

WYROK
z dnia 19 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 grudnia 2023 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 r. przez:

- A) Odwołującego – **B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Zana 67, 44-321 Marklowice (sygn. akt KIO 3564/23);
- B) Odwołującego - Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **D.T.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. DAMEKS D.T., ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin **L.T.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. DANAMA L.T., ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin **A.P.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A.A., ul. Azot 8a/2 43-600 Jaworzno (sygn. akt KIO 3575/23);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Spółka Restrukturyzacji Kopalń Spółka Akcyjna** ul. Strzelców Bytomskich 207, 41-914 Bytom

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **D.T.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą F.H.U. DAMEKS D.T., ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin **L.T.** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. DANAMA L.T., ul. Kordeckiego 39, 41-407 Imielin, **A.P.** prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A.A., ul. Azot 8a/2 43-600 Jaworzno, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3564/23 po stronie Odwołującego

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: **A.S.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Z.B.R. „INŻ.-BUD II” A.S., ul. Kopalniana 1, 32-590 Libiąż **Ł.B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.U.H.T. „DEKO” Ł.B., ul. Sławkowska 110, 32-332 Bukowo, **Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „EKOBUD” Ganczarski, Wanecki Spółka Jawna** ul. Konarskiego 1, 41-947 Piekary Śląskie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3564/12 i KIO 3575/23 po stronie Zamawiającego

Wykonawcy **B. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** ul. Zana 67, 44-321 Marklowice, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3575/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1

A. Oddala odwołanie wniesione przez Odwołującego B. Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 3564/23);

B. Oddala odwołanie wniesione przez Odwołującego - D.T. (F.H.U. DAMEKS D.T., L.T. (P.P.H.U. DANAMA L.T.), A.P. (A.A.) (sygn. akt KIO 3575/23);

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 3564/23 oraz Odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 3575/23 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 40.000 zł 00 gr. (słownie: czterdzieści tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisów od odwołań w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 3564/23 i KIO 3575/23 oraz kwotę 7.200 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty Zamawiającego w obu sprawach połączonych;

2.2. zasądza od Odwołujących na rzecz Zamawiającego łącznie 7.200 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy), w tym:

A.od Odwołującego B. Sp. z o.o. w sprawie KIO 3564/23 kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);

B.od Odwołującego: D.T. (F.H.U. DAMEKS D.T., L.T. (P.P.H.U. DANAMA L.T.), A.P. (A.A.) w sprawie KIO 3575/23 kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 ze 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 3564/23
KIO 3575/23**

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A z/s w Bytomie, w trybie podstawowym na *zabezpieczenie przeciwpożarowe terenów składów odpadów pogórnich w SRK S.A. Oddział KWK „Pokój I – Pokój II” Ruch „Pokój I” na działce 2704/234 i Ruch „Pokój II” na działce 2705/234 oraz na terenach sąsiednich dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Pokój I – Pokój II*(sygn. postępowania: ZP-PII-0012/23), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18.08.2023 r., 2023/S 158-500663, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej na część II zamówienia, wniesione zostały w dniu 27.11.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawców: B. Sp. z o.o. z/s w Markłowicach (sygn. akt KIO 3564/23) oraz konsorcjum w składzie: F.H.U. DAMEKS D.T., Imielin, P.P.H.U. DANAMA L.T., Imielin, A.A., Jaworzno (sygn. akt KIO 3575/23).

Zamawiający w dniu 17.11.2023 r. poinformował o zakończonej czynności oceny ofert złożonych na część II zamówienia i dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej złożonej przez konsorcjum firm: Z.B.R. „INŻ.-BUD II” A.S., P.P.U.H.T „DEKO” Ł.B., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych :Ekobud” Ganczarski, Wianiec spółka jawna (dalej jako Konsorcjum Inż.-BUD).

I.Sygn. akt KIO 3564/23 – Odwołujący B. Sp. z o.o.

Odwołujący nr 1 zarzucił Zamawiającemu naruszenia w zakresie badania i oceny oferty wybranej złożonej przez Konsorcjum Inż.-Bud, tj.:

1.art. 18 ust. 1 PZP przez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie doświadczenia w wykonywaniu odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin, pomimo że Konsorcjum nie wykazało wymaganego w pkt 8 ust. 1 pkt 4 swz doświadczenia, przez co naruszony został art. 226 ust. 1 pkt 2b Pzp;

2.art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP przez zaniechanie poprawienia omyłki w wierszu 17 kosztorysu ofertowego z 16.10.2023 r., stanowiącego załącznik nr 11 do wyjaśnienia dotyczącego rażąco niskiej ceny z 20.10.2023 r. która to omyłka powodowała, że zwycięska oferta nie była zgodna z dokumentami zamówienia albowiem Konsorcjum wyceniło inne roboty niż roboty wskazane w przygotowanym przez Zamawiającego przedmiarze robót z 07.06.2023 r., który stanowi załącznik nr 11 do swz;

