Sygn. akt: KIO 557/21

WYROK
z dnia 11 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący:Katarzyna Poprawa

Protokolant: Łukasz Listkiewicz
po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **konsorcjum Rokom Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i Rokom Infrastruktura Spółka**
z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Izabelin Mokre Łąki Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Truskawiu
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **M.F., P.F. i P.F. działających w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usługowy MARTEL spółka cywilna M.F., P.F., P.F. w Milęcinie przystępujących po stronie zamawiającego**

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez M.F., P.F. i P.F. działających w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usługowy MARTEL spółka cywilna M.F., P.F., P.F. w Milęcinie z postępowania, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 4 i art. 90 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża Gminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Izabelin Mokre Łąki Sp. z o.o. w Truskawiu i:

1.1.zalicza na poczet kosztów kwotę 20 000,00 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez konsorcjum Rokom Sp. z o.o. w Warszawie i Rokom Infrastruktura Sp. z o.o. Sp. K. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

1.2.zasądza od Gminnego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Izabelin Mokre Łąki Sp. z o.o. w Truskawiu na rzecz konsorcjum Rokom Sp. z o.o. w Warszawie i Rokom Infrastruktura Sp. z o.o. Sp. K. w Warszawie kwotę 23 600,00 zł (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 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 557/21

Uzasadnienie

Zamawiający – Gminne Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Izabelin Mokre Łąki Sp. z o.o. w Izabelinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej w ul. Sierakowskiej i ul. Abrahama
w Sierakowie – etap II. Nr postępowania: JRP/RB/9/2020.
Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonym, na podstawie ustawy
z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 1843 z późn. zm.) zwanej dalej „ustaw” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 155-380152 z dnia 12 sierpnia 2020 r.

W dniu 22 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Konsorcjum Rokom Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - lider konsorcjum oraz Rokom Infrastruktura Sp. z o.o.
Sp. k. z siedzibą w Warszawie – partner konsorcjum, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na: wyborze jako oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Zakład Usługowy MARTEL s.c. M.F. P.F. P.F., Milęcin 37,05-840 Brwinów (dalej jako „MARTEL") i w odniesieniu do tej oferty
-zaniechaniu odrzucenia z Postępowania pomimo, że oferta tego wykonawcy zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a wykonawca wezwany do wyjaśnień ceny i przedłożenia stosownych dowodów nie wykazał, aby było inaczej,
-zaniechanie odrzucenia oferty **pomimo, że treść złożonych przez wykonawcę Martel wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca** przewidział realizację; przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu technologii **wprost** niezgodnej **z wymaganiami SIWZ**
a także, że zaoferował w postępowaniu urządzenia równoważne z pominięciem wskazania tego w treści oferty i przy zaniechaniu udowodnienia równoważności,
co przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SIWZ ma wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej
w postępowaniu, o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty otrzymanego w formie wiadomości email od Zamawiającego z dnia 10.02.2021r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 4 Pzp oraz 90 ust 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Martel pomimo, że zawiera rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia,
2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Martel pomimo, że treść złożonych przez wykonawcę Martel wyjaśnień ceny potwierdza, że wykonawca zarówno dokonywał wyceny, jak i przewidział realizację przedmiotu zamówienia przy zastosowaniu technologii wprost niezgodnej z wymaganiami SIWZ; dodatkowo poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z urządzeniami równoważnymi pomimo niewskazania tego w ofercie i niewykazania równoważności w trybie art. 30 ust 5 Pzp,
3. naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,
2. Odrzucenia oferty wykonawcy Martel**,**
3. Powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania została uplasowana w rankingu na kolejnej pozycji po wykonawcy Martel.

W sytuacji eliminacji kwestionowanej odwołaniem ofert, kolejną zgodnie z rankingiem ofert według przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, a jednocześnie ważną ofertą, będzie oferta Odwołującego. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

W uzasadnieniu, Odwołujący wskazał, że Zgodnie z SIWZ, (Rozdział XXI Opis sposobu obliczenia ceny):

1. *Podana przez Wykonawcę cena oferty (wynagrodzenie) będzie wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks Cywilny (Dz.U. 2019 poz. 1145 z późn. zm.).*
2. *Zamawiający oceniając oferty pod względem ceny będzie brał pod uwagę łączną* cenę *jaką przedstawi Wykonawca* za *wykonanie całego zamówienia - zgodnie z Formularzem Oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ.*
3. *Cena oferty (wynagrodzenie) musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, powinna zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia,* z e *szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia*; *załącznikach do SIWZ oraz w projekcie umowy.*
4. *Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty - załącznik nr 1 do SIWZ i powinna wprost wynikać z wypełnionych Tabel Elementów Scalonych znajdujących się w ofercie.*
5. *Wskazane w ofercie ceny jednostkowe są pomocnicze i stanowią rozwinięcie ceny ryczałtowej.*
6. *Oferowane ceny robót muszą uwzględniać wszystkie koszty robocizny; materiałów (w tym wszystkie urządzenia, materiały, wyroby - jeżeli występują) wraz z kosztami ich zakupu, pracy sprzętu i środków transportu technologicznego niezbędne do wykonania robót objętych danymi pozycjami w tabelach elementów scalonych oraz koszty pośrednie i zysk.*
7. *Sposób zapłaty i rozliczenia za realizację niniejszego zamówienia, określone zostały w części II SIWZ (wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego).*

Na potrzeby oferty obowiązkiem wykonawców była prezentacja łącznej ceny, ale jednocześnie Formularz ofertowy zawierał rozbicie ceny na poszczególne elementy składowe w tym w podziale na koszty budowy sieci wodociągowej, budowy sieci kanalizacyjnej wraz z przepompownią ścieków, budowy odrzutów sieci kanalizacyjnej i w rozbiciu ma poszczególne elementy scalone dla poszczególnych sieci, w tym min:

*koszty odwodnienia wykopów
*koszty odtworzenia terenu/nawierzchni

Koresponduje z powyższym treść Wzoru umowy – Część II SIWZ Załącznik nr 8 do SIWZ, zgodnie z którym:

§16

[wynagrodzenie]

1. *Obowiązującą formą wynagrodzenia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz ofertą Wykonawcy jest wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019* r. *poz. 1145 z póź. zm.*

Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 (dalej Wynagrodzenie), jest wynagrodzeniem całkowitym za wykonanie Przedmiotu Umowy i obejmuje także, w szczególności, koszty związane z wykonaniem, utrzymaniem i likwidacją terenu budowy wraz z zapleczem, zapewnieniem zasilania terenu budowy w media, doprowadzeniem mediów, zużyciem wody, energii elektrycznej, usuwaniem wszelkich odpadów bytowych, utrudnieniami wynikającymi z prowadzenia robót, sporządzeniem dokumentacji powykonawczej i innej przewidzianej umową, uzyskaniem wymaganych zezwoleń, uzgodnień i opinii oraz z wszystkimi innymi usługami, robotami i innymi czynnościami koniecznymi do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy i przekazania do eksploatacji. Wynagrodzenie obejmuje również wynagrodzenie za przeniesienie autorskich praw majątkowych oraz zezwolenie na **wykonanie osobistych praw autorskich i autorskich praw zależnych oraz przeniesienie prawa własności nośników, na których dokumentacja zostanie utrwalona.**

Zestawienie ofert w postępowaniu. Podstawa wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Zgodnie z danymi zawartymi w złożonej przez Martel ofercie zaniżenie wynagrodzenia
w przypadku tego wykonawcy kształtowało się na następującym poziomie:
-cena oferty Martel w stosunku do średniej arytmetycznej cen ofert w Postępowaniu - 28,43%
-cena oferty Martel w stosunku do wartości zamówienia - 53, 47%

W tej sytuacji wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty tego wykonawcy było obligatoryjne i racjonalnie uzasadnione poziomem niedoszacowania wyceny.

Wezwanie nr 1 do wyjaśnień ceny wykonawcy Martel.

Zamawiający wezwał w dniu 6 października 2020 r. wykonawcę Martel do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oferty na

podstawie art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp.
Zamawiający w treści wezwania poza przywołaniem treści art. 90 Pzp w sposób wyraźny oczekiwał przedstawienia konkretnych informacji oraz dowodów na realność wyceny ofertowej - wskazując, że zaoferowana cena budzi wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia.
Zgodnie z wezwaniem Zamawiający wymagał w szczególności podania następujących szczegółowych danych:
1)stawek przyjętych do realizacji zamówienia dla osób będących wykonywać roboty budowlane;
2)stawek lub kosztów przyjętych do realizacji zamówienia przez Kierownika budowy i innych osób kierujących robotami budowlanymi, jeżeli Wykonawca przewidział osoby do kierowania robotami w ramach realizacji zamówienia;
3)kosztów materiałów przewidzianych do budowy sieci wodociągowej w *rozbiciu na poszczególne elementy wraz z dowodami potwierdzającymi wskazane koszty;*
4)kosztów materiałów przewidzianych do budowy sieci kanalizacyjnej sanitarnej wrozbiciu na poszczególne elementy wraz z dowodami potwierdzającymi wskazane koszty;
5)kosztów materiałów przewidzianych do budowy odrzutów kanalizacji grawitacyjnej w wzbiciu na poszczególne elementy wraz z dowodami potwierdzającymi wskazane koszty;
6)kosztów przepompowni ścieków wraz z szafą sterowniczą wraz z dowodami potwierdzającymi wskazane koszty;
7)jaką powierzchnie odtworzenia terenu/nawienchni przyjął Wykonawca zgodnie Wytycznymi odtworzenia nawierzchni dróg gminnych (Ad. 3 odtworzenie nawierzchni bitumicznej) stanowiącymi załącznik nr 1a do Opisu Przedmiotu Zamówienia, który stanowi załącznik nr 9 do SIWZ;
8)kosztów materiałów przewidzianych do odtworzenia terenu nawierzchni w rozbiciu na poszczególne elementy wraz z dowodami potwierdzającymi wskazane koszty:
Mając na względzie fakt, że wycena ofertowa miała charakter ryczałtowy należy mieć na uwadze, że Zamawiający nie posiadał, co prawda, w ofercie wykonawców kosztorysów, jednak oferta zawierała na Formularzu ofertowym rozbicie ceny na poszczególne elementy składowe zamówienia.
Wyjaśnienie ceny nr 1 przez Martel.
Wykonawca Martel złożył w dniu 12 października 2020 r. na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 października 2020 r. wyjaśnienia, które nie obaliły domniemania rażąco niskiej ceny, a w ocenie Odwołującego wręcz potwierdziły, że wycena ofertowa ma zaniżony i nierealny oraz nierynkowy charakter. Złożone wyjaśnienia ceny były bardzo lakoniczne, ograniczające się do podania ogólnych kosztów, którymi Zamawiający dysponował już w formularzu ofertowym tego wykonawcy.
Zamawiający dokonał w dniu 23 listopada 2020 r. czynności wyboru oferty Martel jako najkorzystniejszej. Wobec zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty Martel oraz kolejnego w rankingu ofert wykonawcy Usługi Transportowe - D.D. - Odwołujący wniósł do KIO odwołanie.
Izba orzeczeniem **sygn.** akt KIO **3192/20 z** dnia 29 grudnia 2020 r. uwzględniła odwołanie a jednocześnie nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie badania i oceny ofert, w tym w odniesieniu do wykonawcy Martel:
- **ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny, w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p. wykonawcy Martel.** Zgodnie z sentencją Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 90 ust. 1 iprzedwcześnie zakończył postępowanie wyjaśniające cenę w zakresie oferty Martel a samo postępowanie wyjaśniające sposób kalkulacji ceny należało kontynuować, celem jednoznacznego wykazania realności cen, albo stwierdzenia, że są ona rażąco niskie. Izba uznała, że zaistniała potrzeba doprecyzowania elementów składających się na kalkulację ceny ofert i wobec treści wyjaśnień zamawiający był zobowiązany do kontynuowania procesu weryfikacji sposobu obliczenia ceny. Sprecyzowanie wątpliwości i oczekiwań ze strony zamawiającego umożliwiłoby wykonawcy odniesienie się do nich na odpowiednim poziomie szczegółowości, a zatem dostarczenie na tyle precyzyjnego materiału dowodowego i wyjaśnień, aby uczynić proces kwalifikacji ceny jako rynkowej, bądź rażąco niskiej, procesem realnym i zgodnym z wymogami ustawy Pzp, czego w postępowaniu objętym sporem zaniechano. Zdaniem Izbyzamawiający naruszył przepisy ustawy, bowiem jedynie zapoczątkowali proces wyjaśnienia ceny zaoferowanej przez Martel natomiast z niezrozumiałych przyczyn przerwał go i dokonał przedwczesnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonanie wyroku KIO przez Zamawiającego. Ponowne wezwanie do wyjaśnień ceny Martel. Wyjaśnienia Wykonawcy.
Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia 2011 r. skierował do Martel kolejne wezwanie do wyjaśnień ceny.
Treść wezwania konkretyzowała elementy wyceny które wykonawca miał obowiązek wyjaśnić i udowodnić.
1. Odwodnienie terenu.
Zgodnie z wezwaniem Zamawiający oczekiwał podania przez wykonawcę następujących szczegółowych informacji w zakresie skalkulowanych kosztów odwodnienia:
1.Wykonawca w ofercie przyjął koszt robót odwodnienia wykopów w wysokości 4 000 zł netto.
Zamawiający wzywa do wyjaśnienia założeń przyjętych do wyceny kosztów odwodnienia poprzez:
-wskazania jak liczono koszty odwodnienia,
-wskazania podstawy obliczenia kosztów odwodnienia,
-wskazania sposobu obliczenia kosztów odwodnienia.
Wykonawca Martel udzielając wyjaśnień wskazał:
Sposób wyceny odwodnienia – przyjęto w ofercie 4.000,00 zł netto.
Koszty odwodnienia przyjęte i wyliczone zostały na podstawie własnej analizy dokonanej po wykonanych robotach budowy kanalizacji sanitarnej w ul. Abrahama w Sierakowie -- Etap I. W trakcie prowadzonych robót wodę gruntową stwierdzono jedynie w momencie montażu zbiornika przepompowni na głębokości 4,5 m od powierzchni terenu. Na pozostałym terenie, poza występowaniem miejscowych sączeń woda gruntowa nie występowała. Zaznaczyć bym tu chciał, że załączona dokumentacja geotechniczna wykonana została w Marcu 2014 roku, w okresie w którym występowanie opadów było na poziomie dużym co przyczyniało się do utrzymywania wysokiego stanu wód gruntowych.
W okresie 2017 - 2020 mamy do czynienia ze spadkiem ilości opadów co przyczynia się do występowania suszy i zaniku wód gruntowych. Prace nasze wykonywane były na przełomie lat 2018 - 2019 w okresie miesięcy identycznym w który planowane są roboty tej inwestycji, gdzie zauważalny już był znaczny spadek

