Sygn. akt: KIO 482/22

WYROK

z dnia 11 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 marca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dniu 21 lutego 2022 r. przez wykonawcę B. Dz. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. Dz. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, ul. Sikorskiego 2C w postępowaniu prowadzonym

przez zamawiającego - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie, ul. Żelazna 59A

przy udziale wykonawcy J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EFB Partner J. K. z siedzibą w Serocku, ul. Polna 63 zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 482/22 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę B. Dz. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą B&W Usługi Ogólnobudowlane B. Dz. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, ul. Sikorskiego 2C i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę B. Dz. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą R&W Usługi Ogólnobudowlane z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, ul. Sikorskiego 2C

tytułem wpisu od odwołania.

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 2021 r., poz. 1129 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 482/22

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Remont ostróg na rzece Wiśle” zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2022/BZP 00003903/01 w dniu 4 stycznia 2022 r.

W dniu 15 lutego 2022 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania.

W dniu 21 lutego 2022 r. odwołanie wniosła B. Dz. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą R&W Usługi Ogólnobudowlane B. Dz. z siedzibą w Pruszczu Gdańskim, ul. Sikorskiego 2C. Odwołanie zostało wniesione przez właściciela firmy. Odwołanie zostało przekazane zamawiającemu w dniu 21 lutego 2022 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) przez zaniechanie wykluczenia EFB PARTNER J. K., mimo że cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, zaś zamawiający wbrew dyspozycji art. 224 ust. 6 ustawy nie dopełnił procedury oceny wyjaśnień w zakresie oceny oferty skupiając się jedynie na przesłankach formalnych, bez prowadzenia pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę który nie przedstawił wystarczających wyjaśnień ani dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny,

b) art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy przez zaniechanie wykluczenia EFB PARTNER J K. z postępowania pomimo przedstawienia przez EFP PARTNER J K. w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;

c) art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie z Pzp oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu.

Wniósł :

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EFB PARTNER J K.,

2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem czynności wskazanych w niniejszym odwołaniu, dotychczas zaniechanych przez zamawiającego, a w konsekwencji odrzucenia oferty EFB PARTNER J K. ze względu na wszystkie istniejące podstawy odrzucenia tej oferty oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego,

Ponadto o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego od zamawiającego na rzecz odwołującego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że spełnia przesłanki umożliwiające wniesienie odwołania, o których mowa w art. 513 ust. 1) i 2) ustawy Pzp, tj. posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę, spełniającą wszystkie wymagania zamawiającego opisane w SIWZ, natomiast na skutek czynności zamawiającego - sprzecznych z przepisami ustawy Pzp - może nie uzyskać: zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 161/14). W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów pzp odwołujący doznał uszczerbku, w związku z czym może ponieść szkodę. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za szkodę} uważa się} niemożność: uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań zamawiającego, tj. pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia (wyrok z dnia 5 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1557/11). W związku z wyborem jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez EFB PARTER J K. oraz zaniechania odrzucenia oferty, pomimo że zawiera ona rażąco niską cenę, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, odwołujący nie ma możliwości pozyskania i wykonania zamówienia.

W przypadku uwzględnienia tego odwołania odwołujący będzie miał możliwość uzyskania niniejszego zamówienia, ponieważ złożył najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Zamawiający dnia 28 stycznia 2021 r. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, ponieważ cena oferty złożonej przez EFB PARTNER J K. w wysokości 1 899 358,56 zł brutto jest niższa o ponad 30% od wartości szacunkowej określonej przez zamawiającego oraz od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy oraz dnia 08 luty 2022 r. na podstawie art. 224 ust. 2 pkt. 1 ustawy wezwał wykonawcę do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

Wykonawca złożył wyjaśnienia w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w tym przedłożył kosztorys ofertowy.

Dowód: pisma EFB PARTNER J K. z 02.02.2022 r. i 09.02.2022 r.

Dnia 15 lutego 2022 r. zamawiający dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej po-

przez wybór EFB PARTNER J K.

Dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 15.02.2022 r.

W ocenie odwołującego dotyczące tego że zamawiający nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8).

W tym postępowaniu wykonawca w złożonych wyjaśnieniach przedstawił kosztorys ofertowy, z którego wynika iż nie zostały uwzględnione następujące elementy:

a. Brak uwzględnienia użycia sprzętu w wycenie realizacji robót budowlanych - zdaniem odwołującego nie jest technicznie możliwe, aby roboty wskazane w następujących pozycjach wykonać ręcznie na wodzie wyłącznie za pomocą osób fizycznych/pracowników, nie używając sprzętu pływającego i dźwigów:
- poz. 5 kosztorysu - wykonanie palisady z pali drewnianych (1,5 m);

- poz. 6 kosztorysu - wykonanie palisady z pali drewnianych (2,5 m);

- poz. 8 kosztorysu - ułożenie geowłókniny filtracyjnej;

- poz. 10 kosztorysu - ułożenie materacy siatkowo - kamiennych o grubości 30 cm.

b. Brak wskazania użycia materiału w przedstawionej wycenie - zdaniem odwołującego wycena EFB PARTNER J K. w następującej pozycji nie uwzględniono ok. 200 m3 kamienia do wypełnienia materacy co zaniżyło wycenę pozycji (cena rynkowa kamienia oscyluje na poziomie 200 zł / m3 co daje łącznie kwotę ok 40 000 zł:

- poz. 10 kosztorysu ułożenie materacy siatkowo - kamiennych o grubości 30 cm.

c. Zaniżone ceny pracy sprzętu - zgodnie z załączoną ofertą ceny rynkowe odbiegają znacząco od ujętych w kosztorysie cen EFB PARTNER J K.:

- poz. 2 kosztorysu - koparka jest 89 zł / r-g powinno być 180 zł / r-g

- poz. 3 kosztorysu - koparka jest 89 zł / r-g powinno być 180 zł / r-g

- poz. 4 kosztorysu - holownik jest 65 zł / r-g powinno być 200 zł / r-g

- poz. 4 kosztorysu - krypa jest 21 zł / r-g powinno być 40 zł / r-g

- poz. 7 kosztorysu - barka jest 21 zł / r-g powinno być 40 zł / r-g

- poz. 9 kosztorysu - holownik jest 65 zł / r-g powinno być 200 zł / r-g

- poz. 9 kosztorysu - krypa jest 21 zł / r-g powinno być 40 zł / r-g

- poz. 11 kosztorysu - holownik jest 65 zł / r-g powinno być 200 zł / r-g

- poz. 11 kosztorysu - barka jest zł 19,40 zł / r-g powinno być 40 zł / r-g

- poz. 11 kosztorysu - krypa jest 21 zł / r-g powinno być 40 zł / r-g

- poz. 11 kosztorysu - kotwiarka jest 21 zł / r-g powinno być 40 zł / r-g

- poz. 11 kosztorysu - łódź ciężarowa jest 21 zł / r-g powinno być 30 zł / r-g

d. Zaniżone ceny faszyny w kosztorysie - zdaniem odwołującego wycena EFB PARTNER J K. w następującej pozycji jest zaniżona o 220.590,81 zł:

- poz. 4 kosztorysu - wykonanie faszyny wiklinowej w ostrodze (1285 m3) jest cena jednostkowa 5,50 zł / mp a powinno być minimum 150 zł / mp czyli łącznie wartość elementu jest wyceniona na 8.396,19 zł zamiast 228.987,00 zł;

e. Zaniżone ceny faszyny w kosztorysie - zdaniem odwołującego wycena EFB PARTNER J K. w następującej pozycji jest zaniżona o 141.494,40 zł:

- poz. 11 kosztorysu - ułożenie materacy faszynowych w kracie 2x2 cena jednostkowa jest 5,50 zł / mp a powinno być minimum 150 zł / mp czyli łącznie wycena wynosi 5.385,60 zł zamiast 146.880,00 zł;

f. Ponadto firma EFB PARTNER J K. w odpowiedzi na drugie wezwanie zamawiającego do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyjaśnienia zaoferowanej ceny poinformo-

wała, że posiada zapasy materiałów w postaci:

- kamień 30% zapotrzebowania na remont ostróg
- materace siatkowo kamienne o grubości 30 cm - 40% zapotrzebowania na remont ostróg
- faszyna z własnej plantacji - 100 % zapotrzebowania na remont ostróg.