3.art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP przez zaniechanie odrzucenia zwycięskiej oferty, której cena była rażąco niska wskutek błędów w obliczeniu ceny w wierszach 5 do 14 kosztorysu ofertowego z 16.10.2023 r., który stanowi załącznik nr 11 do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z 20.10.2023 r., które to błędy spowodowały zaniżenie zwycięskiej oferty łącznie o 865.587,35 zł netto bez narzutów;

alternatywnie do zarzutu nr 3

4.art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP (względnie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP) przez zaniechanie poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej (względnie innej omyłki) w zwycięskiej ofercie w wierszach 5 oraz 14 kosztorysu ofertowego z 16.10.2023 r., który stanowi załącznik nr 11 do wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z 20.10.2023 r., które to omyłki polegały na niezastosowaniu wymaganych współczynników korekcyjnych i spowodowały zaniżenie zwycięskiej oferty łącznie o 865.587,35 zł netto bez narzutów;

5.art. 224 ust. 6 PZP przez jego niezastosowanie, do czego doprowadziło niestaranne i powierzchowne weryfikowanie wyjaśnień Konsorcjum z 20.10.2023 r. dotyczących rażąco niskiej ceny co spowodowało, że uszły jego uwadze omyłki wskazane w zarzutach 1 do 3, co doprowadziło do wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej pomimo, iż po skorygowaniu zaniżonych cen w ofercie Konsorcjum najkorzystniejsza byłaby oferta Odwołującego.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp, poprawienia omyłki zwycięskiej oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 w wierszach 5 oraz 14 kosztorysu

ofertowego z 16.10.2023 r. i powtórzenie czynności badania ofert.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący spełnienie przez Konsorcjum Inż.-BUD warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8 ust. 1 pkt 4 swz, w którym Zamawiający oczekiwał od wykonawców wykazania się „*należyty* wykonaniem usług w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach jednej lub kilku umów polegającej na wykonaniu badań (w min. zakresie: badań termowizyjnych powierzchni, badań wgłębnych stanu termicznego, wykonanie odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin, badań temperatur oraz składu gazów – tlenku węgla, dwutlenku węgla oraz tlenu – w wykonanych odwiertach) stanu termicznego zapożarowanych terenów pogórnich o łącznej wartości minimum 30 000,00 zł brutto.”

Użycie słów w nawiasie: „w minimalnym zakresie” oznaczać miało, że Zamawiający wymaga, aby Wykonawca miał doświadczenia w wykonywaniu każdego z wymienionych 4 rodzajów badań: termowizyjnych powierzchni, wgłębnych stanu termicznego, wykonywanie odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin, badań temperatur oraz składu gazów (tlenku węgla, dwutlenku węgla oraz tlenu) w wykonanych odwiertach.

W zakresie doświadczenia w wykonywaniu badań Konsorcjum oparło się na zasobach podmiotu trzeciego, to jest Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „PROGEO” sp. z o. o. w Katowicach, składając referencje potwierdzające doświadczenie tego podmiotu oraz wskazując w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny z 20.03.2023 r., że „PROGEO” sp. z o. o. będzie podwykonawcą w zakresie wykonania projektu technicznego i wykonawczego wraz z uzyskaniem niezbędnych pozwoleń, badań rozpoznawczych (pomiarów georadarem i stanu technicznego) oraz pomiarów stanu technicznego.

Z referencji oraz protokołów odbioru prac załączonych do zwycięskiej oferty (w aktach sprawy) **nie wynika, że „PROGEO” sp. z o. o. ma doświadczenie w zakresie wykonywania odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin.**

W odniesieniu do omyłki rachunkowej i innej Odwołujący wskazał na wiersz 17 kosztorysu ofertowego z 16.10.2023 r., w którym należało uwzględnić zakres prac opisany w przedmiarze robót: „roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o pojemności łyżki 2.00 m³ w gruncie kat. III z transportem urobku samochodami samowładowczymi na odległość do 1 km – ponad 5000 m³ w jednym miejscu. (ZAŁADUNEK I PRZEWÓZ WYCHŁODZONEGO WYMIESZANEGO GRUNTU DO WBUDOWANIA poz. 13+poz.14) w ilości 657 300³ zgodnie z KNR-W 2-01 0203-14 z.sz. 2.3.12. 9905-04.

Odwołujący wskazał na założenia kalkulacyjne opisane w tablicach, w których cena jednostkowa 1 m³ wynosi 9,41 zł/m³ netto i sposób jej wyliczenia z uwzględnieniem robocizny, sprzętu wraz z narzutami. Przy 657 300 m³ i stawce 9,41 zł/m³ netto prawidłowy koszt wykonania poz. 17 wyniesie 6.185.193 zł netto.

Konsorcjum w wierszu 17 zmieniło kategorię gruntu (I-II), co powodowało wycenę innej roboty niż te, których oczekuje Zamawiający.

Podobnie, Odwołujący odniósł się do ceny jednostkowej z tablicy 0203-13 (KNR-W 2-01) – 8,03 zł/m³ netto wraz z narzutami wykonania poz. 17, **a przyjęcie do obliczeń innego rodzaju gruntu spowodowało zaniżenie ceny o 913 647 zł netto wraz z narzutami.** Zmiana zwycięskiej oferty o taką kwotę stanowi zaledwie 3,8 % wartości oferty po aukcji, co wskazuje, że skorygowanie wartości przez Zamawiającego w trybie poprawienia omyłki nie byłoby istotną zmianą oferty.