wód gruntowych. Na podstawie tej, przyjęto w wycenie, koszt odwodnienia wynoszący 4.000,00 zł potrzebny Nam jedynie do odwodnienia wykopu dla montażu zbiornika przepompowni. Koszt ten jest adekwatny do przyjętej wyceny, gdyż wszelki niezbędny sprzęt do prowadzenia odwodnienia posiadamy na własnym wyposażeniu (3 zestawy pomp i igłofiltrów) i nie ponosimy z tego tytułu np. kosztów wynajmu.

Ponadto dodać bym chciał, że w złożonym wcześniej wyjaśnieniu, pismo z dn. 12.10.2020r, przyjęto uzyskanie zysku na poziomie 226.400,00 zł netto, wobec czego, posiadamy zapas finansowy na ewentualne zwiększenie kosztów odwodnienia w przypadku wystąpienia takiej konieczności.

Złożone wyjaśnienie dowodzi wprost, że pominięto w wycenie całkowicie koszty odwodnienia, a w formularzu ofertowym jest to drastycznie zaniżony koszt na poziomie 4.000 zł.

Pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu dokonali wyceny powyższego zakresu w następujący sposób: Usługi Transportowe D.D. 70.000 zł, Odwołujący na poziomie 273.000 zł, Mrozek - 205.680 zł, Instal-Bud 72.118 zł

W postępowaniu elementem opisu przedmiotu zamówienia, jaki mieli obowiązek uwzględnić w wycenie wykonawcy, była w szczególności dokumentacja geotechniczna. Wykonawca uznał, że pomimo, że potwierdza ona występowanie znaczących ilości wód gruntowych na terenie placu budowy, może te koszty całkowicie pominąć w wycenie.

Wbrew twierdzeniom Martel, uwzględnienia wymaga w odniesieniu do kosztów odwodnienia, które należy obowiązkowo uwzględnić - a nie pominąć, że to konkretne warunki konkretnego placu budowy zdeterminują faktyczny zakres prac odwodnieniowych.

Zważywszy na długość placu budowy, jak również obiektywne okoliczności - w tym związane z tegoroczną zimą, która uwzględniając ilość pokrywy śnieżnej spowoduje bez wątpliwości konieczność zastosowania kosztownego odwodnienia, wyjaśnienie jakie złożył Martel wprost potwierdza, że cena ofertowa nie zawiera w ogóle wyceny kosztów odwodnienia**.**

Cała argumentacja Martel sprowadza się do odwołania do doświadczenia, jakie posiada wykonawca w latach 2018/2019 na terenie gminy Zamawiającego,

Argumentacja ma sprawić wrażenie, że wszyscy pozostali wykonawcy, nieświadomi warunków lokalnych, uwzględniając koszty odwodnienia, popełnili błąd przewidując w ogóle odwodnienie placu budowy, bowiem w istocie ten zakres rzeczowy robót faktycznie w ogóle nie występuje.

Odnosząc się do treści wezwania, Zamawiający oczekiwał prezentacji konkretnych kosztów i sposobu kalkulacji odwodnienia robót, wykonawca potwierdził wprost ich pominięcie w wycenie.

Mając świadomość braku, że faktycznie pominięto w wycenie roboty odwodnieniowe, Odwołujący asekuracyjnie stwierdza, że zysk, jaki założył na całości robót, ma być

w przypadku wystąpienia kosztów odwodnienia buforem bezpieczeństwa. O iluzoryczności tych twierdzeń świadczy zestawienie realnych kosztów odwodnienia, jakie przyjęli pozostali wykonawcy - profesjonalni przedsiębiorcy z branży robót budowlanych, zaprezentowane powyżej.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, treść złożonych wyjaśnień ceny Martel potwierdza całkowite i bezpodstawne, a także niezgodne z dokumentacją postępowania całkowite pominięcie w wycenie kosztów robót odwodnieniowych.

2. Koszty odtworzenia nawierzchni/poboczy.

Zgodnie z wezwaniem Zamawiający oczekiwał podania przez wykonawcę następujących

szczegółowych informacji w zakresie skalkulowanych kosztów odtworzenia nawierzchni/poboczy:

2. Wykonawca w ofercie przyjął koszt robót odtworzenia terenu/nawierzchni w wysokości 9 800,00 zł netto,

Zamawiający wzywa do wyjaśnień założeń przyjętych do wyceny kosztów odtworzenia terenu/ nawierzchni, w tym do wskazania:

-szacowanej wielkości powierzchni terenu do odtworzenia,

-podstawy obliczenia kosztów odtworzenia terenu,

-sposobu obliczenia kosztów odtworzenia terenu,

-wskazania materiałów przewidzianych do odtworzenia terenu nawierzchni w rozbiciu na poszczególne elementy wraz z dowodami potwierdzającymi wskazane koszty.

Wykonawca udzielając wyjaśnień wskazał:

2.Koszt odtworzenia nawierzchni — przyjęto 9.800,00 zł netto.

Koszt odtworzenia nawierzchni drogowych został skalkulowany także, z posiadanego doświadczenia z poprzedniej inwestycji. W założeniu do składanej oferty, przyjęty został następujący sposób prowadzenia robót - sieć wodociągowa i kanalizacja tłoczna wykonana zostanie przewiertami sterowanymi z wykonaniem komór przewiertowych

i montażowych poza jezdnią w poboczu nieutwardzonym, zaś kanalizacji grawitacyjnej wykopem otwartym, z tym, że przejścia poprzeczne odrzutów kanalizacji wykonane będą przeciskami w technologii bez naruszania konstrukcji jezdni z jednoczesnym montażem rur zgodnych z OPZ. Nadmieniam, że 100% sieci kanalizacji sanitarnej biegnie

w nieutwardzonym poboczu drogi. Przyjęte w Przedmiarze Robót przez Zamawiającegowielkości odtworzenia drogi były jedynie pomocnicze, a jedynym właściwym sposobem obliczenia kosztów odtworzenia nawierzchni możliwe było po dokonaniu wizji lokalnej terenu. Wszelkie prace odtworzeniowe nawierzchni wykonujemy we własnym zakresie, łącznie z wykonaniem napraw asfaltowych. W załączonych do dokumentacji przetargowej wytycznych Urzędu Gminy Izabelin dotyczących sposobu odtworzenia zawarte zostały informacje o sposobie odtworzenia nawierzchni ul. Abrahama w Sierakowie. Zgodnie

z nimi określono, że nawierzchnia ul. Abrahama jest nawierzchnią bitumiczną. Tak jak opisywałem wcześniej, prace w miejscach występowania sieci pod drogą asfaltową (sieć wodociągowa, odrzuty kanalizacyjne) wykonane będą przewiertami sterowanymi (wodociąg) i przeciskami pneumatycznymi (odrzuty kanalizacyjne) bez naruszania konstrukcji ulicy. Gmina Izabelin, w wydanych wytycznych nie określiła dokładnego sposobu odtworzenia poboczy nieutwardzonych, a w związku z tym przyjęliśmy odtworzenie do stanu pierwotnego czyli wykonanie poboczy nieutwardzonych gruntowych. Odtworzenie takie wykonane było w poprzedniej inwestycji i odebrane zostało przez Gminę Izabelin bez uwag. Przyjęte wielkości do odtworzenia:

- sieć wodociągowa - 1824,0 mb - ilość komór przewiertowych i montażowych w poboczu drogi 18 szt. x 8 m^2 (4 x 2 m) daje 144 m^2 odtworzenia pobocza drogi z obsianiem trawą – przyjęto koszt 360,00 zł,

- sieć, kanalizacji tłocznej — 497,0 mb ilość komór przewiertowych i montażowych

w poboczu drogi — 4 szt. x 4 m^2 (2 x 2 m) daje 16 m^2 odtworzenia pobocza drogi

z obsianiem trawą przyjęto koszt 40,00 zł,

- siec kanalizacyjna grawitacyjna — 1575,0 mb — wykop otwarty w poboczu drogi wielkość pasa do odtworzenia 1575,0 m x 2,0 m szerokości daje 3150,0 m2 odtworzenia pobocza drogi z obsianiem trawą — przyjęto koszt 7.875,00 zł.
- odrzuty kanalizacji grawitacyjnej - 20 szt. wykop otwarty poboczach drogi - wielkość pasa do odtworzenia na 1 odrzut około 30 m^2 dla komór przeciskowych co daje około 600,0 m2 — odtworzenie poboczy drogi z obsianiem trawą - przyjęto koszt 1525 00 zł (nadmieniam, że przejścia poprzeczne przez nawierzchnię asfaltową ul, Abrahama wykonane będą przeciskami bez naruszania konstrukcji drogi, wobec czego odtworzenie nawierzchni asfaltowych nie jest brane pod uwagę).

Chciałbym dodać, że odtworzenie nawierzchni gruntowej poboczy wykonane zostanie gruntem rodzimym (odłożonym na czas budowy), a zakup np. humusu uwzględniony został w kosztach materiałowych.