Zdaniem odwołującego posiadanie zapasów materiałów nie uzasadnia w żaden sposób do obniżenia jego ceny jednostkowej do poniżej 3% jego dzisiejszej rynkowej wartości. Na przestrzeni ostatnich 3-5 lat cena kamienia wzrosła przeciętnie o 20%, a nie o ponad 3000% więc posiadanie zapasów nie uzasadniania przyjęcia takiej ceny jednostkowej. Posiadanie własnej plantacji faszyny nie uzasadnia przyjęcia do wyceny jednostkowego jej kosztu w wysokości 5,50 zł / mp w sytuacji, gdy ceny rynkowe faszyny kształtują się na poziomie minimum 150 zł / mp bowiem jest to ok 4% jej rynkowej wyceny. W takiej kalkulacji nie uwzględniono kosztu żadnego jej ścięcia, załadunku, transportu, rozładunku na budowie. Wykonawca nie wykazał w jakim stopniu wyżej wymienione okoliczności wpłynęły na oferowaną przez niego cenę, co zgodnie wyrokiem KIO z dnia 6 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 170/20 powinno być uznane za brak złożenia wyjaśnień, bowiem w przypadku gdy zamawiający zwróci się do wykonawcy o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, ciężar udowodnienia, że zaoferowana cena lub koszt (lub ich części składowe) nie są rażąco niskie spoczywa na wezwanym wykonawcy.

Zwrócenie się o wyjaśnienia kreuje domniemanie rażąco niskiej ceny lub kosztu, które wykonawca może obalić, składając przekonujące wyjaśnienia oraz dowody, wykazujące, że możliwe jest rzetelne wykonanie zamówienia za zaproponowaną cenę lub koszt. Obalenie tego domniemania tj. przekonujące udowodnienie, za pomocą dowodów, że oferowana cena nie jest rażąco niska spoczywa na wykonawcy.

Jeśli wykonawca nie udzieli wyjaśnień bądź gdy udzielone wyjaśnienia potwierdzą w ocenie zamawiającego, że cena lub koszt oferty są rażąco niskie, oferta wykonawcy zostanie odrzucona.

Złożenie wyjaśnień niepopartych dowodami bądź ogólnikowych może zostać uznane przez zamawiającego za brak złożenia wyjaśnień. W orzecznictwie podkreśla się, że wyjaśnienia wykonawcy, udzielone w trybie art. 224 ust. 6 ustawy Pzp nie mogą mieć charakteru ogólnego, nie mogą ograniczać się do zapewnienia, że wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie za podaną w ofercie cenę. Wykonawca, wezwany do udzielenia wyjaśnień, jest zobowiązany szczegółowo wskazać konkretne, dające się zweryfikować czynniki umożliwiające mu skalkulowanie ceny lub kosztu na niskim poziomie. Ponadto wykonawca winien przedstawić w jakim stopniu dany czynnik wpłynął na obniżenie ceny. Zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie ugruntowany jest podgląd, że jeżeli odpowiedź wykonawcy na wezwanie do wyjaśnienia nie zawiera żadnego wytłumaczenia sposobu kalkulacji ceny, żadnego wskazania czynnika sprzyjającego wykonawcy i umożliwiającego zaoferowanie tak niskiej ceny, jak też żadnego dowodu potwierdzającego przyjętą kalkulację i czynniki sprzyjające, to mamy do czynienia z wyjaśnieniami o charakterze ogólnikowym. Wówczas zamawiający nie ma podstaw do powtórnego wzywania wykonawcy do wyjaśnień, lecz powinien odrzucić jego ofertę (zob. np. wyrok KIO 25.09.2018 r., KIO 1827/18, LEX nr 2585656; wyrok KIO z 23.05.2019 r., KIO 815/19, LEX nr 2691004).

Zamawiający co do zasady może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jedynie jednokrotnie. W wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny nie chodzi jednak o złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, a jedynie takich, które w sposób niebudzący wątpliwości pozwalają na ocenę oferty pod względem zaoferowania rażąco niskiej ceny. Zamawiający może wezwać ponownie do złożenia wyjaśnień tylko tego wykonawcę, który rzetelnie złożył pierwsze wyjaśnienia, a nie takiego, który, uchylając się od udzielenia szczegółowych informacji i przedstawienia dowodów, złożył wyjaśnienia w sposób zdawkowy i ogólnikowy. Zamawiający nie może wzywać wykonawcy kilkakrotnie do uszczegółowienia i skonkretyzowania ogólnikowych twierdzeń podanych wcześniej. Powyższe prowadzi bowiem do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, przez sugerowanie wykonawcy, jakie wyjaśnienia powinien ostatecznie złożyć (KIO 2025/14). Odwołujący podkreślił, że wykonawca nie może na obecnym etapie postępowania uszczegóławiać i modyfikować wyjaśnień złożonych w toku postępowania.

W dniu 23 lutego 2022 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 24 lutego 2022 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca J K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EFB Partner J K. z siedzibą w Serocku, ul. Polna 63 wnosząc o oddalenie odwołania, Wskazał, że ma interes w przystąpieniu po stronie zamawiającego, gdyż zarzuty odwołania zmierzają do

odrzucenia jego oferty, a uwzględnienie odwołania mogłoby pozbawić przystępującego możliwości uzyskania zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 lutego 2022 r. udzielonego przez właściciela firmy. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania kopii zgłoszenia stronom. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i obciążenie odwołującego kosztami postępowania według norm przepisanych. Zamawiający podniósł, że ciężar dowodu obciąża odwołującego, a ten mu nie sprostał. Odwołujący winien tym samym wykazać, iż wykonanie zamówienia nie jest możliwe za cenę podaną w ofercie przystępującego. Takie jednoznaczne dowody nie zostały dotychczas zaoferowane. Występowanie różnic pomiędzy cenami poszczególnych ofert, czy też różnicy w stosunku do szacunkowej wyceny zamawiającego jest normalnym zjawiskiem. Przystępujący udzielił wyjaśnień, które zamawiający uznał za kompletne, wyczerpujące i pozwalających na dokonanie oceny oferty pod kątem tego, czy nie zawiera ona rażąco niskiej ceny. Przystępujący wskazał bowiem na wszelkie czynniki mające wpływ na cenę, tak by potwierdziły prawidłowość obliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich niezbędnych kosztów. Złożona oferta została skalkulowana w oparciu o wszystkie niezbędne wskaźniki, jak koszty robocizny, koszty pośrednie, koszty zakupu, podatki, zysk. Przystępujący wskazał również ma przewagi swej oferty względem innych potencjalnych wykonawców wynikające z faktu skrócenia łańcucha dostaw (własna plantacja faszyny), szybkim dostępie do gotowych rozwiązań i materiałów (kamień, materace siatkowokamienne, faszyna), logistyce (własny sprzęt wodny i lądowy zlokalizowany w porcie Elbląg). Zamawiający podniósł, że powodem skierowania wezwania do przystępującego była duża rozbieżność cenowa ofert, która spowodowała, że oferta odbiegała o więcej niż 30% od średniej arytmetycznej złożonych ofert. Przystępujący wykazał koszty pracy powyżej kosztów minimalnych wynikających z minimalnego wynagrodzenia za pracę. Aktualnie stawka wynagrodzenia za pracę wynosi 19,70 zł. Przystępujący w swej kalkulacji przyjął stawkę jednostkową roboczogodziny wynosi 35,00 zł. W ocenie zamawiającego, wbrew wskazaniom wywiedzionego odwołania, przystępujący w swej ofercie oraz złożonych wyjaśnieniach dotyczących zaoferowanej ceny wyjaśnił w sposób wystarczający sposób w jaki skalkulował swą ofertę. Pozwoliło to zamawiającemu uznać, iż jest on w stanie wykonać zadanie bez poniesienia strat. Odnosząc się do kwestii wyceny robót budowalnych polegających na wykonaniu palisady z pali drewnianych, ułożenia geowłókniny i ułożenia koszy siatkowo-kamiennych zamawiający zauważył, iż sposób realizacji tych prac został określony w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, zaś prace te w przeważającej mierze winny być wykonywane ręcznie. Tym samym chybiony jest zarzut odwołującej wskazujący na potrzebę zastosowania odmiennej technologię wykonania tych prac. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przedstawił m.in. kosztorys ofertowy z wykorzystaniem Katalogów Nakładów Rzeczowych oraz Kosztorysowych Norm Nakładów Rzeczowych, które we wskazanych pozycjach nr 5, 6, 8 i 10 przewidują w ramach dopuszczalnej technologii wykonywanie tego rodzaju robót ich wykonanie bez użycia sprzętu mechanicznego. W sporządzonej na zlecenie Zamawiającego dokumentacji remontu przedmiotowych ostróg określono, iż palisada z pali 1,5m i 2,5m winna być wykonana na warstwie ułożonej wcześniej faszynady. W ocenie zamawiającego, uwzględniając stany wody w korycie rzeki Wisły na przestrzeni ostatnich kilku lat w okresach, w których mogą być realizowane prace, technologia wykonania wskazanych robót przyjęta przez przystępującego jest prawidłowa. Specyfikacja techniczna przewiduje wbijanie palisady przy użyciu ręcznego kafara. Geowłóknina filtracyjna układana ma być powyżej faszynady wiklinowej na warstwie tłucznia, dlatego również technicznie możliwe jest jej ręczne ułożenie. Podobnie w przypadku ułożenia materacy siatkowokamiennych - specyfikacja techniczna przewiduje ich ręczne ułożenie przy użyciu szczypiec, obcęgów i dźwigni (łomu) do zamykania wieka lub w sposób zmechanizowany przy użyciu specjalnej zszywarki o napędzie pneumatycznym, zaciskającej prefabrykowane zszywki. Wypełnienie materacy kamieniami następuje o ich ręcznym ułożeniu. Odwołujący nie przedstawił żadnej analizy ekonomicznej wykonania powyższego zakresu przy użyciu sprzętu i bez użycia tego sprzętu. W przedstawionych wyjaśnieniach dotyczących cen pracy sprzętu wyszczególnionych w poz. nr 2, 3, 4, 7, 9 i 11 przystępujący oświadczył, że posiada własny sprzęt lądowy i wodny. W kalkulacji cen jednostkowych uwzględnił przy tym racjonalne jego wykorzystanie po faktycznych kosztach które będzie ponosił. Przeprowadzona przez zamawiającego analiza porównawcza cen proponowanych

