korzystne i zarazem niedostępne innym wykonawcom działającym na rynku w tej branży.

Zasadny jest zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty P.U.H. Domax A. M., pomimo że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie pełnego zakresu przedmiotu zamówienia.

W ramach inwestycji Zamawiającego wybrany wykonawca robót będzie zobowiązany m.in. do wybudowania kanalizacji sanitarnej. Wykonawca powinien przewidzieć i wycenić kompleksowe wykonanie kanalizacji, począwszy od rozbiórki nawierzchni bitumicznej drogi, poprzez skucie istniejącej stabilizacji, prace ziemne i montażowe kanalizacji, aż do odtworzenia nawierzchni bitumicznej w miejscu jej uszkodzenia z zachowaniem prawidłowej szczelności. Powyższe potwierdza treść PFU, przewidując m.in. konieczność wykonania wykopu z umocnieniem oraz odtworzenia nawierzchni drogi (pkt 3.2 PFU: „Roboty należy wykonać w wykopie umocnionym**”,** pkt 3.1 PFU: „Po wykonaniu robót kanalizacyjnych Wykonawca odtworzy nawierzchnię asfaltową w technologii SMA.”).

Z wyjaśnień P.U.H. Domax wynika, że wykonawca nie uwzględnił w cenie oferty dodatkowego ryzyka związanego z realizacją prac objętych zamówieniem w powyższym zakresie, biorąc pod uwagę, że zamówienie będzie realizowane na terenie objętym robotami przez podmiot trzeci. Jak wskazał ww. wykonawca w wyjaśnieniach z 7 stycznia 2021 r., w jego ocenie, żadne dodatkowe ryzyko, które należałoby wycenić w ofercie, w przedmiotowym postępowaniu nie występuje. Wykonawca nie uzasadnił w żaden sposób tego stanowiska, a jedynie na rozprawie wyjaśnił, że „odtwarzanie nawierzchni w tym postępowaniu jest nieuzasadnione ze względu na interes publiczny. Wskazuje, że nieracjonalne jest położenie nawierzchni, a następnie jej zrywanie w celu wykonania kanalizacji sanitarnej i następnie odtwarzanie tej nawierzchni ponownie. W ocenie przystępującego, prace firmy drogowej wykonywane na tej drodze powinny być wstrzymane na czas wykonania kanalizacji, a następnie wykonawca powinien wykonać nawierzchnię drogi.” Powyższe stanowisko Przystępującego wskazuje m.in., że nie akceptuje on w pełni zakresu przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym zamówieniem. Przystępujący nie wykazał przy tym, że uwzględnił wszystkie koszty rozbiórek i odtworzenia nawierzchni, krawężników, wymiany gruntu, skucia i odtworzenia warstwy stabilizacyjnej oraz zagospodarowania gruntu i powstałych odpadów w ramach pozycji „roboty ziemne i demontażowe” kanalizacji sanitarnej na rzecz Miasta Jaworzna, którą wycenił, zgodnie z ofertą na kwotę 37 200,00 zł. Wykonawca P.U.H. Domax nie przedstawił w wyjaśnieniach z dnia 7 stycznia 2021 r. czynników cenotwórczych tego zakresu inwestycji choć wskazana w ofercie kwota odbiega w znacznym stopniu od pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Jak wskazują wyliczenia przedstawione przez Odwołującego, kwota przyjęta w ofercie tego wykonawcy nie pokrywa wartości robót ziemnych, rozbiórkowych wraz z zagospodarowaniem odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz robót odtworzeniowych po robotach związanych z montażem sieci kanalizacji sanitarnej.

Odnosząc się do wyjaśnień Przystępującego w powyższym zakresie złożonych w postępowaniu odwoławczym, Izba wskazuje, że skoro zamówienie realizowane będzie na rzecz dwóch zamawiających, dzielących zakres odpowiedzialności finansowej zgodnie z warunkami wskazanymi w SIWZ, toniedopuszczalne i niezgodne z SIWZ byłoby przenoszenie kosztów robót pomiędzy poszczególnymi zakresami robót. Za niedopuszczalne należy też uznać przerzucenie części kosztów w ramach pozycji oferty realizowanych na rzecz różnych podmiotów występujących, jako

Zamawiający w tym postępowaniu.