W wierszu 5 kosztorysu ofertowego z 16.10.2023 r. nie zostały w ocenie Odwołującego wycenione w całości prace „Mechaniczne karczowanie zagajników od 10% do 30% powierzchni – stok o nachyleniu 1:3 do 1:2”, według KNNR 1 0102-03 na powierzchni 1 hektara. Obowiązkiem było zastosowanie współczynnika przy wykonywaniu robót na stoku dla nakładów robocizny i sprzętu: stok o nachyleniu 1:3 do 1:2-1,15. Konsorcjum wyceniło karczowanie zagajników bez zastosowania współczynnika 1,15. Spowodowało to zaniżenie ceny wykonania pozycji o 1.341,07 zł netto z narzutami.

W poz. 14 kosztorysu ofertowego z 16.10.2023 r. wymagane było uwzględnienia współczynnika 1,15 uwzględniającego zwiększony nakład pracy na skutek konieczności przerywania pracy w celu wystudzenia urobku. Konsorcjum nie zastosowało tego współczynnika, co spowodowało obniżenie wartości pozycji o 1 076 720,00 zł netto. Powyższe prowadził do zaoferowania rażąco niskiej ceny ponieważ koszty nie odzwierciedlają rzeczywistych nakładów robocizny i sprzętu.

Na wypadek nie uwzględnienia zarzutu Odwołujący wskazał na obowiązek Zamawiającego poprawienia omyłki w pozycjach 5 i 14 poprzez zastosowanie współczynników korekcyjnych zgodnie z przedmiarem w trybie art. 223 ust. 3 Pzp, co doprowadzi do zwiększenia ceny oferty o 2 985 355,20 zł brutto.

Do postępowania odwoławczego przystąpili, po stronie Zamawiającego Konsorcjum Inż.-Bud, a po stronie Odwołującego konsorcjum D.T. (F.H.U. DAMEKS D.T., L.T. (P.P.H.U. DANAMA L.T.), A.P. (A.A.) – dalej jako Konsorcjum Damex.

II.Sygn. akt KIO 3575/23 – Odwołujące Konsorcjum F.H.U. DAMEKS D.T., P.P.H.U. DANAMA L.T., A. (Odwołujący nr 2).

Odwołujący nr 2 wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- wyborze oferty najkorzystniejszej – Konsorcjum Z.B.R. „INŻ.-BUD II” A.S., P.P.U.H.T. „DEKO” Ł.B., Przedsiębiorstw Robót Inżynieryjnych „Ekobud” Ganczarski, Wianecki Sp. j. (Konsorcjum wybrane);
- zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum wybranego zawierającej rażąco niską cenę, skalkulowana poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia, uniemożliwiająca należyte wykonanie zamówienia bez ponoszenia starty;
- zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Bartosz-Gwimet Sp. z o.o. zawierającej rażąco niską cenę, skalkulowana poniżej minimalnych kosztów wykonania zamówienia;
- zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący nr 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum wybranego**, pomimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny całkowitej, a oferta zwiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie: rzeczywistych kosztów pracy, skalkulowania ceny całkowitej poniżej kosztów realizacji zamówienia (w szczególności wykonawca nie skalkulował wszystkich godzin pracy niezbędnych do realizacji zamówienia, a skalkulowane koszty pracy nie pozwolą na realizację całego zamówienia, przy założeniach przyjętych przez wykonawcę), skalkulowania kosztów pracy sprzętu poniżej kosztów rzeczywistych i braku przedstawienia dowodów potwierdzających przyjęte stawki jednostkowe pracy sprzętu, nie wykazania rzetelności skalkulowania wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, w tym w szczególności elementów, których szczegółowego wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający i nieprzedstawienia w tym zakresie dowodów, w tym dotyczących istotnych części składowych zamówienia, tj. kosztu transportu urobku na 1 km, czy kosztów zakupu i transportu materiału inertnego;

2.art. 224 ust. 5 i 6 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum wybranego**, który nie przedstawił wyjaśnień wraz z dowodami, z których wynikałoby, że jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za zaoferowaną cenę oraz podczas gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny, a w konsekwencji

3.art. 239 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 224 ust. 6 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wybór oferty Konsorcjum wybranego i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy;

4.art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty **B.**, pomimo że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny całkowitej, a oferta zwiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

a) w zakresie kalkulacji kosztów pracy, które są niezgodne z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, w zakresie przyjęcia stawki za roboczogodzinę na poziomie 5,00 zł netto,

b) wobec wskazania w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny, iż przyjęte w cenie ofertowej koszty pracy, w tym miesięcznie na jedną osobę zatrudnioną przy wykonywaniu zamówienia wynoszą 24,50 zł netto za roboczogodzinę, czemu przeczy załączony kosztorys ofertowy, w którym B. przyjmuje dla istotnych części składowych zamówienia (tj. poz. 10,14 i 17 Kosztorysu) stawkę 5,00 zł netto za roboczogodzinę, czyli stawkę niezgodną z przepisami w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę i minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

c) wobec rzeczywistego poziomu niedoszacowania ceny ofertowej oferty **B.**, który wynosi 3 482 998,93 zł na samej robociznie, co powoduje, iż wykonawca ten nie jest w stanie zrealizować zamówienia za wskazaną przez niego cenę, gdyż minimalna strata na kontrakcie tylko dla kosztów pracy wynosi 2 723 586,12 zł,

d) wobec nie wykazania, mimo wezwania Zamawiającego do wyjaśnienia ceny oferty, rzetelności skalkulowania wszystkich elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, tym w szczególności elementów, których szczegółowego wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający i nieprzedstawienia w tym zakresie dowodów;