przez Przystępującego z cenami pracy i najmu sprzętu budowlanego wyszczególnionego w informatorze o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego SEKOCENBUD za IV kwartału 2021 roku wykazała, że przyjęte w wybranej ofercie ceny jednostkowe są, wbrew wskazaniom zawartym w treści odwołania, zbliżone do cen rynkowych.

W trakcie oceny oferty przyjęto oświadczenie Przystępującego dotyczące źródła pochodzenia faszyny (własna plantacja). Cena jednostkowa faryny wiklinowej wyszczególniona w poz. 11 kosztorysu ofertowego, która została zastosowana do wyceny zadania w ocenie zamawiającego pokrywa koszty jej wycinki, załadunku, transportu oraz rozładunku na budowie. Potencjalny wykonawca posiadający własny sprzęt oraz część materiałów może skalkulować je indywidualnie, tak aby osiągnąć założony zysk na

wykonaniu całego przedsięwzięcia. Przystępujący wyjaśnił, co spowodowało obniżenie ceny, jak również to, w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie.

Odnosząc się do zarzutu wprowadzenia zamawiającego w błąd poprzez zamierzone działania i rażące niedbalstwo wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wskazał, iż treść specyfikacji warunków zamówienia

określała fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawców poprzez odwołanie jedynie do

treści art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zamawiający w dokumentacji postępowania nie formułował dalej idących wymogów w tym względzie dla potencjalnych wykonawców. Zamawiający zauważył, iż wbrew wskazaniom odwołującej nie można odrzucić ofertę z rażąco niską ceną w trybie odrzucenia oferty będącej czynem nieuczciwej konkurencji. Złożenie oferty z rażąco niską ceną nie jest równoznaczne z czynem nieuczciwej konkurencji. Nie można bowiem powołując się na te same fakty odrzucić oferty z powodu rażąco niskiej ceny i braku spełnienia wymogów przewidzianych w specyfikacji warunków zamówienia.

Jednoznacznie wskazała na to Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 maja 2021 roku, sygn. akt KIO 1053/21. Odwołujący wskazując na rzekome naruszenie zamawiającego nie wskazał na wyraźnie niezgodności oferty przystępującego ze specyfikacją warunków zamówienia. Treść uzasadnienia wywiedzionego odwołania pozwala przyjąć, iż odwołujący ich źródła upatruje w rażąco niskiej cenie oferty przystępującego, co w jej błędnej ocenie winno skutkować „wykluczeniem" przystępującego. W efekcie przeprowadzonych analiz ustalono, że przyjęcie złożonej przez przystępującego oferty umożliwia uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów. Zdaniem zamawiającego została przy

tym zachowana zasada uczciwej konkurencji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania wskazując, że odwołującego obciążar ciężar dowodu i nie wykazał swoich twierdzeń. Przystępujący złożył wyjaśnienia, z których jednoznacznie wynika, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za wskazaną przez przystępującego cenę. Nie wykazał także, aby wykonanie prac wskazanych na str. 5 odwołania nie było możliwe bez użycia sprzętu.

Przystępujący w założeniach ofertowych przyjął, iż:

- palisada o długości 1,5 m wykonywana będzie ręcznie, bez użycia sprzętu;

- palisada o długości 2,5 m wykonywana będzie z użyciem sprężarki powietrza;

- ułożenie włókniny zgodnie z KNR jest wykonywane ręcznie - brak sprzętu

przewidzianego dla wykonywania tego typu prac;

- ułożenie materacy siatkowych przewidziano do wykonania ręcznie, albowiem nie ma możliwości dojazdu od strony lądu.

Odnośnie pkt b na str. 5 uzasadnienia przystępujący wskazał ponownie, iż posiada we własnych zasobach ok. 30% kamienia niezbędnego do wykonania zamówienia, który został pozyskany przez przystępującego bezkosztowo na przestrzeni kilku lat w efekcie wykonywania różnego rodzaju zamówień, z którymi związana była utylizacja tego typu materiału. Koszty dowozu tego materiału na teren realizacji zamówienia ujęte zostały w pozycjach ogólnych kosztorysu takich jak: koszty pośrednie oraz koszty zakupu.

Odnośnie pkt c uzasadnienia odwołania (str. 5), przystępujący podniósł, iż w przeciwieństwie do odwołującego dysponuje całym sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia, tym samym nie musi ponosić kosztów jego najmu. Koszty wykazywane przez odwołującą na podstawie otrzymanej wyceny pracy sprzętu nie są takimi samymi kosztami, jakie ponosi przystępujący.

Odnośnie punktów d i e na str. 6 uzasadnienia odwołania przystępujący wskazał, że faszyna pozyskiwana do wykonania umowy pochodzić będzie z tzw. cięcia sanitarnego, które jest dokonywane w odniesieniu do tych roślin, których wiek zbliża się do 4 lat, albowiem po upływie takiego czasu wiklina nie może być już wykorzystywana na takie potrzeby, jakie wynikają ze specyfiki przedmiotowego zamówienia. W związku z tym, pozyskanie tego rodzaju materiału nie jest powiązane z kosztami zakupu, a jedynie z kosztami cięcia i dostawy na teren realizacji zamówienia. Wykorzystując wiklinę przeznaczoną do cięcia sanitarnego (lecz zdatną jeszcze do zastosowania na przedmiotowym zamówieniu) przystępujący czyni w zasadzie oszczędności w efekcie uniknięcia kosztów wynikających z utylizacji tego materiału, który nie nadawałby się już do wykorzystania w terminie

późniejszym. Stąd oferta przystępującego uwzględnia całkowity koszt pozyskania faszyny na potrzeby realizacji zamówienia.

Powołane przez odwołującego orzecznictwo nie wskazuje na stan faktyczny, który można porównać z przedmiotowym i uznać za analogiczny.