Ponadto, w oparciu o kalkulację dla pozycji „Kanalizacja deszczowa fi 200" oraz „Kanalizacja deszczowa fi 315" stanowiącej załącznik nr 5 do wyjaśnień P.U.H. Domax z dnia 7 stycznia 2021 r. należy zauważyć, że wykonawca P.U.H. Domax przyjął objętość podsypki i obsypki z piasku (materiału dowożonego) na długości 1m jednakowo w przypadku rury o średnicy fi200 mm i fi315 mm i wynosi 0,4 m^3 (w przekroju 0,4 m^2).

W świetle PFU, gdzie w pkt. 3.2 grubość podsypki wskazano na 20 cm**,** zaś grubość obsypki na 30 cm, rzeczywiste objętości dla założonej przez Domax szerokości wykopu 1,2 m powinny kształtować się w większej ilości niż w swoich obliczeniach P.U.H. Domax przyjął jako 0,4 m^3. Powyższe potwierdza, że oferta tego wykonawcy nie przewiduje wykonania podsypki i obsypki w ilości zgodnej z PFU, co stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Przystępujący na rozprawie wyjaśnił, że rzeczywisty koszt robót - kanału sanitarnego wraz z odtworzeniem w jego ofercie wynosi 530.000,00 zł. Kalkulację w powyższym zakresie przedstawił w załączeniu do swojego pisma z 18 marca 2021 r.. co jest działaniem spóźnionym w kontekście art. 90 ust. 2 Pzp. Podobnie za spóźnione należy uznać przedstawione przez Przystępującego w załączeniu do pisma z 18 marca 2021 r. (na rozprawie) ceny jednostkowe i kalkulacje kosztów robót ziemnych oraz wykonania podsypek i obsypek.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że Program Funkcjonalno-Użytkowy przewiduje najważniejsze elementy zamówienia i stanowi zbiór wytycznych obrazujący ogólny kształt inwestycji, a wykonawca ma prawo do czynienia własnych założeń w przedmiocie wyboru sposobu wykonywania danych prac, ale w granicach określonych w SIWZ (PFU), a także szczegółowych rozwiązań techniczno-materiałowych. Nie sposób jednak zgodzić się z twierdzeniem, że skoro przy ryczałtowej formie wynagrodzenia „uzgodniony ekwiwalent należy się za cały — zarówno znany, jak i nieznany dokładnie od początku — przedmiot zamówienia", to wyjaśnienia co do sposobu kalkulacji ceny oferty mogą być ogólne, wybiórcze i niepoparte szczegółową kalkulacją kosztów, uwzględniającą w szczególności ryzyko wynikające z okoliczności, że wykonawca na etapie sporządzania oferty nie dysponuje dokładnymi i szczegółowymi informacjami odnośnie przedmiotu zamówienia, które mógłby jednoznacznie i precyzyjnie wycenić. Zaufanie Zamawiającego do deklaracji składanych przez wykonawcę musi być oparte wyłącznie na konkretnych i mierzalnych okolicznościach, które mają rzeczywiście wpływ na wysokość ponoszonych przez wykonawcę kosztów.

Reasumując, w ocenie Izby, wykonawca P.U.H. Domax nie wykazał w ramach złożonych wyjaśnień, że cena złożonej przez niego oferty nie jest ceną rażąco niską, tj. obejmującą wszystkie koszty konieczne do poniesienia na realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w SIWZ. W tym wykonawca nie wykazał, że przewidział w ofercie i skalkulował realizację całego zakresu prac wymaganych przez PFU. Zamawiający nie miał zatem podstaw, aby w oparciu o złożone wyjaśnienia uznać, że cena ta nie jest rażąco niska. Zamawiający powinien zatem odrzucić tę ofertę w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 i pkt 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 i art. 554 ust. 3 pkt 1 lit. a nPzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: ….....……..