5. art. 226 ust.1 pkt 7 i 8 ustawy p.z.p. w związku z art.3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia

1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaniechania odrzucenia oferty B., podczas gdy w istocie oferta Odwołującego w części 2 zawierała rażąco niską cenę, a także została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i z naruszeniem zasady zakazu finansowania kosztów jednego zamówienia środkami pozyskanymi z innego zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia, dokonania odrzucenia ofert Konsorcjum wybranego i B. i powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum wybranego i B. Odwołujący podważał ocenę złożonych przez obu wykonawców wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, składanych w odpowiedzi na szczegółowe oczekiwania wyrażone w treści wezwań Zamawiającego, które m.in. odnosiły się do kosztów pracy, przy uwzględnieniu obowiązujących minimalnych stawek godzinowych (22,80 zł – od 1.01.2023r, i 23,50 zł od 1.07.2023 r.).

W ofercie wybranej koszty pracy zostały w sposób nieprawidłowy skalkulowane, przyjmując jako obowiązującą w roku 2023 r. stawkę 23,50 zł brutto, a od 1.01.2024 r., stawkę 28,10 zł brutto.

Odwołujący nie zgadza się z przyjętym do wyliczenia kosztów założeniem, iż ilość roboczogodzin narzucają normy i pozostają one niezmiennie. Wykonawca przyjął ilość 160 267,63 godzin wyliczoną w oparciu o normy (katalog nakładów rzeczowych). W ocenie Odwołującego ilość ta jest zaniżona, a rzeczywista ilość do przepracowania na przedmiotowym zamówieniu to 213 607,75 godzin. Błędy wykonawcy dotyczą poz. 5 kosztorysu szczegółowego, w której nie przemnożono nakładów przez współczynnik 1,15 dla robocizny i sprzętu za prace na stokach stromych. Podobny błąd dotyczy poz. 14 przy wyliczeniu nakładów pracy za robociznę, zgodnie z opisem pozycji za utrudnienia z powodu przerw w pracy. Tylko w tej pozycji wyliczone koszty nie uwzględniają 42 668,16 tbn, co znacząco wpływa na wiarygodność złożonych wyjaśnień. W poz. 17 wykonawca posłużył się błędnym KNR-W 2-01 0203-13, co wpłynęło na mniejsze nakłady na robociznę.

Podsumowując w tej części Odwołujący wskazał, iż wykonawca założył do przepracowania 160 267,6281 rh, co przy założonej stawce za rh na poziomie 27 zł/netto spowodowało, iż wyliczył koszty robocizny na kwotę 4 327 225,96 zł netto (koszt bez narzutów), a przy prawidłowej kalkulacji, tj. wyliczeniu prawidłowej liczby roboczogodzin – 213 607,75 rh, koszty robocizny netto bez narzutów wynosić powinny 5 767 409,20 zł. Różnica 1 440 183,24 zł przekracza kwotę zadeklarowanego zysku ustalonego na poziomie 801 215,43 zł.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na założoną do realizacji zamówienia liczbę osób 24, które miałyby pracować w trybie jednozmianowym. Przy takim założeniu osoby te wypracują w miesiącu 4032 h, co dla 24 miesięcy daje łączną ilość 96 768 h. Oznacza to, iż wykonawca wskazując w kosztorysie liczbę 160 267,63 godzin nie skalkulował dla wyliczonej ilości godzin 63 499,63 godzin pracy, koniecznych do przepracowania na kontrakcie. Względem rzeczywistej liczby roboczogodzin, tj. 213 607,75 rh, nie skalkulował 116 839,75 godzin pracy na zadaniu, co przy stawce 27 zł/h oznacza niedoszacowanie o 3 154 673,25 zł. Ponadto, do wyjaśnień nie zostały załączone dowody potwierdzające wyliczone przez siebie koszty pracy.

Odwołujący kwestionuje również prawidłowość wyceny kosztów pracy sprzętu, gdyż w załączniku nr 4 do wyjaśnień zostały przyjęte zaniżone stawki pracy sprzętu, również przy wyłącznej pracy własnego sprzętu. Odwołujący przedstawił realne, w jego ocenie koszty pracy sprzętu. W stawkach pracy nie została uwzględniona stawka operatorów/kierowców, jak również koszty amortyzacji, ubezpieczenia, eksploatacyjne, napraw czy serwisu. Wykonawca nie przedstawił dokumentów dotyczących spalania sprzętu, który to koszt w ocenie Odwołującego nie pokryje przyjęta stawka za paliwo, przy uwzględnieniu standardowego spalania takiego sprzętu. Sam wykonawca przyjmuje dla tego samego sprzętu różne stawki, nie wyjaśniając tych rozbieżności.