Występowanie różnic pomiędzy cenami poszczególnych ofert, czy różnicy w stosunku do szacunkowej wyceny zamawiającego nie jest wystarczającym argumentem do przyjęcia, iż cena oferty Przystępującego jest rażąco niska. Co najwyżej można uznać, iż cena ta jest niska (niższa od innych cen). Powołał wyrok KIO 1257/21 z dnia 25.06.2021r., wyrok KIO 903/21 z dn. 13.05.2021r.

Odwołujący podtrzymał wniosek o uwzględnienie odwołania w całości i o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych w łącznej kwocie 13.617 zł na którą składają się:

1) uiszczony przez odwołującego wpis,

2) poniesione przez odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł (na podstawie faktury nr FV/28/2022 dołączonej do akt),

3) opłata skarbowa od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów:

1) oferty BIO HYDROTECHNIKA z dn. 07.03.2022 r.

2) oferty SPELWARHYDROTECHNIKA sp. z o.o. z dn. 14.01.2022 r.

3) oferty Rhenus Połt Logistics sp. z o.o. z dn. 01.10.2021 r.

4) oferty Faszyna.eu z dn. 06.01.2022 r.

na okoliczność wysokości cen rynkowych za użytkowanie sprzętu pływającego, zakup faszynady wiklinowej do ostrogi, materacy faszynowych, wykonania palisady, wykonania materaca taflowego, wykonania płotków z kiszek wraz z przysypaniem gruntem, zaoferowania przez przystępującego do postępowania odwoławczego ceny rażąco niskiej, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych.

Odwołujący podniósł, że przystępujący do odwołania miał obowiązek udzielić wyczerpujących i konkretnych wyjaśnień oraz przedstawić na te twierdzenia odpowiednie dowody już po pierwszym wezwaniu zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Skierowanie do wykonawcy wezwania do złożenia wyjaśnień na okoliczność zaoferowania ceny rażąco niskiej powoduje powstanie domniemania, że cena ta jest ceną rażąco niską, a obowiązkiem wykonawcy jest domniemanie to obalić.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień ma co do zasady charakter jednorazowy. Zdaniem odwołującego złożone przez przystępującego do odwołania w dniu 02 lutego 2022 r. wyjaśnienia miały charakter ogólnikowy, a co więcej nie zostały poparte żadnymi dowodami.

Zamawiający nie powinien wzywać ponownie wykonawcy do złożenia dalszych wyjaśnień, ale już wówczas odrzucić ofertę EFB z uwagi na brak obalenia domniemania rażąco niskiej

ceny.

EFB w swoich wyjaśnieniach nie wskazał jakim konkretnie sprzętem dysponuje i czy sprzęt ten rzeczywiście może zostać użyty do wykonania przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie przedstawił również dowodów na dysponowanie odpowiednimi zasobami ludzkimi, nie wskazał wysokości wynagrodzeń ani nie uwzględnił kosztów nabycia materiałów i usług. Obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. To na przystępującym do odwołania spoczywał zatem ciężar wykazania, że w przedstawione przez niego wyjaśnienia potwierdzają, że jest w stanie za zaoferowaną cenę wykonać cały przedmiot zamówienia według specyfikacji przedstawionej przez zamawiającego. W przedstawionych wyjaśnieniach nie uwzględniono części materiałów niezbędnych do

wykonania przedmiotu zamówienia (np. kamień do wypełniania materacy, koszty faszyny wiklinowej, koszty kiszek z faszyny) oraz przyjęto nierealne ceny materiałów i usług. Zgodnie z pkt 6.5 SWZ w zw. z 1 ust. 5 projektowanych postanowień umowy „Cena ofertowa winna obejmować wszystkie koszty i składniki wraz z narzutami niezbędne do wykonania całości przedmiotu zamówienia w zakresie objętym Opisem przedmiotu zamówienia oraz Projektowanymi postanowieniami umowy. ”

Nie jest wystarczające samo powołanie się na istnienie tego rodzaju okoliczności, lecz konieczne jest wykazanie w sposób mierzalny, jak wpływają one na obniżenie kosztów realizacji zamówienia, jakie mają przełożenie na poszczególne elementy składowe ceny. Nie mniej istotne znaczenie ma również ustawowy obowiązek złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji zamówienia tj. wniosku o wszczęcie postępowania wraz z załącznikami, informacji z otwarcia ofert, oferty EFB Partner, wezwań zamawiającego

do EFB Partner z dnia 28 stycznia 2022 i 8 lutego 2022 oraz udzielonych odpowiedzi z dnia 2 lutego i 9 lutego 2022 r. informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferty BIO HYDROTECHNIKA z dn. 07.03.2022 r., oferty SPELWARHYDROTECHNIKA sp. z o.o. z dn. 14.01.2022 r., oferty Rhenus Połt Logistics sp. z o.o. z dn. 01.10.2021 r., oferty Faszyna.eu (T. W.) z dn. 06.01.2022 r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający wycenił wartość szacunkową zamówienia na kwotę 2 438 493,45zł. netto i wskazał, na otwarciu ofert, że przeznacza na sfinansowanie zamówienia kwotę 2 999 346, 94zł.

Jednocześnie w kosztorysach załączonych do wyceny wartości szacunkowej podał następujące kwoty cen jednostkowych spornych pozycji:

2 Wykopy mechaniczne w gruncie kat. III na odkład — dla wykonania wrzynki - 49, 50zł/ m3,

natomiast cena jednostkowa z kosztorysu EFB Partner to 25,88zł./m3

3 Roboty ziemne w gr. kat III — mechaniczne zasypanie wrzynki - 27,50zł/ m3, natomiast

cena jednostkowa z kosztorysu EFB Partner to 10,71zł./m3

4 Wykonanie faszynady wiklinowej w ostrodze - 219 zł/m3, natomiast cena jednostkowa z

kosztorysu EFB Partner to 123,03zł./m3, z oferty T. W. (złożonej przez odwołującego) - 300zł , według oferty Bio-Hydrotechnika 300zł.

5 Wykonanie palisady z pali drewnianych o średnicy 10 - 12cm o dł. 1,5m, . kat. III - 210zł/mb, natomiast cena jednostkowa z kosztorysu EFB Partner to 313, 33zł./mb, według oferty T. W. (złożonej przez odwołującego) - 380zł, według oferty Bio-Hydrotechnika 340zł.

6 Wykonanie palisady z pali drewnianych o średnicy 10 12cm o dł. 2,5m, . kat. III - 404,58zł/mb, natomiast cena jednostkowa z kosztorysu EFB Partner to 282,10zł./mb, według oferty T. W. (złożonej przez odwołującego) to 416zł., według oferty Bio-Hydrotechnika - 416zł.

7 Wykonanie narzutu podwodnego z kamienia naturalne o śr. 30 50cm 360,25 zł/m3 natomiast cena jednostkowa z kosztorysu EFB Partner to - 366,83zł./m3

9 Wykonanie podsypki z tłucznia kamiennego gr. 25cm od materace gabionowe - 479,55zł/m3 natomiast cena jednostkowa z kosztorysu EFB Partner to 275, 43zł/m3

10 Ułożenie materacy siatkowo-kamiennych o gr 30 cm obmiar 607 m3 - w tym zakresie EFB Partner wykonawca wycenił KNNR 10 0408-03 w materiałach - materace siatkowo kamienne 1,05 m3/m3 *6,50zł./m3, nakłady 637, 3500, koszt jednostkowy 6,825 łącznie 4 142,78zł.

11 Ułożenie materacy faszynowych, w kracie 2 x2 m taflowych gr. 1,0 m - 317zł./m3 natomiast cena jednostkowa z kosztorysu EFB Partner to 170,17zł., według T. W. (oferta złożona

przez odwołującego) - 550 zł., według oferty Bio-Hydrotechnika (bez kosztów narzutu i kamienia) 300zł.