Zamawiający przewidział w przedmiarach 1.800 m^2 odtworzenia nawierzchni bitumicznych oraz 612 m^2- odtworzenia nawierzchni z tłucznia kamiennego. Pozycja powyższe stanowi istotny element składowy wyceny, a informacja na temat zarówno ilości przewidzianej nawierzchni, jak i szczegółowych informacji nt. sposobu wyliczenia tego elementu zamówienia oraz źródeł tych kosztów, została w wyjaśnieniach całkowicie pominięta.

Porównawczo przyjęte w formularzu ofertowym pozostałych wykonawców koszty odtworzenia nawierzchni wynosiły: Martel 9.800 zł, Usługi Transportowe D.D. 70.000 zł, Odwołujący 290.000 zł, Mrozek 187.365 zł, Instal-Bud 305.764 zł.

Koszty, jakie zamierza ponieść w celu wykonania zamówienia Martel można uznać za symboliczne, a z drugiej strony ponownie nie znajdujące całkowicie oparcia w dokumentacji zamówienia i faktycznych warunkach terenowych, tylko w bliżej nieokreślonym doświadczeniu Martel oraz dokonanej przez niego „wizji lokalnej" .

W zakresie zaprezentowanych w wyjaśnieniu kosztów odtworzenia poboczy:

Wykonawca Martel twierdzi, że:

-100% sieci kanalizacji sanitarnej biegnie w nieutwardzonym poboczu drogi

-Gmina Izabelin, w wydanych wytycznych nie określiła dokładnego sposobu odtworzenia poboczy nieutwardzonych, a w związku z tym przyjął odtworzenie do stanu pierwotnego czyli wykonanie poboczy nieutwardzonych gruntowych,

-przyjęte zakres i koszty odtworzenia poboczy dla sieci wodociągowej to - 144 m^2 odtworzenia pobocza drogi z obsianiem trawą - <u>360 00 zł,</u>

-przyjęte zakres i koszty odtworzenia poboczy dla sieci kanalizacji tłocznej to - 16 m2 odtworzenia pobocza drogi z obsianiem trawą - <u>40 00 zł,</u>

-przyjęte zakres i koszty odtworzenia poboczy dla sieci kanalizacji grawitacyjnej to – 3150,0 m^2 odtworzenia pobocza drogi z obsianiem trawą - <u>7.875,00 zł,</u>

-odtworzenie nawierzchni gruntowej poboczy wykonane zostanie gruntem rodzimym (a zakup np. humusu) uwzględniony został w kosztach materiałowych.

Wbrew twierdzeniom Martel rzeczywiste koszty odtworzeń poboczy są znaczące,
a wycena uwzględnia je na całkowicie symbolicznym poziomie. Faktycznie ciąg uliczny jest prowadzony nie wzdłuż pól itp., ale przez miejscowość, w której w ciągu drogi są obecne liczne zjazdy bitumiczne, chodniki, duży parking.

Roboty polegają na tym, że w jednym poboczu wykonawca Martel przewiduje wykonanie bezwykopowo wodociągu, zaś w drugim poboczu - już <u>wykopem otwartym</u> kanalizację grawitacyjną, co sam przyznał w wyjaśnieniach.

Warunki terenowe potwierdzają wprost, że nie ma możliwości zasypania gruntem
i zasiania trawy poboczy, jak wycenił to Martel, ponieważ w ciągu drogi są zjazdy bitumiczne, z kostki oraz parking. Faktycznie do odtworzenia jest ok. 1,5 km poboczy, gdzie poza zjazdami i chodnikami dokumentacja wymusza odtworzenie poboczy <u>tłuczniem gr. 15 cm</u>.

Dodatkowo część wodociągu jest zlokalizowana pod nawierzchnią bitumiczną - co powoduje, że do wykonania robót metodą bez wykopową konieczne będzie wykonanie około kilkunastu komór startowych, które same w sobie wymuszą odtworzenia na około 300 m^2 nawierzchni jezdni. Na szczególną uwagę zasługuje rejon skrzyżowania ulic Abrahama
i Sierakowskiej, gdzie konieczność wybudowania podziemnej sieci wodociągowej i jej załamanie pod kątem prostym wymusza odtworzenie w zasadzie całego skrzyżowania
o nawierzchni bitumicznej.

Wg Odwołującego szacowany koszt samych odtworzeń pobocza wynosi minimum 1500 m x 0,75 x 30 zł = 33.750 zł.

Szacowany koszt odtworzeń jezdni to co najmniej 300 m^2 x 250 zł = 75.000 zł.

Powyższe potwierdza, że marny do czynienia z ilościami i wartościami całkowicie pominiętymi w wycenie ofertowej.

Odnośnie kwestii materiałów, z jakich Martel zamierza dokonać odtworzenia nawierzchni poboczy - wykonawca wskazuje w każdym przypadku, że odbędzie się to *„odtworzenie nawierzchni gruntowej poboczy wykonane zostanie gruntem rodzimym".*

Zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami:

Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (tj. Dz.U. 2016 poz. 124 ze zm.) *§ 37*

1.*Pobocza gruntowe drogi klasy GP i dróg niższych klas powinny mieć szerokości,*
z zastrzeżeniem § 38, nie niniejsze niż:
<u>4) 0,75 m - na drodze klasy L lub D.</u>

Zgodnie z § 40 Rozporządzenia:

2.*Gruntowe pobocze, o którym mowa w § 37 ust. 1 i w § 38 ust. 4, <u>powinno mieć nawierzchnie co najmniej gruntową ulepszoną.</u>*

Nawierzchnia gruntowa ulepszona to mieszanina gruntu z piaskiem, żwirem i gliną, zagęszczona do odpowiedniego stopnia zagęszczenia.

W przedmiotowym postępowaniu zgodnie z obowiązującą dokumentacją ma to być pobocze
o nawierzchni tłuczniowej - nie może być to. grunt rodzimy obsiany trawa, jak zamierza wykonać i wycenił w ofercie Martel.

Wykonanie odtworzenia poboczy w sposób, w jaki zamierza wykonać Martel, jest wprost niezgodny z SiWZ, jak i nawet z powołanymi obowiązującymi przepisami.

Martel w wyjaśnieniach wskazuje, że odtworzenia poboczy zostanie wykonanie gruntem rodzinnym odłożonym na czas budowy i obsiane trawą, a jako argumenty na rzecz dopuszczalności takiego sposobu wykonania zamówienia podaje:

1. Gmina Izabelin w podanych w SIWZ rzekomo nie określiła w wytycznych sposobu odtworzenia poboczy,
2. Taki sposób odtworzenia został przez Martel wykonany na poprzedniej inwestycji,
3. Dodatkowo w trakcie rozprawy przed KIO Martel oświadczył, że przed złożeniem ofert w postępowaniu miało dojść do spotkania właściciela firmy Martel z Pracownikiem Zamawiającego, podczas którego ustalono, że Martel może w ten sposób odtwarzać pobocza (w trakcie rozprawy Martel nie chciał ujawnić danych tego pracownika).

Aktualny projekt nie jest tą samą inwestycja, którą wykonywał poprzednio na zlecenie Zamawiającego Martel.
Projektant w obowiązującej wszystkich wykonawców i Zamawiającego dokumentacji określił jednoznacznie, jak ma wyglądać wykonanie odtworzenia pobocza - inwestycja musi być wykonana zgodnie z dokumentacją, a wycena ofertowa musiała uwzględnić faktyczny zakres rzeczowy zamówienia. Dodatkowo wskazać należy, że poza naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 oraz 29 Pzp, mówilibyśmy wprost o nieuzasadnionym faworyzowaniu jednego z wykonawców, a także nieporównywalności ofert, Formuła przedmiotowego zamówienia to wykonanie robót na podstawie obowiązującej dokumentacji, która jest integralną częścią SIWZ, a nie projektowanie czy „optymalizacja" projektu.

Dokumentacja obowiązująca w postępowaniu w jednoznaczny sposób precyzuje sposób odtworzenia nawierzchni gruntowych - zgodnie z wymaganiami na stronie 24 opisu technicznego kanalizacji sanitarnej:

3.Odtworzenie nawierzchni gruntowej

Na zagęszczonym podłożu należy ułożyć warstwę z tłucznia o grubości 15cm spełniającego wymagania normy PN-B-11113.

- I warstwa z kruszywa łamanego frakcji 0/63mm grubości 10 cm
- II warstwa klinująca z klińca frakcji 0/31,5mm grubości 5cm.

Zakres rzeczowy odtworzenia na szerokości wykopu z zakładkami po 0,5m z obu stron wykopu.

4.Odtworzenie pobocza

Na zagęszczonym podłożu należy ułożyć warstwę z tłucznia o głębokości 15cm spełniającego wymagania normy PN-B. 11113

- I warstwa z kruszywa łamanego frakcji 0/63mm grubości 10 cm
- II warstwa klinująca z klińca frakcji 0/31,5mm grubości 5cm.

Zakres rzeczowy odtworzenia na szerokości wykopu z zakładkami po 0,5m z obu stron wykopu.

Powyższe ustalenia potwierdzają, że:

- wyjaśnienia dowodzą, że zaniżona wycena ofertowa ma bezpośredni związek z wyceną niezgodnego z dokumentacją przetargową zakresu rzeczowego robót. Powyższe stanowi poza podstawą odrzucenia oferty na pod stawie rażąco niskiej ceny także samodzielną podstawę odrzucenia ofert Martel na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Jak wskazuje orzecznictwo Izby, przypadku gdydy procedura wyjaśniająca cenę potwierdza niezgodność: treści oferty z treścią SIWZ, poza podstawą odrzucenia oferty z powodu rażąco ryskiej ceny oferta podlega samodzielnie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1. pkt 2 Pzp. Jak wynika z wyjaśnień, nie mamy do czynienia z „omyłką" ale ze świadomym zamiarem wykonania i wyceną niezgodnie z zakresem rzeczowym zamówienia.

Zastosowanie innej technologii niż wymagana w SIWZ, czy też zastosowanie innych materiałów, należy ocenić pod względem zgodności treści oferty z SIWZ. W sytuacji, kiedy zamawiający nie dopuszcza wykonania alternatywnego wykonania zamówienia, to wykonawca niezależnie od możliwości technicznych musi wycenić ofertę według ustaleń zamawiającego w SIWZ. Wycena według innych metod prowadzi w szczególności do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie możliwości porównywalności złożonych w postępowaniu ofert. Z punktu widzenia wykonawców zasadność wprowadzenia do SIWZ określonych technologii wykonania robót mogła podlegać kwestionowaniu naetapie przedstawienia treści SIWZ. wykonawcom, a nie na etapie po otwarciu i ocenie ofert. Nadto dodać należy, że zasadność oceny prawidłowości skalkulowania ceny odpowiednich pozycji kosztorysu dotyczy tylko kwestii, kiedy oferta w tym zakresie jest zgodna z SIWZ.

W innej sytuacji, analiza ceny nie ryła racji bytu, gdyż w przypadku niezgodności oferty z SIWZ i braku możliwości naprawy tej sytuacji w trybie przepisu art. 87 ust. 2 Pzp oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ (por. wyrok KIO z dnia 17 września 2020 sygn. akt KIO 1885/20). Martel kształtując treść składanych wyjaśnień, winien wziąć pod uwagę wszystkie wytyczne zamawiającego postawione w tym postępowaniu i przedstawić je w taki sposób, aby Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości w zakresie oferowanych rozwiązań jako zgodnych treścią SIWZ. Wyjaśnienia treści oferty składane na niezakwestionowane wezwanie Zamawiającego wystosowane w toku badania oferty, wiążą Odwołującego się wykonawcę na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie, jak treść złożonej oferty. Dlatego stwierdzone w toku badania wyjaśnień sprzeczności mogą stanowić podstawę do uznania, iż oferta złożona w postępowaniu podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Oczekiwanie Martel, że Zamawiający pominie pozyskaną od niego wiedzę co do tego, że wykonawca ten przewidział inną technologię wykonania robót, niż wynikająca z SIWZ, ograniczając się do formalnego aspektu badania treści wyjaśnień ceny i tym samym zaakceptuje wprowadzone przez Odwołującego odstępstwo od SIWZ, oznaczałoby wprowadzenie zmiany SIWZ po terminie składania ofert. Jak wyżej zaznaczono jest to niedopuszczalne. Skutkowałoby by to nie tylko akceptacją wykonania zamówienia w sposób odmienny niż wynikający z SIWZ, ale też nierówne traktowanie wykonawców, w sytuacji, gdy inni sporządzili wycenę zgadnie z SIWZ.