Ponadto, Odwołujący wskazał na brak wyjaśnień istotnych części składowych, których szczegółowego wyjaśnienia oczekiwał Zamawiający, tj.:

- koszt transportu urobku samochodami samowyladowczymi 15-20 ton. Wyliczenia wykonawcy są nieweryfikowalne, gdyż nie jest wiadomym jakie jest spalanie samochodu (brak w tym zakresie dowodów), nie jest wiadomym jaka amortyzacja została przyjęta. Co więcej żaden z pojazdów nie ma ładowności 35t, co oznacza konieczność jego wynajęcia. Wykonawca nie wykazał wozidła 35t. wyjaśnienia w tym zakresie są więc nieweryfikowalne przez Odwołującego i także Zamawiającego, który w tym zakresie oczekiwał także złożenia dowodów;

- koszt zakupu i transportu materiału inertnego. Wyjaśnienia pozbawione są możliwości weryfikacji. Nie zostało wskazane skąd i na jaką odległość będzie transportowany materiał, nie wiadomo jakie będą koszty paliwa i spalanie samochodów, amortyzacji, opłat drogowych.

Ponadto, Odwołujący wskazuje, że w kosztorysie nie zostały uwzględnione koszty zakupu, o jakich pisze w wyjaśnieniach na stronie 5 pisma w wysokości 7,8%. Wykonawca przyjął bowiem koszt materiałów w wysokości

255 220,24 zł, która powinna być zwiększona o dalszą 19 907,18 zł netto, co odpowiadałoby podanej wielkości 7,8% wartości materiałów.

W odniesieniu do oferty B. Odwołujący zarzut rażąco niskiej ceny opiera na twierdzeniu o niezgodności kosztów pracy z przepisami dot. min. wynagrodzenia za pracę/minimalnej stawki godzinowej. Wbrew temu co podaje w wyjaśnieniach wskazując na stawkę 24,50 zł/netto, w pozycjach 10, 14, 17 kosztorysu przyjął stawkę 5,00 zł netto za roboczogodzinę, która nie jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa. Koszty robocizny, przyjmując we wszystkich pozycjach kosztorysu stawkę 24,50 zł netto/rh kształtowałyby się na poziomie 5 373 493,32 zł netto, a nie 1 850 278,30 zł netto. Różnicy tej nie pokrywa założony zysk w wysokości 759 412,81 zł, a rzeczywisty poziom niedoszacowania ceny oferty dla przyjętych założeń wynosi według Odwołującego 3 482 998,93 zł na samej robociznie.

Ponadto, Odwołujący wskazuje na ogólnikowość wyjaśnień i brak dowodów dla kalkulacji cenowych. Samo wskazanie stawki, w sytuacji gdy wykonawca winien przedstawić wyliczenia i dowody, nie jest wystarczające dla uznania wiarygodności złożonych wyjaśnień. Załączona do wyjaśnień oferta na zakup materiału (załącznik nr 8) utraciła swoją ważność przed terminem składania ofert, co podważa rzetelność złożonych wyjaśnień. Z załączonych natomiast zamówień na paliwo Odwołujący nie może wywnioskować czego konkretnie dotyczy zamówienia, jakich ilości, ważności oferty. Z odpowiedzi można jedynie wnioskować, że dotyczą bieżących dostaw handlowych, nie stanowi zatem oferty pod to zamówienie. Ponadto nie ma żadnego wyliczenia co do koniecznej ilości paliwa dla realizacji tej części zamówienia. Brak jest również dowodu dla podanych stawek jednostkowych przyjęcia odpadów na składowisko. Dalej Odwołujący wskazuje na ogólnikowość wyjaśnień co do pytań o sposób zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług oraz wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków związanych z realizacją usług. W ocenie Odwołującego niedostateczne były również wyjaśnienia obrazujące poziom składek ZUS, które nie miały odniesienia do kalkulacji cenowej. Wykonawca założyć miał łączny koszt minimalnego wynagrodzenia na poziomie 4341,96 zł, co zakładając średnio 168h pracy w miesiącu (bez nadgodzin) daje 25,85 zł/h – minimalną stawkę godzinową brutto wraz z kosztami pracodawcy. Wykonawca nie przedstawił jak, w jakiej łącznej wysokości i w jakich pozycjach skalkulował koszty zabezpieczenia społecznego, przy czym na pewni nie mieszczą się one w zadeklarowanej stawce roboczogodziny.

Dodatkowo Odwołujący wskazał na okoliczność prowadzącą do wniosku, iż Wykonawca zamierza finansować koszty zamówienia zyskami pochodzącymi z innych zamówień, tj. realizacją zamówienia na część I, w której jego oferta była najkorzystniejsza. Wykonawca wskazał bowiem iż, *złożył najkorzystniejszą ofertę cenową w wyniku aukcji elektronicznej z dnia 12.10.2023 r dla realizacji Części I przedmiotu zamówienia, co tym samym umożliwia zoptymalizowanie kosztów wykonania zamówienia i tym samym uzyskania jeszcze bardziej korzystniejszych warunków handlowych na dostawę materiałów, zatrudnienia sprzętu oraz kosztów utrzymania zaplecza. Wykonawca jednocześnie wskazuje, iż w dniu 12.10.2023 r w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, dla Części nr I złożył najkorzystniejszą ofertę tj. zaoferował kwotę w wysokości 40 359 097,14 zł brutto. Mając na uwadze powyższe, w dniu 16.10.2023 r w wyniku aukcji elektronicznej dla części II przedmiotu zamówienia Wykonawca zdecydował się na zaoferowanie ceny w wysokości 24 135 910 ,81 zł brutto. (...) Wobec powyższego, oferta łączna Wykonawcy dla obu części jest 18,74 % poniżej planowanego budżetu Zamawiającego. Mając powyższe na uwadze, Wykonawca zaoferował dla Części II kwotę w wysokości 24 135 910,81 zł brutto, gdyż miał na uwadze połączenie obu zadań, zważywszy na fakt iż przedmiot zamówienia dla poszczególnych części sąsiaduje ze sobą. Technologia robót w przypadku obu części jest tożsama, a nawet zakres robót dla Części I jest trudniejszy i wymaga uwzględnienia w ofercie przez Wykonawcę ryzyka z tytułu uciążliwości dla pobliskich mieszkańców.*