Z SWZ wynika:
7. Podstawy wykluczenia oraz warunki udziału w postępowaniu

7.1 Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się, z zastrzeżeniem art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, Wykonawcę, na podstawie:

7.1.1 art. 108 ust. 1 ustawy Pzp;

7.1.2 następujących okoliczności wskazanych w art. 109 ust. 1 ustawy Pzp:

wobec których zachodzą przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp tj. w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

W dniu otwarcia oferty złożyli:

1 Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Hydrotechnicznych PATWATER Sp. z o.o. - Lider konsorcjum KAMA BIS P. K. Warszawa - Lider konsorcjum - 2.985.487,37 zł

2. ETP S.A Katowice -5.976.570,00 zł

3. EFB PARTNER J K. Serock - 1.899.358,56 zł

4. Przedsiębiorstwo Budownictwa Melioracyjnego i Urządzeń Wodnych INWESTMEL Sp. z o.o. Elbląg - 2.884.224,56 zł

5. PRIM Sp. z o.o. Gdańsk - 3.923.901,01 zł

6. Przedsiębiorstwo Usług Wodnych J. M. Legionowo - 3.797.395,33 zł

7. STRABAG Sp. z o.o. Pruszków - 4.488.373,54 zł

8. B&W Usługi Ogólnobudowlane B. Dz. Pruszcz Gdański - 3.555.880,80 zł

9. MELBUD S.A. Grudziądz - 4.360.418,36 zł

Zamawiający w dniu 28 stycznia 2022 r. wezwał EFB Partner J K. do wyjaśnienia zaoferowanej ceny. Zamawiający oczekiwał wyjaśnień w zakresie:

1) ujęcia w cenie oferty wszystkich niezbędnych czynności i prac związanych *realizacją zamówienia, wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowalnych (Załącznik Nr 1 do SWZ), oraz w projektowanych postanowieniach umowy (Załącznik Nr 7 do SWZ),

2) metody budowy,

3) zarządzania procesem świadczonych metod budowy,

4) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją robót budowlanych,

5) oryginalności robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę,

zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie,

7) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,

8) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie,

9) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska,

10) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia

podwykonawcy.

Udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia i załączone dowody muszą potwierdzać możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny mogą być: własne kalkulacje cenowe (w tym szczegółowe wyliczenie ceny oferty brutto), potwierdzenie poziomu zatrudnienia zgodnie z przepisami prawa pracy, zaświadczenie dotyczące pomocy publicznej, wykaz sprzętu i maszyn niezbędnych lub zalecanych do wykonania robót z potwierdzeniem kosztów dysponowania (leasing, najem, własność), informacje o poziomie nałożonej marży lub poziomie uzyskanych rabatów uwzględnionych w cenie złożonej oferty.

W dniu 2 lutego 2022 r. wykonawca wyjaśnił, że przedmiotowa oferta nie zawiera rażąco

niskiej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 2 ustawy.

Ocena zamawiającego, że cena całkowita oferty złożonej przez EFB Partner J K. jest niższa o co najmniej 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 ustawy jest wyłącznie konsekwencją wyniku działania arytmetycznego powodowanego dużą rozpiętością zaoferowanych cen przez pozostałych wykonawców. W tym wypadku w sposób oczywisty i niepodważalny można dowieść wystąpienia oferty z ceną nawet ponad dwuipółkrotnie wyższą od przedstawionej przez EFB Partner J K., co wynika wprost z Informacji z otwarcia ofert z dnia 26 stycznia 2022 r.

Z tego względu należy uznać, że przedmiotowa rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, o których jest mowa w art. 224 ust.2 pkt 1 ustawy i które nie wymagają wyjaśnienia. Ponieważ jednak zamawiający w wezwaniu z dnia 28 stycznia 2022 r. zarzucił również, że cena całkowita oferty złożonej przez EFB Partner J K. jest niższa od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, przedstawiamy w załączeniu, zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy, dowody (czynniki wpływające na wysokość ceny i jej kosztów składowych) potwierdzające, że cena całkowita oferty złożonej przez EFB Partner J K. nie jest ceną rażąco niską w rozumieniu art. 224 ustawy, a także potwierdzające możliwość wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego, określonymi w dokumentach zamówienia oraz wynikającymi z przepisów odrębnych.

W szczególności wykonawca poinformował, że oferta została przygotowana w zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów Ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie oraz w zgodności z przepisami prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Oferta dotycząca w/w zadania kalkulowana została na następujących wskaźnikach:

- robocizna - 35,00 zł
- koszty pośrednie - 65%
- zysk - 8%
- koszty zakupu - 5% - podatek Vat - 23%

EFB Partner J K. posiada własny sprzęt wodny i lądowy (holowniki, barki, promy, koparki, koparko-ładowarki) co pozwala na racjonalne wykorzystanie go po faktycznych kosztach (paliwo, robocizna). Ponadto niezbędny sprzęt do wykonywania w/w zadania znajduje się w bazie w porcie Elbląg co ma zasadniczy wpływ na koszty jego translokacji na plac budowy. Dogodna lokalizacja ostróg 8/919, 10/919/52/919 w odległości ok 150 m od siebie pozwala na możliwość realizacji jednocześnie przy użyciu tego samego sprzętu, prac na trzech ostrogach.

Dostawa materiału w jedno miejsce pozwoli ograniczyć koszty.

Ostroga nr 4/917 oddalona jest od pozostałych ostróg o około 2 km co nie jest utrudnieniem związanym z translokacją sprzętu i dostawę materiałów. Ponadto poinformował, że posiada własną plantację faszyny. Jego doświadczenie w tego rodzaju pracach oraz posiadanie ka-

dry osobowej o wysokich kwalifikacjach oraz dobra organizacja pozwalają na wykonanie tego zadania zgodnie z przedstawioną ofertą.

W dniu 8 lutego 2022 r. zamawiający działając na podstawie art. 224 ust 2 pkt 1 ustawy zwrócił się o udzielenie dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej ceny w poniższym zakresie:

Czy w założonej ofercie i na jaką kwotę brutto zostały zabezpieczone nakłady na:

1) pale drewniane o długości 1,5 m i 2,5 m

2) kamień naturalny o śr. 30-50 cm

3) geowłókninę

4) tłuczeń kamienny o gr. 25 cm

5) materace siatkowo-kamienne o gr. 30 cm

Zamawiający wskazał, że przedstawione w wyjaśnieniach z dnia 2 lutego 2022 roku wyliczenia ceny nie mają charakteru kalkulacji cenowej, a są jedynie podaniem wskaźników w oparciu o które została przez wykonawcę skalkulowana cena. W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę do uszczegółowienia:

tiret pierwszy: czy podana robocizna w wysokości 35,00 zł, jest to koszt roboczogodziny netto czy brutto ? Ile wykonawca przewiduje roboczogodzin ?

W dniu 9 lutego 2022 r. wykonawca przesłał kosztorys na remont ostróg nr 4/917, 8/919, 10/919, 12/919, w którym przedstawił składniki cenotwórcze wraz z zestawieniem roboczo-

godzin.

Ponadto poinformował, że posiada zapasy materiałów w postaci:

- Kamień - 30% zapotrzebowania na remont ostróg

- Materace siatkowo- kamienne o grubości 30 cm - 40% zapotrzebowania na remont ostróg

- Faszyna - własna plantacja - 100 % zapotrzebowania na remont ostróg

Z kosztorysu EFB Partner wynika, że:

- w poz. 2 wyceniono samochód dostawczy 0.9t w cenie 5zł./mg - łącznie 34,56zł. nie wyceniono w tej pozycji koparki.

- w poz. 3 wyceniono koparkę 0,25m3 w cenie 89 zł/m3 - łącznie 3850,22zł., według oferty Spelwar Hydrotechnika koparka na pontonie to koszt 200zł./h

- w poz. 4 wyceniono faszynę w cenie 5,50zł./mp łącznie 8 396,19 zł. i kiszkę z faszyny w cenie 5,50zł./m3 - łącznie 25796,30zł., a także holownik 3-4 w cenie 65zł/m-g - łącznie 944,48zł., i krypę w cenie 21zł./m-g - łącznie 6 117,89zł., według oferty Spelwar Hydrotechnika koszt holownika to 220zł/h, a krypy 45zł/h

- w poz. 5 nie wyceniono sprzętu

- w poz. 6 wyceniono sprężarkę powietrza przewoźną spalinową w cenie 96zł/m-g - łącznie

5 308,80

- w poz. 7 wyceniono barkę w cenie 19,40/m-g łącznie 7 229,13zł. (według oferty Rehnus Port Logistics sp. z o.o. złożonej przez odwołującego koszt miesięczny najmu barki górnopokładowej w zależności od długości najmu to 230 - 300zł, a dolnopokładowej 300 - 400zł.)