5. Pominięte koszty materiałów.

Zamawiający w wezwaniu jednoznacznie oczekiwał podania konkretnych informacji nt. przyjętych do wyceny i skalkulowanych materiałów — z rozbiciem na poszczególne elementy odrębnie dla każdej z sieci tj. wodociągowej, kanalizacyjnej oraz odrzutów kanalizacji grawitacyjnej:

4. W odpowiedzi na pytania z pkt 1 ppkl: 3 - 6 pisma nr GPWKK,/JRP/GZ/294/2020 z dnia 6 października 2020 r. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2020 r, złożył przykładowe oferty materiałowe.

Zamawiający wzywa do udzielenia odpowiedzi ile wynoszą koszty materiałowe, o których mowa w pkt, 1 ppkt 3 - 6 pisma nr GPWIK/JRP/GZ/294/2020 z dnia 06 października 2020 tj.

1)koszty materiałów przewidzianych do budowy sieci wodociągowej w rozbiciu na poszczególne elementy,

2)kosztów materiałów przewidzianych do budowy sieci kanalizacyjnej sanitarnej w rozbiciu na poszczególne elementy,

3)kosztów materiałów przewidzianych do budowy odrzutów kanalizacji grawitacyjnej w rozbiciu na poszczególne elementy,

4)kosztów przepompowni ścieków wraz z szafą sterowniczą.

Wykonawca Martel wyjaśniając wezwanie faktycznie pominął i wskazał bliżej nieokreślone koszty:
W odpowiedzi na pismo koszty te kształtują się następująco:

1)Koszt materiałów przewidzianych do budowy sieci wodociągowej:

Koszt materiałów podstawowych — 51.815,00 zł netto.

Koszt materiałów innych nie wymienionych w ofertach — 34.685,00 zł netto (piasek, śruby, uszczelki, płyn do dezynfekcji, nasiona trawy, humus itp.)

2)Koszt materiałów przewidzianych do budowy sieci kanalizacji sanitarnej:

Koszt materiałów podstawowych — 110.937,98 zł netto

Koszt materiałów innych nie wymienionych w ofertach 75.262,02 zł netto (piasek, cement, beton, nasuwki, kolana, środek do zabezpieczenia studni betonowych, nasiona trawy, humus itp.)

3) Koszt materiałów przewidzianych do budowy odrzutów kanalizacyjnych:

Koszt materiałów podstawowych 6.300,00 zł netto

Koszt materiałów innych nie wymienionych w ofertach 5.000,00 zł

(piasek, cement, korki, nasuwki, kolana, nasiona trawy, humus itp.)

Wykonawca wyjaśniając pomimo konkretnego oczekiwania Zamawiającego potwierdził że źródła kalkulacyjne, jakie zaprezentował, dotyczą niewielkiej tylko jak to określa „podstawowych" materiałów.

Proste zestawienie wartości dla których pojawiły się uzasadnienia kosztów i tych bez jakiejkolwiek identyfikacji, pominiętych w wyjaśnieniach to następujące relacje:

Sieć wodociągowa - ok 51 tys. zł wykazane materiały, ok 35 tys. zł niewykazane,

Sieć sanitarna - ok 110 tys. wykazane - około 75 tys. zł niewykazane,

Odrzuty ok 6 tys. zł wykazane materiały — około 5 tys. niewykazane,

wartość materiałów wykazanych łącznie to 167. 000 zł

ıateriałów niewykazanych łącznie to 115.000 zł

Powyższe zestawienie oparte bezpośrednio na wyjaśnieniach Martel dowodzi, jak powierzchowne są wyjaśnienia, a jednocześnie jaka jest realnie skala nadal niewykazanych kosztów i zakresu rzeczowego.

Dodatkowo odnośnie pokazanych w wyjaśnieniach kosztów materiałów niewykazanych to są to: bliżej nieokreślone materiały, o nieokreślonych parametrach, o nieokreślonych kosztach zakupu, w nieokreślonych ilościach.

W dodatku w każdym przypadku wymienione materiały to katalog otwarty.

W ocenie Odwołującego nie można powyższego uznać za wyjaśnienia ceny zwłaszcza w kontekście jednoznacznych wymagań Zamawiającego w tym zakresie sformułowanych w treści wezwania oraz faktu że wyjaśnienia były już składane po raz drugi.
Powyższe potwierdza podstawę do odrzucenia oferty Martel jako zawierającą rażąco niską cenę.

6. Koszty pracy sprzętu.

W złożonych pierwotnie wyjaśnieniach ceny wykonawca podał jedynie, że praca sprzętu to koszt: 300 zł i sprzęt będzie pracował 168 dni. Z treści wyjaśnień nawet nie było wiadomo o jaki sprzęt chodziło i w jaki sposób ustalono ten koszt.
Dodatkowo w trakcie rozprawy w KIO Martel obniżył ten koszt prawie 3x.

Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie wskazując:

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2020 r. oszacował pracę sprzętu na kwotę 403 200,00 zł (168 dni x 8 godz. x 300 zł) czyli dzienny koszt wynosi 2 400 zł. Natomiast w trakcie rozprawy w dniu 17 grudnia 2020 r. wskazał dzienny koszt pracy sprzętu w wysokości 967,88 zł.

Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących powyższych rozbieżności.

Martel udzielając wyjaśnień w skazał:

Koszt pracy sprzętu - oszacowano na kwotę 403.200,00 zł netto

W dokonanej wycenie pracy sprzętu przyjęto uśrednioną stawkę 300,00 zł netto za godzinę płacy tego sprzętu co daje kwotę 2.400,00 zł neto za dzień roboczy. W kwocie tej znajdują się koszty całego sprzętu i maszyn niezbędnych do wykonania wszystkich robót. Zgodnie

z załączoną do odpowiedzi tabelą wskazujemy, iż koszt pracy sprzętu wykazany został w oparciu o dokonaną dokładną analizę księgową. Łączny koszt dziennego użycia sprzętu i maszyn według tabeli wynosi 967,88 zł netto. Wynika to z faktu, iż większość posiadanych maszyn przez Nas została już zamortyzowana, co w pierwotnym wyjaśnieniu - pismo z dn. 12 października 2020 r. — wyliczenie takie nie zostało przez Nas wykonane i wzięte pod uwagę. Przyjęto uśrednioną stawkę.

Powyższa różnica w sposób nie wpływa na prawidłowość złożonych wcześniej wyjaśnień, a jest dla Nas czynnikiem korzystnym wskazującymi na możliwość zwiększenia zysku z wykonywanych robót bądź przerzucenia tych kosztów w elementy oferty których nic uwzględniliśmy wcześniej a które mogą wyniknąć w trakcje wykonywania prac np. koszty dodatkowego odwodnienia, koszty większej ilości odtworzenia nawierzchni itp.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że wykonawca z żaden racjonalny sposób nie wyjaśnił różnic w wycenie kosztu pracy sprzętu — obliczenia wskazują na 967 zł a wycena na 2400 zł.

Dowodem prawidłowości wyceny ma być "dokładna analiza księgowa"' - dokument w żaden sposób nie może być podstawą oceny realności wyceny na potrzeby wyjaśnień kosztów pracy sprzętu. Mamy do czynienia z nieprzydatnym dla potrzeb oceny rzetelności kalkulacji dokumentem, który obrazuje bliżej nieokreślone pojazdy (sam Renault, samochód ciężarowy specjalny) i przyjmuje całkowicie wirtualne ilości pracy dziennej oraz jej koszty.

Poza tym, że dokument sam w sobie nie pozwala na ocenę kosztów pracy sprzętu w ramach zamówienia, w ocenie Odwołującego, może być najwyżej dowodem, że prezentowana w ten sposób wycenił jest nierealna i zaniżona.
Porównanie kosztów sprzętu w wyjaśnieniach wykonawcy Martel z faktycznymi kosztami pracy w odniesieniu do dziennego cyklu pracy tego rodzaju sprzętu wskazać należy, opierając się na dostępnych cennikach Sekocenbud takiego sprzętu, wskazać należy, że wycena Martel jest nierzetelna, nierealna i kilkakrotnie zaniżona. Skoro taki był sposób kalkulacji kosztów na potrzeby wyceny ofertowej, to potwierdza on, że wycena jest rażąco niska.

7.Niezgodna z SIWZ przepompownia ścieków. Oferta równoważna.

Zamawiający w treści wezwania m.in. wymagał od wykonawcy Martel podania kosztów materiałów takich jak:

W odpowiedzi na pytania z pkt 1 ppkt 3 - 6 pisma nr GPWIK/IRP/GZ/294/202D z dnia 6 października 2020 r. wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2020 r. złożył przykładowe oferty materiałowe.

Zamawiający wzywa do udzielenia odpowiedzi ile wynoszą koszty materiałowe, o których mowa w pkt 1 ppkt 3 - 6 pisma nr GPWIK/JRP/GZ/294/201U) z dnia 6 października 2020 r., tj.(…)

4) kosztów przepompowni ścieków wraz z szafą sterowniczą.

:a zmienił pomiędzy wyjaśnieniami nr 1 i nr 2 zaoferowaną przepompownię i ofertę.

Przy pierwszych wyjaśnieniach potwierdził, że zaoferował i wycenił przepompownię FLYGT NX 3069.160 SH/270 – oferta od Eko-Inwestycje z 4 września 2020 r. Przy drugich wyjaśnieniach ceny zaoferowana jest już inna pompa firmy Metalchem SA – oferta pochodzi od innego podmiotu i jest z innej daty.

Odwołujący wskazuje, że wykonawca Martel zmienił w trakcie postępowania zaoferowany i wyceniony asortyment. Wskazuje, że obie oferty dotyczą pomp niezgodnych z SIWZ – wymagania SIWZ to pompa określonego producenta Grundfos o określonej średnicy przelotu: 80 mm.

Zamawiający dopuszczał składanie ofert równoważnych ale wymagał od wykonawców zarówno stosownego oświadczenia w treści Formularza ofertowego, jak i złożenia równocześnie wraz z ofertą dowodów równoważności oferowanych urządzeń.

IX. Zamawiający dopuszcza zastosowanie do budowanej sieci kanalizacyjnej lub sieci wodociągowej materiałów i urządzeń równoważnych o ile:
-zaproponowane materiały i urządzenia będą posiadały parametry nie gorsze niż te, które przedstawiono w dokumentacji technicznej,
-będą kompatybilne z istniejącą siecią kanalizacyjną lub istniejącą siecią wodociągową

X. Wykonawca, który zamierza powołać się na rozwiązania równoważne opisane przez Zamawiającego jest obowiązany wykazać, że oferowane przez niego materiały i urządzenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

XI. Zamawiający na etapie badania ofert stwierdzi czy zaproponowane rozwiązania będzie można uznać za równoważne pod względem parametrów technicznych, materiałowych i eksploatacyjnych. Zamawiającemu zależy na realizacji przedmiotu zamówienia z materiałów najwyższej jakości oraz na solidności i fachowości wykonania. Wskazanie w dokumentacji technicznej nazw producentów ma charakter przykładowy, ma to ułatwić Wykonawcom sporządzenie oferty. Niemożliwym jest wymaganie jakości bez wskazania punktu odniesienia.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ - Formularz oferty:
14. URZĄDZENIA/MATERIAŁY RÓWNOWAŻNE w przypadku zastosowania urządzeń/materiałów równoważnych wskazanych w dokumentacji przetargowej (m.in. projektowej, technicznej) należy podać miejsce zainstalowania urządzenia / materiału równoważnego i dołączyć do oferty dokumentację techniczną umożliwiającą Zamawiającemu sprawdzenie równoważności na etapie badania i oceny ofert — zgodnie z danymi zawartymi w Załączniku nr 3 do SIWZ (Tabela równoważności[3]) oraz niniejszą SIWZ:
W przypadku nie zastosowania urządzeń / materiałów równoważnych należy wpisać „nie dotyczy”. W przypadku nie wypełnienia formularza oferty w tym zakresie Wykonawca oświadcza, że nie będzie stosował materiałów/urządzeń równoważnych w trakcie wykonywania niniejszego zamówienia.
Ponadto w przypadku oferowania urządzeń równoważnych Zamawiający wymagał złożenia w raz z ofertą dodatkowego Załącznika nr 3 do SIWZ – Tabela równoważności, w którym należało podać minimalne parametry dotyczące równoważności materiałów/urządzeń.