Ponieważ Zamawiający unieważnił postępowanie na część I zamówienia, już tylko z tego powodu oferta powinna zostać uznana za rażąco niską, gdyż upadł podstawowy argument dla wyjaśnienia ceny. Ponadto, za niedopuszczalne należy traktować stosowanie mechanizmu subsydiowania skrośnego, czyli pokrywania kosztów dla jednej z grup odbiorców, wpływami z umów od innych grup odbiorców, jako zakazane przez prawo.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego Wykonawca B. oraz Konsorcjum Inż.-Bud.

Zamawiający złożył odpowiedzi na oba odwołania wnosząc o ich oddalenie w całości.

I. Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 3564/23:

- zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Inż.-BUD do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum.

Zamawiający wskazał, iż Konsorcjum złożyło wymagane dokumenty – wykaz robót budowlanych i usług prezentując w nim szczegółowe informacje dotyczące zakresu rzeczowego, okresu realizacji, podmiotów na rzecz których realizacja się odbywała, a także wartości poszczególnych usług i jej części składowych. Informacje, których nie zawierały

referencje były prezentowane w wykazie, co Zamawiający uwzględnił przy ocenie dokumentów, w tym uzupełnionego załącznika nr 4c wraz z protokołami odbioru. Zarzuty Odwołującego nie uwzględniają przy tym faktu, iż usługa wskazana w wykazie świadczona na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Wodnej i Rekultywacji S.A. obejmuje swoim zakresem wykonanie badań termowizyjnych powierzchni, badań wgłębnych stanu termicznego, wykonanie odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin, badań temperatur oraz skład gazów o wartości co najmniej 40.000 zł.

- zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w zwycięskiej ofercie w wierszach 17, 5 i 14 kosztorysu ofertowego z dnia 16.10.2023 r.

Głównym argumentem Zamawiającego dla wyjaśnienia dokonanych zmian w kosztorysie ofertowym jest odniesienie się do znaczenia przedmiaru robót, jako dokumentu zawierającego zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania, wraz z ich szczegółowym opisem, miejscem wykonania lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis, z obliczeniem i zestawieniem liczby jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Dokument ten nie zwalniał wykonawców z dokonania własnej oceny i oszacowania wartości wskazanych tam robót, a jego zadaniem jest zobrazowanie wykonawcy skali robót budowlanych, co ma pomóc przy szacowaniu kosztów realizacji zamówienia. Uwzględniając przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju i technologii w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego (...) w pierwszej kolejności stosuj się analizę indywidualną, a dopiero później kosztorysowe normy nakładów rzeczowych określone w odpowiednich katalogach oraz metodę interpolacji i ekstrapolacji, przy wykorzystaniu wielkości określonych w katalogach (§ 5 pkt 1 i 2). Zamawiający umożliwił przeprowadzenie wizji lokalnej, w ramach której wykonawcy mogli samodzielnie ocenić parametry wskazane w Przedmiarze, w szczególności w zakresie cech przedmiotu, których nie można było oddać w opisie pozycji. Zamawiający uznał, że Wykonawca na podstawie wizji lokalnej stwierdził możliwość realizacji zamówienia mniejszym nakładem pracy, co uzasadniać miało przyjęcie mniejszego współczynnika, tj. kat. I-II gruntu oraz innych współczynników nachylenia. Nie doszło do wyceny innych robót niż wskazane przez Zamawiającego, a tym samym nie ma podstaw do odrzucenia oferty.

- zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp oraz art. 226 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty zwycięskiej z powodu rażąco niskiej ceny.

Zamawiający ocenił wyjaśnienia z 20.10.2023 r. wraz z dowodami i doszedł do przekonania, iż cena uwzględnia wszystkie konieczne koszty realizacji prac, uwzględniając indywidualne uwarunkowania tego wykonawcy wynikające tak z doświadczenia, jak i lokalizacji miejsca wykonywania prac.

Stanowisko w sprawie zarzutów przedstawiło na piśmie również Przystępujące Konsorcjum Inż.-BUD (pismo procesowe z 13.12.2023 r.) – załączone do akt sprawy odwoławczej.

II.Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie KIO 3575/23.

- zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej z powodu rażąco niskiej ceny.

Koszty pracy w ocenie Zamawiającego zostały prawidłowo wyliczone dla założonej liczby pracowników – 24 osobowego zespołu, a rozbieżność w ilości godzin, na jakie Odwołujący opiera tezę o niedoszacowaniu kosztów pracy łącznie na kwotę 3 154 673,25 zł, nie prowadzi do stwierdzenia rażąco niskiej ceny, czy też błędu w jej obliczeniu. Stanowi wyłącznie wypadkową wzoru kosztorysu ofertowego oraz zestawienia zawierającego kalkulację wynagrodzenia z załącznika nr 2 do wyjaśnień.