- w poz. 8 nie wyceniono sprzętu

- w poz. 9 wyceniono holownik w cenie 65zł/m-g - łącznie 750,49zł. i krypę w cenie 21zł/m-g

- łącznie 4 796,61zł., według oferty Spelwar Hydrotechnika koszt holownika to 220zł/h, a krypy 45zł/h

- w poz. 11 wyceniono faszynę w cenie 5,50zł./mp łącznie 5 385,60 zł. i kiszkę z faszyny w cenie 5,50zł./m3 - łącznie 33 396zł., a także holownik 3-4 w cenie 65zł/m-g - łącznie

3 556,80zł., barkę w cenie 19,40zł/m-g - łącznie 1518zł.(według oferty Rehnus Port Logistics

sp. z o.o. złożonej przez odwołującego koszt miesięczny najmu barki górnopokładowej w zależności od długości najmu to 230 - 300zł, a dolnopokładowej 300 - 400zł.), krypę w cenie 21zł./m-g - łącznie 1 642,80zł., kotwiarkę w cenie 21zł./m-g - łącznie 1 642,80zł. i łódź ciężarową w cenie 21zł./m-g - łącznie 1 642,80zł., według oferty Spelwar Hydrotechnika koszt krypy 45zł/h, koszt kotwiarki 45zł/h, koszt łodzi ciężarowej - 34zł./h

Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy EFB Partner.
Specyfikacja techniczna - 8 PALISADA

8.2. Materiały

Pale powinny być wykonane zgodnie z normą BN-78/9224-04 tzn. z drewna zdrowego i prostego. Drewno nie powinno zawierać suchych sęków nie gęściej niż co 25cm. Pale powinny być wykonane z drewna okrągłego, okorowanego. Średnica pali 10^12 cm, długość pali 1,5 m. co 5 pal jest o długości 2,5 m.

8.3. Sprzęt

Do wykonania palisady drewnianej z pali o średnicy 10^12 cm i długości 1,5 m, Wykonawca winien dysponować następującym sprzętem:

- kafar ręczny „dobnia”
- inne narzędzia ręczne,
- holownik,
- barka górnopokładowa.

Zastosowany sprzęt musi uzyskać akceptację Inspektora nadzoru inwestorskiego.

8.4. Transport

Pale powinny być transportowane wodnym środkiem transportu, w czasie transportu należy zabezpieczyć je przed przemieszczaniem się.

8.5. Wykonanie robót

Dostarczone pale, będą wbijane pionowo, w rzędzie jeden obok drugiego tak aby stykały się ze sobą. Jedynie pale stanowiące zgodnie z projektem zakotwienie materaca siatkowo - kamiennego, będą wbijane w odległości od siebie co 0.5 m Z uwagi na możliwość wystąpienia resztek starego korpusu ostrogi na trasie wbijania palisady, w przypadku stwierdzenia trudności przy jej wbijaniu, decyzję w sprawie

kontynuacji lub ewentualnego zaniechania prac będzie podejmował Inspektor nadzoru inwestorskiego.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:

Izba ustaliła, że rozbieżność w cenie oferty przystępującego wobec ustalonej przez zamawiającego wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek od towarów i usług oraz od średniej arytmetycznej złożonych ofert obligowała zamawiającego do skierowania do przystępującego wezwania w trybie art. 224 ust. 2 ustawy i zamawiający takie wezwanie skierował, a przystępujący na nie odpowiedział. Izba ustaliła, że w odwołaniu jest zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, który odwołujący skonkretyzował w stanie faktycznym, jako nie dopełnienie przez zamawiającego procedury oceny wyjaśnień w zakresie oceny oferty przez skupienie się jedynie na przesłankach formalnych, bez prowadzenia pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę który nie przedstawił wystarczających wyjaśnień ani dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny, a konkretnie przez wadliwą ocenę:

a) poz. 5, 6, 8 i 10 jako realnych, podczas, gdy nie jest technicznie możliwe aby roboty w tych pozycjach wykonać ręcznie nie używając sprzętu pływającego i dźwigów,

b) poz. 10 przez brak dostrzeżenia braku wyceny 200 m3 kamienia, co powoduje zaniżenie oferty o 40 000zł.

c) poz. 2, 3, 4, 7, 9, 11 jako realnych pomimo zaniżenia kosztów pracy sprzętu takiego jak koparka, holownik, krypa, barka, kotwiarka i łódź ciężarowa,

d) poz. 4 i 11 jako realnych podczas, gdy zaniżają do 5,50zł. koszty faszyny, które powinny wynosić minimum 150zł.

e) pominięcie wyceny zapasów, a także brak wliczenia w koszty faszyny, jej ścięcia i kosztów załadunku i rozładunku.

Odwołujący mimo, że w podstawie prawnej zarzutu (art. 224 ust. 6 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy) w ocenie Izby mieścić mógł się zarzut nieuprawnionego wezwania do złożenia dodatkowych wyjaśnień, to jednak w podstawie faktycznej zarzutu odwołujący w żadnym miejscu odwołania nie wskazał, że zamawiający nie otrzymał pierwszych wyjaśnień takich, które uprawniałyby zamawiającego do skierowania kolejnego wezwania o dodatkowe wyjaśnienia, przeciwnie odwołujący wskazał na fakt skierowania dwóch wezwań i udzielenia dwóch odpowiedzi i oparł swoje zarzuty głównie na treści dowodu dołączonego do drugich wyjaśnień przystępującego to jest sporządzonego przez niego kosztorysu. Zarzut błędnej oceny pierwszych wyjaśnień przystępującego jako uprawniających do dodatkowego wezwania mimo zawarcia w nich ogólnych, nieskonkretyzowanych, nieudowodnionych i nieobalających domniemania rażąco niskiej ceny oferty został podniesiony przez odwołującego dopiero w pisemnym i ustnym stanowisku procesowym złożonym na posiedzeniu z udziałem stron i rozprawie. Rację zatem należało przyznać zamawiającemu i przystępującemu, że rozpoznanie tak skonkretyzowanego zarzutu, co do jego podstawy faktycznej, byłoby naruszeniem art. 555 ustawy, a więc wykroczeniem poza granice kognicji Izby. Izba wielokrotnie wyrażała stanowisko, że samo wskazanie podstawy prawnej nie jest wystarczające dla postawienia zarzutu. Zarzut łącznie stanowi podstawa prawna i okoliczności faktyczne będące podstawą faktyczną zarzutu.

Przechodząc do ustaleń faktycznych Izby w odniesieniu do zarzutów, które zostały zawarte w odwołaniu:

a) poz. 5, 6, 8 i 10 jako realnych, podczas, gdy nie jest technicznie możliwe aby roboty w tych pozycjach wykonać ręcznie nie używając sprzętu pływającego i dźwigów

Izba ustaliła, że z poz. 8 STWOiRB wynika, że użycie do wykonania palisady holownika i barki dotyczy jedynie transportu pali na miejsce ich wbicia (Pale powinny być transportowane wodnym środkiem transportu. Nie jest to zatem czynność wykonania palisady, ta bowiem zgodnie z STWOiRB miała być wykonana ręcznie, z użyciem kafara. Przystępujący tak też wykonanie palisady wycenił, jako robotę ręczną, w odniesieniu do pali 2,5 m z użyciem sprężarki, do której jak wyjaśnił na rozprawie podłączony będzie kafar. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do uznania, że poz. 5, 6, 8 i 10 nie mogły być wykonane bez użycia sprzętu pływającego i dźwigów.

b) poz. 10 przez brak dostrzeżenia braku wyceny 200 m3 kamienia, co powoduje zaniżenie oferty o 40 000zł.