Oferta złożona przez Martel zawiera w tym zakresie jednoznaczne oświadczenie, że wykonawca nie oferuje urządzeń równoważnych. W ramach pozycji :Urządzenia/materiały równoważne Martel wpisał – NIE DOTYCZY.

Nie ma wątpliwości, że zarówno pierwsze jak i drugie wyjaśnienia ceny potwierdzają, że zaoferowano pompy równoważne. Powyższe oznacza, że obowiązkiem wykonawcy Martel było w tym przypadku zarówno złożenie stosownego oświadczenia w Formularzu ofertowym, ale co istotniejsze, udowodnienie w trybie art. 30 ust 5 Pzp równoważności zaoferowanych urządzeń składając poza wypełnionym Załącznikiem nr 3 do SIWIZ także wymagane dowody równoważności w postaci powołanej w SIWZ odpowiedniej dokumentacji technicznej.
Odwołujący zaoferował w postępowaniu pompy referencyjne Grundfos.

Uwzględniając powyższe, oferta Martel winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z SIWZ. Identyfikacja w ofercie urządzeń równoważnych i dowody równoważności stanowią treść oferty wykonawcy, co uniemożliwia ich uzupełnienie w trybie
art. 26 ust 3 Pzp, bowiem ten nie dotyczy treści oferty.

Podsumowując w odniesieniu do przepompowni:

- Martel zaaferował pompy równoważne nie składając w tym zakresie wymaganych SIWZ oświadczeń ani dowodów na etapie ofertowania, co samo sobie stanowi podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art.. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

-wykonawca modyfikował trakcie wyjaśnień ceny zaoferowane w postępowaniu pompy, zmieniając przedmiot oferty i zarazem wyceny,
-zaoferowane pompy są niezgodne z wymaganiami SIWZ.

8. Zaoferowanie rur do kanalizacji niezgodnych z przeznaczeniem.

W trakcie postępowania przed składaniem ofert Zamawiający udzielał w dniu 8 września 2020r. wyjaśnień na pytania dotyczące SIWZ, w zakresie technologii wykonania sieci wodociągowej
i kanalizacji tłocznej w następujący sposób:

Pytanie nr 1

Czy zamawiający wyrazi zgodę na wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacji tłocznej metodą przewiertów sterowanych przy zastosowaniu rur PE SDR17 RC o profilu zgodnym
z projektami?

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacji tłocznej metodą przewiertów sterowanych przy zastosowaniu rur PE SDR17 RC o profilu zgodnym
z projektami.

Jak wynika z powyższych odpowiedzi, Zamawiający wyraził zgodę na wykonanie przewiertów sieci wodociągowej i kanalizacji tłocznej ale jednocześnie, co oczywiste, zastrzegł, że ma to być dokonane rurami odpowiedniej konstrukcji — tj. przeznaczonymi do tej technologii.

Wykonawca Martel wyjaśniając cenę podtrzymuje, że zamierza wykonać zamówienie
w technologii przewiertów sterowanych przy zastosowaniu materiałów (rur) o konstrukcji nieprzeznaczonej do tego celu.

Producent rur, z użyciem których Martel przewidział realizację zamówienia, w sposób jednoznaczny wskazuje, że rury te nie mogą być użyte do realizacji prac metodą bezwykopową.

Odwołujący złożył Zamawiającemu w trakcie postępowania przed kwestionowanym aktualnym odwołaniem wyborem oferty Martel szczegółowe dowody potwierdzające powyższe - w tym miejscu odwołując się do ich treści w całości podtrzymuje zaprezentowaną argumentację.

Dokumenty potwierdzają niemożliwości zastosowania rur PVC do wykonania kanalizacji metodą bezwykopową, bez zastosowania rur osłonowych. Skoro, co jednoznacznie potwierdzają przedłożone dokumenty i oświadczenia, wykonanie zamówienia metodą bezwykopową nie jest możliwe przy użyciu rur jakie przewidział zastosować Martel, to oferta tego wykonawcy musi być odrzucona przez Zamawiającego jako niezgodna z SIWZ.

Technologia, w jakiej wykonawca przewidział zrealizować zamówienie wymaga i wymusza zastosowanie odpowiedniej konstrukcji rur. Wyłącznie rury, które są przewidziane konstrukcyjnie przez producenta do zastosowania przy metodzie bezwykopowej, mogą być użyte do wykonania rurociągu w tej technologii. Podstawowe zasady wiedzy technicznej potwierdzają, że oczywistym jest że technika bezwykopowa, to technika odmienna
od tradycyjnej z wykopem otwartym. Nie chodzi w sprawie o to, czy „da się" ułożyć rurociąg
tą techniką z zaoferowanych rur, ale czy jest to zgodne ze sztuką, a w konsekwencji wyłącznie zastosowanie materiału odpowiedniego do technologii ułożenia rurociągu jest dozwolone.

Rodzaj zastosowanych rur adekwatnych do technologii ich ułożenia wynika wprost
z norm budowlanych, zasad wiedzy i sztuki budowlanej w zakresie wykonania sieci wodociągowej, czyli z obiektywnych, weryfikowalnych podstaw. Skoro Martel potwierdził
w treści złożonych wyjaśnień, że przewidział i skalkulował w cenie oferty wykonanie zamówienia z użyciem konkretnych zidentyfikowanych rur a materiał ten jest niezgodny
z technologią wykonania rurociągu podstawa odrzucenia oferty jest bezwzględna a wykonawca na obecnym etapie nie może już dokonać zmian w zakresie ani technologii wykonania rurociągu ani też materiałów z których użyciem ma zamiar wykonać zamówienie.
enia i informacje złożone w tym zakresie przez Projektanta i wiodących producentów
materiałów kanalizacyjnych (Pipelife) jak i dystrybutorów (Rurex jako główny dystrybutor producenta rur Wavin), potwierdzają jednoznacznie, że wskazane w projekcie i ofercie Martel rury PVC-U SN8 Dn 160 i Dn 200 nie mogą być stosowane do wykonania kanalizacji metodą bezwykopową, konieczne jest zastosowanie materiału innego – równoważnego, który będzie bezpieczny na taki rodzaj technologii zamiennej w przypadku kanalizacji grawitacyjnej
i odrzutów kanalizacji grawitacyjnej.

Powyższe potwierdza podstawę odrzucenia oferty Martel zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Podsumowując, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia ceny wykonawcy Martel uznać należyza potwierdzające niezgodność oferty z SIWZ, a także nie potwierdzające, że cena
nie jest rażąco niska Pomimo dwukrotnego wezwania do wyjaśnień ceny wykonawca koniecznych dowodów i wyjaśnień nie złożył, co obliguje do odrzucenia oferty.

W tej sytuacji, wobec przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wezwania
do wyjaśnienia ceny oferty wykonawcy Martel, oferta ta winna podlegać odrzuceniu
na podstawie art. 89 ust 1 pkt 4, Pzp bowiem wykonawca nie wykazał i nie udowodnił, że cena oferty nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W tej sytuacji zasadność zarzutów odwołania nie może budzić wątpliwości

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

Dnia 24 lutego 2021 r. do postępowania odwoławczego zgłosili przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: M.F., P.F. i P.F. działający działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usługowy MARTEL spółka cywilna M.F., P.F., P.F. w Milęcinie (dalej jako Przystępujący), wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 11 marca 2021 r. złożył na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania względnie o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Odwołujący wskazał, że znaczna większość zarzutów podniesionych w odwołaniu została już osądzona wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2020 r. o sygn. KIO 3192/20.
W przedmiotowym odwołaniu, Odwołujący ponawia te same zarzuty, lub tez formułuje je w inny sposób, próbując tym sposobem obejść zarzut powagi rzeczy osądzonej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie, oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:
Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie
z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp")
Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego
o odrzucenia odwołania, w związku z okolicznościami potwierdzającymi, iż odwołanie zostało wniesione od wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia, 12 lutego 2020 r. poprzedzonego dokonaniem przez Zamawiającego nowych czynności – wezwaniem Przystępującego
do doprecyzowania wyjaśnień rażąco niskiej ceny, w zakresie nakazanym Zamawiającemu wyrokiem KIO 3192/20 z dnia 29 grudnia 2020 r.
Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp.
Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron i uczestnika postępowania.
Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego
po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie M.F., P.F. i P.F. działających w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usługowy MARTEL spółka cywilna M.F., P.F., P.F.
w Milęcinie i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym
w charakterze Uczestnika postępowania.
Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną
do akt sprawy, odpowiedź na odwołanie, a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba ustaliła:

Odnosząc się do analizowanego stanu faktycznego, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia 2021 r. na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp, ponownie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. W wezwaniu, Zamawiający sformułował precyzyjne i konkretne pytania, na które oczekiwał (zgodnie z treścią pouczenia) wyjaśnień, które powinny w sposób jednoznaczny potwierdzać realność ofertowej kalkulacji oraz w ramach wyjaśnień wskazania innych czynników – jeśli są - mających wpływ na wysokość ceny
(np. oszczędność metody wykonania zamówienia, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonania zamówienia niedostępne dla innych wykonawców, itp.) oraz podania innych czynników mających wpływ na wysokość oferty.
Zamawiający oczekiwał odpowiedzi na następujące pytania:
Pytanie 1 - *Wykonawca w ofercie przyjął koszt robót odwodnienia wykopów w wysokości*
4 000 zł netto.
Zamawiający wzywa do wyjaśnienia założeń przyjętych do wyceny kosztów odwodnienia poprzez:
-wskazania jak liczono koszty odwodnienia,
-wskazania podstawy obliczenia kosztów odwodnienia,
-wskazania sposobu obliczenia kosztów odwodnienia.

W odpowiedzi z dnia 21 stycznia 2021 r. Przystępujący odwołał się wyłącznie do własnego doświadczenia, nabytego przy realizacji I Etapu budowy kanalizacji sanitarnej w ul. Abrahama w Sierakowie i na tej podstawie wycenił jedynie koszt odwodnienia wykopu dla montażu zbiornika przepompowni. W odpowiedzi Przystępujący przyznał, iż przy wycenie odwodnienia, świadomie pominął dane dotyczące głębokości zwierciadła wód gruntowych zawarte
w dokumentacji geotechnicznej stanowiącej element Opisu Przedmiotu Zamówienia, uznając je za nieaktualne. Wskazał

również, iż posiada niezbędny sprzęt do prowadzenia odwodnienia, nie ponosi zatem kosztów np. wynajmu. Przystępujący założył również zysk w wysokości 226.400,00 zł, który stanowi zapas finansowy, na ewentualne zwiększenie kosztów.
Pytanie 2 - Wykonawca w ofercie przyjął koszt robót odtworzenia terenu/nawierzchni
w wysokości 9 800,00 zł netto,
Zamawiający wzywa do wyjaśnień założeń przyjętych do wyceny kosztów odtworzenia terenu/ nawierzchni, w tym do wskazania:

-szacowanej wielkości powierzchni terenu do odtworzenia,
-podstawy obliczenia kosztów odtworzenia terenu,
-sposobu obliczenia kosztów odtworzenia terenu,
-wskazania materiałów przewidzianych do odtworzenia terenu nawierzchni w rozbiciu na poszczególne elementy wraz z dowodami potwierdzającymi wskazane koszty.