W ocenie Zamawiającego nie ma również błędu w pozycjach 5, 14 i 17 kosztorysu. Do oferty wykonawcy załączali kosztorysu uproszczony oraz przedmiar robót dla zaprojektowanych czynności (zgodnie z pkt I.3.2 ppkt 7 swz). Zamawiający wskazał na taką samą argumentację jak w sprawie zarzutów podniesionych w odwołaniu sygn. akt KIO 3564/23, w którym również kwestionowana jest poprawność wyceny tych samych pozycji kosztorysu załączonego do wyjaśnień w zakresie ceny. Co do kosztów sprzętu, w ocenie Zamawiającego Odwołujący w uzasadnieniu zawyżył te koszty i nie podważają one rzetelności wyjaśnień Konsorcjum Inż.-BUD.

- zarzut zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy B. z powodu rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do stawki 5,00 zł przyjętej w pozycjach 10, 14, 17 kosztorysu Zamawiający przyjął, iż stanowi ona wyłącznie zabieg matematyczny, mający na celu prawidłowe uwzględnienie kosztów w ofercie. Nie przeczy ona wyjaśnieniom, w którym wykonawca zaznaczył, iż zatrudnione osoby przy realizacji zamówienia otrzymają stawkę zgodną z obowiązującym rozporządzeniem o płacy minimalnej. Podana w kosztorysie stawka ma jedynie charakter techniczny wynikający z konieczności dostosowania wzorów kosztorysowych do ogólnej kwoty wynagrodzenia przyjętej przez wykonawcę. Zamawiający uznał wyjaśnienia poparte dowodami za rzetelne i wystarczające, a Odwołujący skutecznie tej oceny nie podważył. Zamawiający przeprowadził staranną weryfikację poszczególnych składników oferty

takich jak koszty materiałów, robocizna, sprzęt, czy inne związane z realizacją zamówienia koszty dodatkowe.

Stanowiska procesowe złożyli również: przystępujący po stronie Zamawiającego w sprawie Konsorcjum Inż.-BUD (pismo z 13.12.2023 r.) oraz B. (pismo z 13.12.2023 r.).

Replika Odwołującego do stanowisk prezentowanych w pismach została przedstawiona na posiedzeniu w dniu 14.12.2023 r. w formie pisma procesowego oraz ustnej wypowiedzi w trakcie rozprawy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym swz, oferty złożone przez Konsorcjum Inż.-BUD i B. oraz ich wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny.

Izba ustaliła i zważyła.

Oba odwołania w całości podlegały oddaleniu.

I.Odwołanie o sygn. akt 3564/23.

Zarzut zaniechania wezwania Konsorcjum Inż.-BUD do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych oraz zaniechania odrzucenia tej oferty pomimo, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu nie zasługiwał na uwzględnienie. Już sama konstrukcja zarzutu wskazuje na sprzeczność żądań Odwołującego. Uzupełnienie dokumentów, w sytuacji gdyby zarzut co do braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu się potwierdził, pozbawiało możliwości uwzględnienia żądania odrzucenia oferty wykonawcy na obecnym etapie czynności jakie miały dotychczas miejsce w procedurze przetargowej. Niezależnie od błędnej konstrukcji zarzutu, odwołanie nie mogło odnieść w tym zakresie zamierzonych skutków z uwagi na brak podstaw faktycznych formułowanej tezy braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.1 ppkt 4 swz.

Odwołujący w swoim zarzucie w odwołaniu bardzo lakonicznie odniósł się do dokumentów złożonych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazując w pkt 8, iż z *referencji oraz protokołów odbioru prac załączonych do zwycięskiej oferty (w aktach sprawy) nie wynika, że „PROGEO” sp. z o.o. ma doświadczenie w zakresie wykonywania odwiertów badawczych wraz z oceną zwiercin*. Tak opisany zarzut sugerować mógł, iż o niespełnieniu warunku udziału w postępowaniu przesądzać miała treść dokumentów, mających potwierdzać należyte wykonanie prac, w których nie zostały w całości opisane rodzaje badań wskazane w swz. Na rozprawie Odwołujący złożył dodatkowe dowody – informacje otrzymane od PGG Oddział KWK Bolesław Śmiały z 28 listopada 2023 r. dla zadania „Likwidacja zapożarowania na składowisku Waleska” opisujące zakres zadania, które obejmowało monitoring temperatury metodą powierzchniową i wgłębną, a odwierty wraz z oceną zwiercin były wykonywane na składowisku w ramach innej umowy w poprzednich latach, a także oświadczenie PGG Oddział KWK ROW dla obiektów Ruch Jankowice i Ruch Chwałowice ; dnia 29 Listopada 2023 r. opisujące zakres wykonanych badań: zagęszczanie gruntu, badanie stanu termicznego i badania termowizyjne, wykonywane na podstawie dwóch umów z 2020 r. i 2023 r. Całość argumentacji prezentowanej przez Odwołującego wskazywała, iż wykonawca nie kwestionował usługi wskazanej w pozycji trzeciej formularza 4c realizowanej na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Wodnej i Rekultywacji S.A. Grupa JSW Jastrzębie Zdrój, które zakres rzeczowy obejmował całość badań wskazanych w warunku udziału w postępowaniu i miała wartość odpowiednią dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Lakoniczne odniesienie się do samych protokołów odbioru i referencji bez identyfikacji konkretnej pozycji z wykazu usług nie stanowiło żadnego uzasadnienia dla odmowy oceny doświadczenia na podstawie opisu zakresu prac ujętego w wykazie usług. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, iż ocena podmiotowa dokonywana jest łącznie na podstawie wszystkich żądanych i złożonych dokumentów. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który podważałby prawidłowość opisu usługi z poz. 3 wykazu, Izba nie miała podstaw do odmiennej oceny doświadczenia, niż ta jaką dokonał Zamawiający i podtrzymał w odpowiedzi na odwołanie.