Izba ustaliła, że materiale wskazano materace siatkowo - kamienne, jednak nie ma osobnej pozycji kamień. W ocenie Izby odwołujący nie wyjaśnił dlaczego w tej pozycji kamień miałby być ujmowany oddzielnie. Nadto sam odwołujący w tym braku dopatruje się zaniżenia oferty na około 40 000zł., co w ocenie Izby przy wartości całości zamówienia blisko 2 mln, nie może być uznane za istotny element kosztowy. Izba ustaliła, że założony przez przystępującego zysk w wysokości 8% wyniesie od wartości brutto wynagrodzenia 151 948,68zł., a zatem nawet gdyby przyjąć, że mogło w tej pozycji wystąpić niedoszacowanie, to nie spowodowałoby, że zamówienie przestałoby być opłacalne.

c) poz. 2, 3, 4, 7, 9, 11 jako realnych pomimo zaniżenia kosztów pracy sprzętu takiego jak koparka, holownik, krypa, barka, kotwiarka i łódź ciężarowa,

Izba ustaliła, że przystępujący w wyjaśnieniach wskazał, że posiada własny sprzęt, w tym koparkę, holownik, krypę, barkę, kotwiarkę i łódź ciężarową, przy czym obaj wykonawcy przedstawili odmienne sposoby wykonania zamówienia w tym zakresie. Przystępujący będzie wykorzystywał sprzęt własny i w tym zakresie ponosił wyłącznie koszty pracy tego sprzętu, natomiast odwołujący będzie ten sprzęt wynajmował pokrywając poza kosztami pracy sprzętu także koszty ich najmu, tym samym różnice wynikające z wyceny pracy sprzętu pomiędzy tymi dwoma sposobami użycia sprzętu mogą występować. Nadto Izba dostrzegła, że poz. 7 została wyceniona przez zamawiającego niżej, niż przez przystępującego, zatem w ocenie Izby nie ma podstaw do przyjęcia, że ta pozycja została wyceniona w sposób nierealny.

Ponadto Izba ustaliła, że odwołujący uważa, że przystępujący zaniżył koszty sprzętu o: 90zł. w przypadku koparki, 135 zł. w przypadku holownika, 19zł. w przypadku krypy, 20,60zł. w przypadku barki, 19zł. w przypadku kotwiarki, 9 zł. w przypadku łodzi ciężarowej.

Izba ustaliła, że poza ceną pracy sprzętu odwołujący w pozycjach 2, 3, 4, 9, 11 nie kwestionował, zatem Izba dokonała ustaleń, o ile wzrosłaby cena oferty przystępującego, gdyby uwzględnić różnicę w cenie kosztorysu, a cen podanych przez odwołującego i tak:

- poz. 2 Izba stwierdziła, że kwestionowany jest koszt koparki o 90zł. przemnożyła 0,0503 x 90zł.(różnica w koszcie jedn. - 4,527) x 860, co stanowi 3 892,22zł.

- poz. 3 Izba ustaliła, że nie ma koparki w kosztorysie przystępującego i uznała, że była to omyłka ze strony odwołującego,

Poz. 4 Izba ustaliła, że kwestionowany jest koszt holownika o 135zł. i przemnożyła 0,0113 x 135 - koszt jedn. 1,526 x 1285, co stanowi 1960,91zł. i koszt krypy o 19zł. i przemnożyła

0,2267 x 19 - koszt jedn. 4,307 x 1285, co stanowi 5 534,88zł.

Poz. 9 Izba ustaliła, że kwestionowany jest koszt holownika o 135zł. i przemnożyła 0,023 x 135 - koszt jedn. 3,105 x 502, co stanowi 1558, 71zł. i koszt krypy o 19zł., i przemnożyła 0,0455 x 19 - koszt jedn. 8,645 x 502, co stanowi 4339,79zł.

- poz. 11 Izba ustaliła, że kwestionowany jest koszt holownika o 135zł i przemnożyła 0,0456 x 135 - koszt jedn. 6,156 x 1200, co stanowi 7 387,20, koszt barki o 20,60zł. i przemnożyła 0,0652 x 20,60 - koszt jedn. 1, 343 x 1200, co stanowi 1611,74zł., koszt krypy o 19zł. i przemnożyła 0,0652 x 19- koszt jedn. 1,239 x 1200, co stanowi 1 486,56zł., koszt kotwiarki o 19zł. i przemnożyła 0,0652 x 19- koszt jedn. 1,239 x 1200, co stanowi 1 486,56zł., koszt łodzi ciężarowej o 9 zł. i przemnożyła 0,0652 x 9 - koszt jedn. 0,587 x 1200, co stanowi 704,16zł. Izba ustaliła, że odwołujący zarzuca we wszystkich tych pozycjach przystępującemu zaniżenie na kwotę 22 576,53zł. Izba ustaliła, że założony przez przystępującego zysk w wysokości 8% wyniesie od wartości brutto wynagrodzenia 151 948,68zł., a zatem nawet gdyby przyjąć, że mogło w tej pozycji wystąpić niedoszacowanie, to nie spowodowałoby, że zamówienie przestałoby być opłacalne.

poz. 4 i 11 jako realnych podczas, gdy zaniżają do 5,50zł. koszty faszyny, które powinny wynosić minimum 150zł. Izba ustaliła, że gdyby przyjąć koszt faszyny na poziomie wskazanym przez odwołującego to cena jednostkowa pozycji 4 powinna wynosić 303,76zł., co przekracza cenę zamawiającego o 84,76zł., a pozycji 11 - 344,38zł., co przekracza cenę zamawiającego o 27,38zł. Jednak Izba wzięła pod uwagę, że w zakresie tej pozycji przystępujący przedstawił zamawiającemu szczególnie korzystne warunki wykonania zamówienia, jakimi jest fakt posiadania własnej plantacji faszyny i posiadanie tego materiału w ilości w 100% zabezpieczających wykonanie zamówienia. Informacja ta wynika wprost z pierwszych wyjaśnień, a w wezwaniu do wyjaśnień dodatkowych tej koszt nie budził jakichkolwiek wątpliwości zamawiającego, gdyż dopytywał o to czy w założonej ofercie i na jaką kwotę brutto zostały zabezpieczone nakłady na:

1) pale drewniane o długości 1,5 m i 2,5 m

2) kamień naturalny o śr. 30-50 cm

3) geowłókninę

4) tłuczeń kamienny o gr. 25 cm

5) materace siatkowo-kamienne o gr. 30 cm

Nie miał zatem wątpliwości co do zabezpieczenia nakładów faszyny. Izba oceniła, że dowody w postaci ofert Bio-Hydrotechnika i T. W. - Faszyna.eu nie mogą skutecznie podważać dowodu przystępującego w postaci kosztorysu, gdyż dotyczą przede wszystkim powierzenia tych prac podwykonawcy, czego nie zakłada w swojej ofercie przystępujący, a co zwiększa koszt oferty, choćby tylko o marżę podwykonawcy. Nadto odwołujący tymi ofertami nie wykazał kosztu materiału - faszyny, a ten koszt właśnie kwestionuje podnosząc, że powinien on wynosić 150zł/mp, tym samym przedstawione dowody nie mogły skutecznie podważyć wyjaśnień przystępującego, a twierdzenie to pozostało gołosłowne. W ocenie Izby przystępujący wykazał koszt faszyny, przedstawił jakie korzystne dla niego okoliczności umożliwiają mu zaproponowanie tak korzystnej ceny za faszynę i przedstawił w tym zakresie dowód w postaci kosztorysu. Tym samym w ocenie Izby, o ile koszt kwestionowany przez odwołującego był kosztem istotnym, to w ocenie Izby przystępujący w tym zakresie złożył wyjaśnienia, już w ramach pierwszych wyjaśnień, a przedstawił dowód w ramach drugich. Izba nie znalazła zatem podstawy do uznania, że zamawiający wadliwie ocenił złożone wyjaśnienia, natomiast dowody odwołującego, jako nie odnoszące się do sytuacji przystępującego i sprzyjają-

cych mu warunków świadczenia przedmiotowego zamówienia nie mogły podważyć realności złożonych wyjaśnień.

d) pominięcie wyceny zapasów, a także brak wliczenia w koszty faszyny, jej ścięcia i kosztów załadunku i rozładunku.

W zakresie tego zarzutu w ocenie Izby materiał dowodowy nie pozwala na uznanie, że wyjaśnienia w tym zakresie są nierzetelne. Izba wzięła pod uwagę następujące fakty:

- zamawiający nie pytał odwołującego o koszt faszyny, w tym koszt jej ścięcia, załadunku i rozładunku, przystępujący podał procentowo posiadany zapas faszyny. Przystępujący wyliczył też koszty prac przygotowawczych na kwotę 5 920, 73zł., a tego kosztu odwołujący nie objął zakresem odwołania.