W odpowiedzi z dnia 21 stycznia 2021 r. Przystępujący odwołał się również
na posiadanego doświadczenia, które było podstawą dokonanej kalkulacji w zakresie odtworzenia nawierzchni drogowych. Przyjęte w przedmiarze robót wielkości odtworzenia drogi były jedynie pomocnicze, a jedynym właściwym sposobem obliczenia kosztów odtworzenia nawierzchni było dokonanie wizji lokalnej. Wskazał, że sieć wodociągowa i kanalizacja tłoczna wykonane zostaną przewiertami sterowanymi z wykonaniem komór przewiertowych
i montażowych poza jezdnią, w poboczu nieutwardzonym, zaś sieć kanalizacji grawitacyjnej wykopem otwartym, z tym że przejścia poprzeczne odrzutów kanalizacji wykonane będą przeciskami w technologii bez naruszania konstrukcji jezdni, z jednoczesnym montażem rur zgodnych z OPZ. Dalej Przystępujący wyjaśnił, że w załączonych do dokumentacji przetargowej wytycznych Urzędu Gminy Izabelin dotyczących sposobu odtwarzania nawierzchni dla ul. Abrahama – nawierzchni bitumicznej, nie określono sposobu odtwarzania poboczy nieutwardzonych, zatem Przystępujący przyjął odtworzenie do stanu pierwotnego,
tj. wykonanie poboczy nieutwardzonych gruntowych i obsianie ich trawą.
Dalej Przystępujący podał przyjęte wielkości do odtworzenia:

- siec wodociągowa – 1824,0 mb. – ilość komór przewiertowych i montażowych w poboczu drogi – 18 szt. X 8 m^2 (4 x 2 m) daje 144 m^2 odtworzenia pobocza drogi z obsianiem trawą – przyjęto koszt 360,00 zł.
- sieć kanalizacji tłocznej – 497,0 mb. – ilość komór przewiertowych i montażowych w poboczu drogi – 4 szt. X 4 m^2 (2 x 2 m) daje 16 m^2 odtworzenia pobocza drogi z obsianiem trawą – przyjęto koszt 40,00 zł.
- sieć kanalizacyjna grawitacyjna – 1575,0 mb. – wykop otwarty w poboczu drogi – wielkość pasa do odtworzenia 1575,0 m x 2,0 m. szerokości daje 3150,0 m2 odtworzenia pobocza drogi z obsianiem trawą – przyjęto koszt 7.875,00 zł.
- odrzuty kanalizacji grawitacyjnej – 20 szt. – wykop otwarty w poboczu drogi – wielkość pasa do odtworzenia n 1 odrzut około 30m2 dla komór przeciskowych, co daje około 600,0 m2 – odtworzenie poboczy drogi z obsianiem trawą – przyjęto koszt 1525,0 zł (przejścia poprzeczne pod nawierzchnią asfaltową ul. Abrahama wykonane będą przeciskami bez naruszania konstrukcji drogi, wobec czego odtworzenie nawierzchni asfaltowych nie jest brane pod uwagę).

Odtworzenie nawierzchni gruntowej poboczy wykonane zostanie gruntem rodzimym (odłożonym na czas budowy), a zakup np. humusu uwzględniony został w kosztach materiałowych.
Pytanie 3 – Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 12.10.2020 r. oszacował pracę sprzętu
na kwotę 403.200,00 zł (168 dni x 8 godz. x 300 zł.), czyli dzienny koszt wynosi 2.400 zł. Natomiast w trakcie rozprawy w dniu 17.12.2020 r. wskazał dzienny koszt sprzętu w wysokości 967,88 zł.
Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących powyższych rozbieżności.
W odpowiedzi z dnia 21 stycznia 2021 r. Przystępujący wyjaśnił, że w wycenie pracy sprzętu przyjął uśrednioną stawkę 300,00 zł. netto za godzinę pracy sprzętu, co daje kwotę 2.400,00 zł. netto za dzień roboczy. W kwocie tej znajdują się koszty całego sprzętu i maszyn niezbędnych do wykonania wszystkich robót. Zgodnie z załączoną do odpowiedzi tabelą wskazał, iż koszt pracy sprzętu wykazany został w oparciu o dokonaną analizę księgową. Łączny koszt dziennego użycia sprzętu i maszyn według tabeli wynosi 967,88 zł. netto. Wynika to z faktu, iż większość posiadanych maszyn została już zamortyzowana, co w pierwotnym wyjaśnieniu – pismo z dn. 12.10.2020 r. – nie zostało wykazane i wzięte pod uwagę. Przyjęto uśrednioną stawkę.
Powyższa różnica w żaden sposób nie wpływa na prawidłowość złożonych wcześniej wyjaśnień, a jest czynnikiem korzystnym wskazującym na możliwość zwiększenia zysku
z wykonanych robót bądź przerzucenia tych kosztów w elementy oferty, których nie zostały uwzględnione wcześniej, a które mogą wyniknąć w trakcie wykonywania prac – np. koszty dodatkowego odwodnienia, koszty większej ilości odtworzenia nawierzchni itp.
Pytanie 4 – W odpowiedzi na pytania z pkt. 1 ppkt 3-6 pisma nr GPWIK/JRP/GZ/294/2020
z dnia 06.10.2020r. Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 12.10.2020 r. złożył przykładowe oferty materiałowe. Zamawiający wzywa do udzielenia odpowiedzi ile wynoszą koszty materiałowe,
o których mowa w pkt 1 ppkt 3-6 ww. pisma z dnia 06.10.2020 r. tj.

1)Koszty materiałów przewidzianych do budowy sieci wodociągowej w rozbiciu na poszczególne elementy
2)Kosztów materiałów przewidzianych do budowy sieci kanalizacji sanitarnej w rozbiciu na poszczególne elementy
3)Kosztów materiałów przewidzianych do budowy odrzutów kanalizacji grawitacyjnej w rozbiciu na poszczególne elementy
4)Kosztów przepompowni ścieków wraz z szafą sterowniczą.

W odpowiedzi z dnia 21 stycznia 2021 r. Przystępujący wyjaśnił, że koszt materiałów oszacowano na podstawie złożonych ofert dostawców materiałów – w wyjaśnieniach w piśmie z dnia 12.10.2020 r. wskazano:
Koszt materiałów dot. całej sieci wodociągowej – 86.500,00 zł netto,
Koszt materiałów dot. całej sieci kanalizacji sanitarnej – 256.400,00 zł netto.
W odpowiedzi na pismo koszty te kształtują się następująco:

1)Koszt materiałów przewidzianych do budowy sieci wodociągowej:
Koszt materiałów podstawowych — 51.815,00 zł netto.
Koszt materiałów innych nie wymienionych w ofertach — 34.685,00 zł netto (piasek, śruby, uszczelki, płyn do dezynfekcji, nasiona trawy, humus itp.)
2)Koszt materiałów przewidzianych do budowy sieci kanalizacji sanitarnej:

Koszt materiałów podstawowych — 110.937,98 zł netto
Koszt materiałów innych nie wymienionych w ofertach 75.262,02 zł netto (piasek, cement, beton, nasuwki, kolana, środek do zabezpieczenia studni betonowych, nasiona trawy, humus itp.)
3) Koszt materiałów przewidzianych do budowy odrzutów kanalizacyjnych:
Koszt materiałów podstawowych 6.300,00 zł netto
Koszt materiałów innych nie wymienionych w ofertach 5.000,00 zł
(piasek, cement, korki, nasuwki, kolana, nasiona trawy, humus itp.)
4) Koszt przepompowni ścieków wraz z szafą sterowniczą:
Koszt zakupu przepompowni – 58.900,00 zł netto.
Do wyjaśnień załączone zostały oferty wykonawców na materiały podstawowe oraz na dostawę przepompowni ścieków typ „METALCHEM" PMS-2X06-80V32-15x64 KBZ.

Zamawiający, uznając złożone przez Przystępującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny za prawidłowe, w dniu 10 lutego 2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, uznając
za ofertę najkorzystniejszą, ofertę złożoną przez Przystępującego.

Izba zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła,
iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności
do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp oraz 90 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego, pomimo że zawiera ona rażąco niska cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zarzut należy uznać za zasadny.

W zakresie możliwości uznania ceny oferty za rażąco niską wskazać należy
za ugruntowaną linią orzeczniczą KIO i sądów (wyrok KIO z dnia 17 listopada 2020 r. sygn.
akt: KIO 3192/20 oraz przywołane tam orzecznictwo), że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Ocena tej okoliczności powinna być dokonana
z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne Zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać Zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny,
w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty,
a dowodzące możliwości zaoferowania ceny obniżonej w stosunku do wartości zamówienia. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić Zamawiającemu podjęcie decyzji, co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym przez Zamawiającego terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia Zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny
być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży. Ponadto winny wskazywać okoliczności i podstawę obniżenia przez wykonawcę ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. Nie ulega wątpliwości, iż to na wykonawcy ciąży obowiązek (art. 90 ust. 2 ustawy) wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku o sygnaturze akt KIO 17/18, zgodnie
z którym nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych, wskazujące że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające,
a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa. Konsekwencją utrzymywanej wykładni przepisów jest słuszne stanowisko w sprawie, odnoszące się do konieczności odrzucenia oferty, w przypadku gdy złożone wyjaśnienia cenowe były zbyt niekonkretne, lakoniczne i generalnie nie wykazywały możliwości zaoferowania przez danego wykonawcę ceny tak niskiej. Mając na uwadze brzmienie art. 90 ust. 2 ustawy zachowuje swoją aktualność wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 lipca 2014 r. (sygn. akt XXIII Ga 1293/14),
w którym pokreślono znaczenie staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień,
o których mowa w art. 90 ustawy, a także wskazano na konieczność uznania, że cena ofertowa jest ceną rażąco niską, w przypadku braku przedstawienia przez wykonawcę takich wyjaśnień, które wykażą że oferowana przezeń cena rażąco niską nie jest. Podane tezy odnoszące
się do wymaganej zawartości i "jakości" wyjaśnień składanych Zamawiającemu zostały sformułowane przez orzecznictwo jeszcze na gruncie uprzednio obowiązujących przepisów. Natomiast w obowiązującym na dzień wszczęcia przedmiotowego postępowania stanie prawnym ustawodawca właściwie przesądził ich słuszność, wprost wskazując ww. przepisie ustawy, że to wykonawca powinien wykazać Zamawiającemu, że cena jego oferty lub cena istotnej części składowej oferty nie jest rażąco niska, i musi wykazać to na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Tym samym jak najbardziej aktualna i wymagająca podkreślenia,
jest wyrażana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów powszechnych teza
o wymaganej staranności wykonawcy w składaniu wyjaśnień, o których mowa w art. 90 ustawy, a tym samym ryzyku jakie ponosi wykonawca w przypadku uznania, że wyjaśnienia
są niewystarczające do wykazania legalnego charakteru jego ceny. Izba wskazuje,
że nie istnieje jeden optymalny i właściwy kształt czy sposób dowodzenia okoliczności związanych z kalkulacją ceny dokonanej przez wykonawcę i sposobu prezentowania okoliczności umożliwiających mu jej zaoferowanie. Sposób

wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny zależy od indywidualnych okoliczności sprawy, zwłaszcza w związku
z rodzajem podawanych informacji, będzie można ocenić i przyjąć konieczny sposób i stopień uwiarygodnienia podawanych danych. Niewątpliwie można natomiast sformułować jeden generalny postulat, który przy ocenie wyjaśnień wykonawców powinien być bezwzględnie egzekwowany - wyjaśnienia powinny być konkretne, jasne, spójne i adekwatne do danego przedmiotu zamówienia. Stosowanie ogólników traktujących o doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych
i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc… przeważnie
nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Jako taka, może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie jako ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc konkretne,
tak aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa była ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności.

Odnośnie kwestii dotyczącej składanych przez wykonawców wraz z wyjaśnieniami dowodów Izba wskazuje, że z samego braku dowodu nie można jeszcze wywodzić, że cena jest rażąco niska, a w takiej sytuacji przedmiotem oceny pozostają wówczas wyjaśnienia samego wykonawcy. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że jeżeli wykonawca powołuje
się na właściwe tylko jemu okoliczności powodujące możliwość znacznego obniżenia ceny oferty (np. upusty dedykowane tylko temu wykonawcy, szczególne oferty jakie uzyskał wykonawca odnośnie świadczonych usług czy realizowanych etc…) i możliwe jest wsparcie
tej argumentacji dowodem, to wówczas taki dowód powinien być złożony Zamawiającemu,
aby uczynić wyjaśnienia przekonującymi dla Zamawiającego, a jednocześnie pełnymi. Zaznaczenia wymaga, że o tym czy, dany dowód jest możliwy do uzyskania decydować będzie charakter okoliczności powoływanych przez wykonawcę. Jeżeli są one obiektywnie możliwe
do stwierdzenia w postaci zaświadczeń, oświadczeń, ofert, umów i innych informacji wytworzonych przez podmioty niezależne od wykonawcy to wówczas taki dokument będzie miał walor dowodowy, wykraczający poza samą treść wyjaśnień wykonawcy
(np. zaświadczenie o zwolnieniu podmiotowym, uzyskanych upustach od dostawców, i inne wpływające na cenę). Pamiętać należy, że to wykonawca został zobowiązany do wykazania, że oferowana przez niego cena nie jest rażąco niska, tym samym załączenie dowodów
do składanych wyjaśnień odnośnie okoliczności, które nie są zależne od wykonawcy, a które udało mu się pozyskać (wynegocjować, ustalić, wypracować w kontaktach gospodarczych
i innych formach etc…) na potrzeby wyceny danego zamówienia jest w zasadzie niezbędne
i konieczne, aby owo wykazanie realności zaoferowanej ceny było rzeczywiste.

To wykonawca musi wykazać rzeczywistość i realność zaoferowanej ceny
w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, w ocenie Izby wyjaśnienia Przystępującego z dnia 15 stycznia 2021 r nie są wystarczające aby uznać,
że zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Biorąc pod uwagę, iż powyższe wezwanie
do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny było już kolejnym wezwaniem skierowanym
do Przystępującego, zawierającym szczegółowe pytania w zakresie sposobu kalkulacji ceny
i jej poszczególnych elementów, Przystępujący winien precyzyjnie i z należytą starannością wyjaśnić poszczególne elementy cenowe, w taki sposób, aby rozwiać wszelkie wątpliwości
co do możliwości wykonania przez niego zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Tymczasem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny udzielone w dniu 15 stycznia 2021 r. są bardzo ogólne, lakoniczne, niekonkretne.

W zakresie wyceny odwodnienia, Przystępujący wręcz przyznał podczas rozprawy,
że nie dokonał wyceny odwodnienia w oparciu o załączoną do SIWZ dokumentację geotechniczną, lecz o własne doświadczenie, przewidując odwodnienie jedynie
dla odwodnienia wykopu montażu przepompowni. W odpowiedzi całkowicie pominął precyzyjne pytania Zamawiającego co do tego jak liczono koszty odwodnienia, wskazania podstawy odliczenia kosztów oraz sposobu liczenia kosztów. Przystępujący nie przedstawił żadnej kalkulacji, stanowiącej informacje wymagane przez Zamawiającego. Nie wskazał żadnej ekonomicznej przesłanki, wskazującej w jaki sposób została wyliczona wartość 4 000 zł, obejmujących jedynie koszt odwodnienia wykopu dla montażu zbiornika przepompowni.

Zgodnie z SIWZ Rozdział XXI pkt 3, cena oferty musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, powinna zawierać wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem warunków realizacji przedmiotu zamówienia opisanych w Opisie Przedmiotu Zamówienia, załącznikach do SIWZ oraz projekcie umowy.

Elementem Opisu Przedmiotu Zamówienia była dokumentacja geotechniczna zawierająca dane dotyczące poziomu i ilości wód gruntowych na obszarze objętych przedmiotem zamówienia. Zetem zgonie z powyższym sposobem obliczenia ceny określonym w SIWZ, wykonawcy winni byli w cenie oferty uwzględnić warunki realizacji przedmiotu zamówienia, również w zakresie odprowadzenia wód gruntowych określonych w dokumentacji geotechnicznej. Z wyjaśnień Przystępującego jednoznacznie wynika, iż w cenie oferty nie uwzględnił kosztów odprowadzenia poziomu wód gruntowych wynikających z dokumentacji geotechnicznej (co zostało również przyznane na rozprawie), co zdaniem Izby stanowi potwierdzenie rażąco niskiej ceny. Cena nie uwzględnia w kalkulacji odwodnienia, warunków realizacji określonych przez Zamawiającego.

Odnosząc się do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie kosztów odtworzenia terenu /nawierzchni w wysokości 9 800,00 zł netto wskazać należy na ogólnikowość złożonych wyjaśnień oraz odwołanie się do posiadanego doświadczenia, nabytego przy realizacji I Etapu inwestycji. Przystępujący wskazał, że całość sieci kanalizacji sanitarnej wykonana zostanie
w nieutwardzonym poboczu drogi i w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, odniósł
się wyłącznie do kosztów odtworzenia poboczy. Przystępujący wskazał, że przyjęte
w przedmiarze robót wielkości odtworzenia drogi były jedynie pomocnicze, a jedynym właściwym sposobem obliczenia kosztów odtworzenia nawierzchni było przeprowadzenie wizji lokalnej. Ponadto powołał się na wytyczne Gminny Izabelin – Załącznik nr 1a do OPZ i braku w nich regulacji dotyczących sposobu odtworzenia poboczy nieutwardzonych, co było

podstawą przyjęcia przez Przystępującego sposobu odtworzenia poboczy, poprzez przywrócenie do stanu pierwotnego z wykorzystaniem gruntu rodzimego odłożonego na czas budowy.

Zgodnie z dowodem przedstawionym przez Odwołującego podczas rozprawy, przedmiotowa inwestycja będzie przebiegała w ciągu drogi, przy której znajdują się utwardzone zjazdy do posesji prywatnych. Izba uznała za wiarygodną dokumentacje zdjęciową złożoną przez Odwołującego, obrazującą utwardzone zjazdy do posesji przy. Ul. Abrahama, dla numerów parzystych, gdzie ma przebiegać przedmiotowa inwestycja. Za niewiarygodną Izba uznała dokumentację fotograficzną nieutwardzonych zjazdów na posesję, złożoną przez Przystępującego. Zdjęcia nie zawierają żadnej informacji identyfikującej miejsce, do którego
się odnoszą, mogą dotyczyć dowolnie sfotografowanych posesji, nie mogą zatem stanowić dowodu w sprawie.

Powyższe potwierdza, że Przystępujący winien w cenie oferty uwzględnić koszty odtworzenia zjazdów na posesje, co znajduje potwierdzenie w Załączniku nr 1 a – Wytyczne dotyczące nawierzchni dróg Gminnych, zgodnie z którymi, odtworzenie nawierzchni dróg
i terenów prywatnych po przeprowadzonych pracach budowlanych związanych z ułożeniem sieci kanalizacji sanitarnej należy przywrócić do stanu istniejącego przed rozpoczęciem robót. Przystępujący nie ujął kosztów odtworzenia utwardzonych podjazdów w cenie odtworzenia ternu/nawierzchni, a z drugiej strony nie wykazał, że takich prac do wykonania nie będzie.

W ocenie Izby, stanowi to potwierdzenie że Przystępujący w sposób niezgodny z Opisem Przedmiotu Zamówienia przyjął w wyjaśnieniach rażąco niskie ceny z dnia 21 stycznia 2021 r. sposób oraz podstawy obliczenia kosztów odtwarzania terenu, ograniczając się wyłącznie
do odtworzenia poboczy gruntem rodzimym i obsiania ich trawą. Tymczasem w dokumentacji projektowej (s. 25) do której odsyła STWIORB (a nie w Załączniku nr 1 do OPZ), stanowiącej opis przedmiotu zamówienia zawarte są zasady dotyczące sposobu odtworzenia pobocza. Wynika z niej jednoznacznie, iż odtworzenie poboczy ma nastąpić poprzez zagęszczenie podłoża zgodnie z normą PN-B-11113, poprzez ułożenia dwóch warstw kruszywa. Zatem twierdzenie Przystępującego dotyczące braku określenia sposobu odtworzenia pobocza
i przyjęcie za dopuszczalne odtworzenie go poprzez odłożenie gruntu rodzimego i ponowne wykorzystanie, nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji projektowej. Izba, nie uwzględniła dowodu z dokumentacji fotograficznej złożonego przez Przystępującego, na potwierdzenie,
że w I Etapie prac, Zamawiający odebrał prace, gdzie pobocza nieutwardzone zostały obsiane trawą. Izba wskazuje, że Etap I inwestycji nie jest objęty zakresem niniejszego odwołania.

Przystępujący składając ofertę, złożył również oświadczenie o zapoznaniu
się z dokumentacja projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót,
oraz o zweryfikowaniu powyższych dokumentów i przyjęciu ich do realizacji. Jednakże
jak wynika z wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz oświadczeń Przystępującego złożonych podczas rozprawy, wycenę oraz sposób odtworzenia poboczy oparł wyłącznie na Załączniku nr 1a do OPZ, oraz opisie przedmiotu zamówienia nie uwzględniając wymagań zawartych
w projekcie, stanowiącym element opisu przedmiotu zamówienia, uznając projekt za element dodatkowy.

Tym samym, należy przyjąć, iż Przystępujący potwierdził, że zaoferowana cena
w zakresie odtworzenia nawierzchni oparta została o inne, niż wymagane w SIWZ założenia,
o kosztach znacznie niższych, co potwierdza brak możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, za cenę podana w ofercie.

Izba nie uznała zarzutu podnoszonego przez Odwołującego w zakresie braku wyceny odtworzenia nawierzchni jezdni w rejonie ulic Abrahama i Sierakowskiej. Z oświadczenia Zamawiającego złożonego podczas rozprawy wynika, zakres ten został już zrealizowany
w I Etapie prac. Co do pozostałych komór startowych koniecznych do wykonania przy metodzie bezwykopowej, Przystępujący wyjaśnił, iż stosuje technologię, która pozwala na umieszczenie komór startowych w poboczu drogi, bez ingerencji w nawierzchnię. Odwołujący natomiast
nie wykazał, że taka technologia powoduje uszkodzenie nawierzchni.

Co do wymogu wskazania materiałów przewidzianych do odtworzenia terenu nawierzchni w rozbiciu na poszczególne elementy wraz z dowodami potwierdzającymi koszty, Przystępujący wskazał jedynie grunt rodzimy i trawę, co również potwierdza, że wycena
ta, nie uwzględnia faktycznego zakresu rzeczowego zamówienia wymaganego projektem budowlanym.

W odniesieniu do rozbieżności w zakresie kosztu pracy sprzętu podanego
w wyjaśnieniach z dnia 12 października 2020 r. jako kwota 2.400,00 zł a wskazanych
na rozprawie w dniu 17 grudnia 2020 r. jako kwota 967,88 zł, w ocenie Izby nie można uznać wyjaśnień z dnia 15 stycznia 2021 r. za wystarczające. W dalszym ciągu rozbieżności, o których wyjaśnienie wnosił Zamawiający nie zostały rozwiane.

Odnosząc się do kosztów materiałów wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z dnia 15 stycznia 2021 r. pkt 1 ppkt 3-6 również i w tym zakresie Przystępujący nie złożył wyjaśnień zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Zamawiający wzywał do podania kosztów materiałów przewidzianych do budowy poszczególnych sieci w rozbiciu na poszczególne elementy. Zamawiający nie wskazywał ogólnie grupy materiałów, których wyceny nie oczekuje
od Przystępującego, lub dopuszcza zbiorczą wyceną danego, określonego zakresu. Wzywał do podania kosztów z rozbiciem na poszczególne elementy, a więc z podaniem ich konkretnej, precyzyjnej ceny.