- co do kamienia i materacy siatkowo-kamiennych, to odwołujący kwestionował zaniżenie na 40 000zł., co w ocenie Izby nie wskazuje ani na istotny koszt, ani na brak pokrycia w cenie oferty, ani na to, że ewentualne niedoszacowanie wpłynęłoby na nierentowność oferty - ten zarzut skupia się na pozycji 10, która łącznie stanowi koszt u przystępującego 20 820,16zł., a więc nie jest to pozycja, która mogła stanowić o rażącym zaniżeniu całości ceny.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 525

ust. 1 - 3 ustawy.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 505 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) przez zaniechanie wykluczenia EFB PARTNER J K., mimo że cena oferty wykonawcy jest rażąco niska, zaś zamawiający wbrew dyspozycji art. 224 ust. 6 ustawy nie dopełnił procedury oceny wyjaśnień w zakresie oceny oferty skupiając się jedynie na przesłankach formalnych, bez prowadzenia pogłębionej merytorycznej analizy wyjaśnień złożonych przez wykonawcę który nie przedstawił wystarczających wyjaśnień ani dowodów w zakresie rażąco niskiej ceny

Zarzut nie potwierdził się. Jak wynika z ustaleń Izby odwołujący nie zarzucał wyłącznie błędnej oceny pierwszych wyjaśnień i taki zarzut nie został w odwołaniu postawiony, zatem jak ustaliła Izba nie podlegał on również rozpoznaniu. Co do zarzutu niemożności wykonania prac z poz. 2, 6, 8 10, to z zamawiający i przystępujący zgodnie i podpierając się treścią STWiORB wskazywali na możliwość wykonania tych prac ręcznie, a odwołujący poza twierdzeniami, że wymagają one użycia sprzętu pływającego i dźwigów nie wykazał, że wykonanie prac bez tego sprzętu nie jest możliwe. Izba wzięła pod uwagę, że to transport materiałów wymaga według STWiORB użycia sprzętu, a nie samo wykonanie prac. Przystępujący przewidział koszt prac przygotowawczych nie kwestionowany przez odwołującego, a odwołujący nawet nie wskazał, o ile rzekomy brak sprzętu miałby zaniżać ofertę przystępującego. Tym samym zarzuty w tym zakresie w ocenie Izby w świetle dowodu w postaci kosztorysu należało uznać za niezasadne. Izba wzięła także pod uwagę, że zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień wskazał, jakie dokumenty będzie uznawał za dowody:

„Dowodami dotyczącymi wyliczenia ceny mogą być: własne kalkulacje cenowe (w tym szczegółowe wyliczenie ceny oferty brutto), potwierdzenie poziomu zatrudnienia zgodnie z przepisami prawa pracy, zaświadczenie dotyczące pomocy publicznej, wykaz sprzętu i maszyn niezbędnych lub zalecanych do wykonania robót z potwierdzeniem kosztów dysponowania (leasing, najem, własność), informacje o poziomie nałożonej marży lub poziomie uzyskanych rabatów uwzględnionych w cenie złożonej oferty."

Z tej informacji wynika, że dowodem będzie właśnie złożony przez przystępującego kosztorys. Co do wykazu sprzętu i maszyn, to zamawiający wskazał, że może to być wykaz niezbędnych lub zalecanych urządzeń, a więc nie wykaz całości środków trwałych przystępującego. Wykazy te to oświadczenia wiedzy wykonawców, a więc nie dowody pochodzące ze źródeł niezależnych od wykonawcy W ocenie Izby przystępujący taki wykaz, choć nie w formie wykazu, a oświadczenia własnego w wyjaśnieniach, gdzie wskazał „EFB Partner J K. posiada własny sprzęt wodny i lądowy (holowniki, barki, promy, koparki, koparko-ładowarki) co pozwala na racjonalne wykorzystanie go po faktycznych kosztach (paliwo, robocizna).

Ponadto niezbędny sprzęt do wykonywania w/w zadania znajduje się w bazie w porcie Elbląg co ma zasadniczy wpływ na koszty jego translokacji na plac budowy."

Z tych wyjaśnień wynika, co wykonawca posiada, czyją jest własnością, a nawet gdzie się znajduje, co odpowiada oczekiwaniu zamawiającego zawartemu w wezwaniu. Przez koszty dysponowania zamawiający wskazał w wezwaniu najem, leasing, własność i przystępujący wskazał na własność. Dodatkowo wskazanie sprzętu jaki wykonawca użyje i koszt jego pracy znajduje się w treści złożonego kosztorysu.

Co do kosztu kamienia i materacy siatkowo-kamiennych, to jak wynika z ustaleń Izby nie ma w poz. 10 wskazania na materiał kamień, ale są wskazane materace, jednocześnie przystępujący wskazał, że ma zapasy kamienia i materacy, nadto poz. 10 nie jest istotną pozycja kosztową, której wadliwa wycena mogłaby mieć wpływ na cenę całkowitą oferty.

Poz. 2, 3,4, 7, 9 i 11 co do kosztów użycia sprzętu Izba ustaliła, że przystępujący i odwołujący przewidują w tym zakresie inny model realizacji zamówienia, przystępujący sprzętem własnym, odwołujący wynajmowanym, tym samym ich koszty i możliwości pozyskania sprzętu są odmienne, a dowody przedstawione przez odwołującego nie dotyczą założeń kalkulacyjnych przystępującego przyjętych w ofercie. Przystępujący złożył w tym zakresie dowód w postaci kosztorysu, zatem koszt został udowodniony. Nadto Izba ustaliła, że nawet niedoszacowanie w kosztach sprzętu zarzucane przez odwołującego w tych pozycjach nie spowodowałoby nierentowności całości ceny ofertowej. Izba ustaliła również, że poz. 7 została przez przystępującego wyceniona wyżej niż zrobił to zamawiający, a zatem w ocenie Izby w tym zakresie nie było wątpliwości co do realności ceny.

Co do faszyny, to Izba ustaliła, że przystępujący posiada wyjątkowo korzystne i nie dostępne odwołującemu warunki świadczenia przedmiotowego zamówienia w postaci własnej plantacji faszyny. Przystępujący złożył w tym zakresie dowód w postaci kosztorysu, a odwołujący złożonymi przez siebie dowodami nie wykazał, że minimalny koszt, jaki w takim przypadku jak u przystępującego, musi być bezwzględnie założony to 150zł. Dowody odwołującego odnoszą się do podwykonawstwa, a nie wyłącznie kosztu faszyny, który zarzuca odwołujący. Tym samym zarzut nie można było uznać za zasadny. Co do zarzutu lakoniczności wyjaśnień w zakresie zapasów i braku wyliczenia przygotowania faszyny, to w ocenie Izby te okoliczności nie mogą świadczyć o rażącym zaniżeniu ceny ofertowej, gdyż poz. 10 czyli kamień i materace nie stanowią istotnej części składowej, zaś jeśli chodzi o przygotowanie faszyny, to odwołujący nie kwestionował wycenionych przez przystępującego kosztów prac przygotowawczych.

Mając to na uwadze Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego zarzucanych przepisów ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy przez zaniechanie wykluczenia EFB PARTNER J K. z postępowania pomimo przedstawienia przez EFP PARTNER J K. w wyniku lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu

Zarzut nie podlega uwzględnieniu. Przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy są przesłankami fakultatywnymi i zamawiający nie przewidział ich zastosowania w tym postępowaniu. Z tego względu nie mógł też zastosować ich w stosunku do przystępującego, a zatem nie dopuścił się zaniechania czynności, do której dokonania był obowiązany z mocy ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 pkt 1 oraz art. 17 ust. 2 przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty niezgodnie z Pzp oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu

Zarzut był konsekwencją zarzutów poprzedzających. Skoro Izba nie dopatrzyła się ani zaniechania odrzucenia oferty jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia, ani zaniechania odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia, to tym samym Izba nie znalazła podstaw do uznania, że zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami uiszczonego wpisu odwołującego. Izba nie zasądziła od odwołującego kosztów postępowania w oparciu o par. 5 ust. 2 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), gdyż kosztów tych zamawiający nie wykazał rachunkiem, a jedynie wnosił o ich zasądzenie według norm, czego

nie przewiduje regulacja wskazanego rozporządzenia.

Przewodniczący:.....