Wyjaśnienia udzielone przez Przystępującego polegały na dokonaniu podziału materiałów na podstawowe, których koszty wskazał poprzez załączenie ofert od swoich dostawców oraz na inne, niewymienione w ofertach, których koszt określił w ujęciu ogólnym, bez poparcia ich stosownymi ofertami.

Nie można zatem uznać, aby udzielnie tak ogólnej i lakonicznej odpowiedzi, stanowiło wyczerpanie obowiązku Przystępującego polegającego na złożeniu z należytą starannością wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Podkreślenia wymaga, że zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp ciężar dowodu zakresie wykazania że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy, i to wykonawca powinien przedstawić wszelkie możliwe dowody, które potwierdzą możliwość wykonania zamówienia
za zaoferowana cenę. W ocenie Izby, Przystępujący nie sprostał ciążącemu
na nim obowiązkowi.

Wskazać należy, że pomimo faktu iż w przedmiotowym zamówieniu Zamawiający określił cenę jako ryczałtową i nie narzucił wykonawcom sposobu kalkulacji ceny ani, struktury
i wysokości ponoszonych kosztów, to obowiązkiem Zamawiającego jest rzetelne badanie realności zaoferowanej przez

wykonawcę ceny, której sposób kalkulacji zapewni prawidłowe wykonanie zamówienia. Zamawiający musi mieć pewność, że cena, za którą będzie realizowane przedmiotowe zamówienia jest ceną realną a jej kalkulacja sporządzona została rzetelnie, w oparciu o całościową dokumentację zamówienia.

Izba podkreśla, ż dla oceny, że wykonawca udzielił wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz wyjaśnień odpowiednio umotywowanych, przekonujących, że zaproponowana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (por. uzasadnienia wyroków Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 5 stycznia 2007 r. sygn. akt V Ca 2214/06, 13 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3765/13 (dotyczył wyroku Izby z 22 października 2013 r. sygn. akt KIO 2354/13) oraz 17 lutego 2014 r. sygn. akt V Ca 3547/13 (dotyczył wyroku Izby z 7 października 2013 r. sygn. akt: KIO 2216/13, KIO 2221/13).

Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 8 czerwca 2006 r. sygn. akt V Ca 459/06 wskazał ponadto, że postępowanie wyjaśniające ma utwierdzić zamawiającego,

że dokonana przez niego wstępna ocena oferty jest prawidłowa lub nie. Jeśli lektura wyjaśnień pozostawia istotne wątpliwości co do tego, że wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie jest możliwe, zamawiający jest zobowiązany do odrzucenia oferty.

W ocenie Izby zarzut odwołującego dotyczący zaistnienia okoliczności określonych

w art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz 90 ust. 3 Pzp jest zasadny. Co więcej, wyjaśnienia Przystępującego pomimo swojej ogólnikowości potwierdziły, że cena oferty nie obejmuje całego zakresu rzeczowego objętego przedmiotem zamówienia, co stanowi uzasadnienia dla kolejnego zarzutu Odwołującego, polegającego na naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odnosząc się zatem do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że treść złożonych wyjaśnień ceny potwierdza,

że Przystępujący dokonał wyceny jak i przewidział realizację przedmiotu zamówienia

przy zastosowaniu technologii wprost niezgodnej z wymaganiami SIWZ, dodatkowo poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z urządzeniami równoważnymi pomimo niewskazania tego

w ofercie i niewykazania równoważności w trybie art. 30 ust. 5 Pzp, Izba uznała zarzut

za zasadny. W ocenie Izby zarzut odnosi się w szczególności do kosztów odwodnienia

oraz kosztów odtworzenia poboczy, których sposób obliczenia oraz technologia wykonania

z pominięciem dokumentacji geotechnicznej oraz wytycznych zawartych w projekcie, zostały przyznane na rozprawie przez Przystępującego.

Izba podziela stanowisko, zgodnie z którym w przypadku gdy procedura wyjaśnienia rażąco niskiej ceny potwierdzi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to poza podstawą odrzucenia oferty z powodu rażąco niskiej ceny, oferta podlega samodzielnie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, oraz stanowisko Przystępującego podczas rozprawy, nie pozostawiają wątpliwości, że zaoferowany sposób wykonania odwodnienia oraz wykonania i wyceny odtwarzania poboczy, został dokonany z pominięciem dokumentacji geotechnicznej projektu budowlanego, stanowiącego element opisu przedmiotu zamówienia. W tym zakresie niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest oczywista, nie budząca wątpliwości. A zatem odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest obowiązkiem Zamawiającego, który został zaniechany.

Odnosząc się do zaoferowanej pompy typu METALCHEM MSV-80-32jako produktu równoważnego, w stosunku do pompy wskazanej w SIWZ (Grundfos) – jako pompa przykładowa, to wyjaśnić należy, że Zamawiający określił w SIWZ parametry i wymagania

dla pompy do przepompowni, wskazując również na przykładową pompę, podając jej nazwę

i typ a także dopuścił składanie ofert równoważnych. W przypadku zaoferowania produktu równoważnego, wykonawca winien zgodnie z wymaganiami zawartymi w pkt. 14 formularza ofertowego, podać miejsce zainstalowania urządzenia i dołączyć do oferty dokumentację techniczną umożliwiającą Zamawiającemu sprawdzenie równoważności na etapie badania

i oceny ofert – zgodnie z danymi zawartymi w załączniku nr 3 do SIWZ (tabela równoważności). Zgodnie z opisem do tabeli równoważności, w przypadku niezastosowania urządzeń równoważnych należy wpisać „nie dotyczy".

Przystępujący, w pozycji 14 formularza oferty złożył oświadczenie o treści

„NIE DOTYCZY", bez wypełniania załącznika nr 3 – tabeli równoważności, czym potwierdził, że w ramach realizacji zamówienia nie będzie posługiwał się produktami i urządzeniami równoważnymi. Zatem w zakresie wymaganej pompy, Przystępujący zaoferował pompę Grundfos, wskazaną w SIWZ, jako produkt referencyjny. Tymczasem, w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazał, że oferuje realizację zamówienia z wykorzystaniem pompy METALCHEM MSV-80-32, co zostało dodatkowo potwierdzone podczas rozprawy.

Wskazać należy, że jeżeli wykonawca zamierza zastosować przy realizacji zamówienia materiały lub urządzenia równoważne w stosunku do opisanych przez Zamawiającego,

to zobowiązany jest wykazać już na etapie składania oferty (jak wymagał tego Zamawiający), że oferowane przez niego materiały lub urządzenie równoważne, spełniają wymagania Zamawiającego. Obowiązek wykazania Zamawiającemu, że oferowane przez wykonawcę rozwiązania równoważne spełniają wszystkie wymagania techniczne Zamawiającego,

musi zostać zrealizowany, najpóźniej w dacie złożenia oferty. Co więcej, opis ten musi

być na tyle szczegółowy, żeby Zamawiający przy ocenie ofert mógł ocenić, czy zaoferowane urządzenie równoważne spełnia wymagania techniczne określone w SIWZ. Obowiązek

ten obciąża wykonawcę i musi zostać wykonany najpóźniej na etapie składania ofert.

Z okoliczności sprawy wynika, że Przystępujący, na etapie składania wyjaśnień

(tj. już po złożeniu ofert) dokonał zmiany treści oferty, co jest czynnością niedopuszczalną

na gruncie prawa zamówień publicznych (art. 87 ust. 1 zd. drugie Pzp). Pomimo wskazania w odwołaniu w tym zakresie naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 zamiast 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 89 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty niezgodnej z ustawą

w związku z dokonaniem nieuprawnionej zmiany treści oferty, Izba wskazuje za stanowiskiem sądów powszechnych, że zakres zarzutów wyznaczają okoliczności faktyczne, w których odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 29.06.2018 r. sygn. akt: XIII Ga 546/18, wyrok Sądu Okręgowego w Rzeszowie z 18.04.2012 r. sygn. akt: I Ca 117/12, wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29.06.2009 r. sygn. akt: X Ga 110/09). Krajowa Izba Odwoławcza związana jest zatem zawartymi w odwołaniu zarzutami (art. 192 ust. 7 p.z.p.), ale nie jest związana przyjętą przez odwołującego kwalifikacją prawną okoliczności faktycznych wskazanych w zarzucie. Izba wskazuje, że ww. zarzut został sformułowany na str. 28 odwołania. Izba uznała zarzut zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego za zasadny.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego niezgodności zaoferowanej (równoważnej pompy) z wymaganiami Zamawiającego w zakresie parametru wolnego przelotu. Jak wykazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oraz podczas rozprawy, dokumentacja techniczna zawarta w SIWZ w zakresie przedmiotowego parametru zawierała rozbieżności. Warunki techniczne dla realizacji sieci i przyłączy kanalizacyjnych z dnia 04.12.2015 r. wskazywały
na parametr wolnego przelotu nie mniejszego niż 80 mm, podczas gdy w projekcie budowlanym (rys. 33) wskazano, że pompa wymaga średnicy 65 mm. Biorąc pod uwagę, iż projekt budowlany ma znaczenie decydujące dla realizacji inwestycji, wskazać należy,
że Przystępujący miał prawo zaoferować pompę, spełniającą parametry wskazane w projekcie. Ponadto, rozbieżności w zapisach SIWZ, za które odpowiedzialność ponosi Zamawiający,
nie mogą obciążać wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zastosowania przez Przystępującego niewłaściwych rur PCV do wykonania kanalizacji metodą bezwykopową, Izba pozostawiła zarzut bez rozpoznania z uwagi na powołanie się przez Odwołującego na okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 3192/20: *„Ponadto, spornym było czy w cenie koniecznym jest uwzględnienie konkretnych materiałów –
rur osłonowych lub równoważnych, a nie rur PVC – do wykonania kanalizacji metodą bezwykopową. Zamawiający nie uregulował w dokumentacji postępowania jakich materiałów użyć do wykonania sieci wodociągowej tłocznej, żaden z wykonawców o to nie pytał w ramach wyjaśnień SIWZ, więc obecnie jest to w zakresie swobody doboru przez wykonawców. Zamawiający wyjaśnił, że będzie to weryfikowane na etapie realizacji robót i jest to decyzja odpowiedzialnego za roboty inspektora nadzoru. Nie ma tez żadnych wytycznych, czy norm
w tym przedmiocie, zależy to od zaleceń konkretnego producenta. Izba podzieliła to wiarygodne i przekonujące stanowisko, zaś odwołujący nie podważał go i nie zdecydował się na wykazanie okoliczności przeciwnej.*

(…)

*Skład orzekający nie znalazł zatem podstaw, aby przyjąć, że przystępujący zaniżył swoją cenę, nie oferując konkretnego materiału (spornych rur), skoro nie udowodniono, aby wymóg taki wynikał z dokumentacji przetargu, norm techniczno-budowlanych, zasad wiedzy technicznej
i sztuki budowlanej w zakresie wykonania sieci wodociągowej tłocznej, czyli z obiektywnych, weryfikowalnych podstaw. Stanowisko odwołującego pozostało w sferze subiektywnych przekonań strony, których nie udowodniono, więc na tej podstawie nie można było stwierdzić, że doszło do naruszenia prawa przez oceniającego wyjaśnienia ceny zamawiającego”.*

Wobec powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku
z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wadliwego wyboru oferty najkorzystniejszej
w postępowaniu.
W powyższych okolicznościach należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku
na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu
od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba, pomimo uznania kilku zarzutów za niezasadne, obciążyła w całości kosztami postępowania Zamawiającego, wskazując, iż waga zarzutów uwzględnionych ma zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania.

Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującegokwotę 3.600,00 zł stanowiącą wynagrodzenie jednego pełnomocnika.

Przewodniczący: ……

-