Odnosząc się do kolejnej podstawy zarzutów wadliwej oceny oferty Konsorcjum Inż.-BUD mającej wynikać z zaniechania poprawienia omyłek w obliczeniu ceny w poz. 17, 5 i 14 kosztorysu ofertowego z 16.10.2023 r., zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako zawierającej RNC i błędy w obliczeniu ceny, ich uzasadnienie sprowadzało się wyłącznie do prezentacji w odwołaniu odmiennego sposobu kalkulacji kosztów, przy przyjęciu założeń wynikających z opisów KNR, częściowo przywołanych w opisie danej pozycji przedmiaru robót, a w części wynikających z samego wskazania nr KNR.

Wiążący charakter opisu pozycji KNR, w tym wskazane współczynniki do wyliczenia nakładów wynikać miała z pkt 20.3

swz, w którym Zamawiający wskazał, iż:

„cena ofertowa powinna być ustalona na podstawie opisu przedmiotu zamówienia, w tym przedmiaru robót, Programu Funkcjonalno- Użytkowego (jeśli dotyczy) oraz winna obejmować wszystkie pozycje tego przedmiaru.” Zdaniem Odwołującego zmiana w poz. 17 kategorii gruntu, wobec opisanej w KNR-W 201 0203-14 miała uzasadniać tezę, iż wycena obejmowała inne roboty, niż te jakich oczekiwał Zamawiający i prowadziło do zaniżenia wyceny tej pozycji o 913 647 netto z narzutami. Wyliczenia tej kwoty Odwołujący dokonał na podstawie tablic KNR dla wskazanej w przedmiarze ilości metrów – 657 300 m³. W poz. 5 i 14 kosztorysu Wykonawca zastosował inny współczynnik, niż przyjęty w KNR dla wyliczenia nakładów robocizny i pracy sprzętu przy robotach wykonywanych na stoku o nachyleniu 1:3 do 1:2 – 1,15, tj. w poz. 5 ten współczynnik nie został zastosowany, przez co wartość została zaniżona o 1 341,07 zł netto z narzutami. W poz. 14 Konsorcjum Inż.-BUD nie zastosowało współczynnika 1,5, co doprowadziło do zaniżenia wartości tej pozycji o 1 076 720,00 zł netto.

Oddalając odwołanie skład orzekający kierował się znaczeniem, jakie w praktyce ma stosowanie w opisach robót tabel KNR stanowiących element opisu przedmiotu zamówienia. KNR stanowią usystematyzowany zbiór zawierający opisy robót, technologię ich wykonania oraz kosztorysowe normy nakładów rzeczowych czynników produkcji. Jako element opisu przedmiotu zamówienia w pozycjach przedmiarowych poszczególnych robót KNR pozwalają Zamawiającemu określić przewidywany do wykonania zakres prac, co nie oznacza, iż wykonawcy są związani przyjętymi w sposób abstrakcyjny współczynnikami do wyliczenia nakładów, z jakimi faktycznie wiązać się będzie wykonanie poszczególnych robót. Jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, przedmiar robót nie zwalniał wykonawców z dokonania własnej oceny i oszacowania kosztów i wartości prac. Przedmiar robót stanowi obowiązkowy element opisu przedmiotu zamówienia przygotowywany w zgodzie z przepisami rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego. Jest to zatem dokument, który nie zastępuje indywidualnej wyceny wykonawcy i nie ma w zakresie samej wyceny wiążącego dla wykonawców charakteru. Również opracowania KNR przywoływane w przedmiarze robót, czy to przez przeniesienie w opisie pozycji wprost treści z KNR, czy też przez samo wskazanie nr tablic, nie mają statusu powszechnie obowiązującego, jak również nie ma obowiązku ich sztywnego stosowania do wyliczenia wartości robót. Jak wskazał sam Odwołujący na rozprawie opracowane przed wieloma latami tabele nie pasują do zakresu prac wykonywanych na tłoczącej się hałdzie. Nie muszą one uwzględniać postępu technologicznego i sprzętowego, jaki ma miejsce. Ustalają one przeciętnie spotykane, standardowe warunki wykonania robót, które mogą odbiegać od specyficznych uwarunkowań dla realizacji danego zamówienia. W celu ustalenia warunków, w jakich prace będą się odbywały Zamawiający umożliwił udział w wizji lokalnej, która odbyła się 19.09.2023 r. i pozwalał na ustalenie cech przedmiotu zamówienia, których nie oddawał opis z przedmiaru robót, co pozwalało na dostosowanie wyceny do przewidywanych warunków świadczenia. Sam przedmiar zawiera standardowy opis prac, co nie wyklucza potrzeby uwzględnienia różnych aspektów świadczenia wpływających na realizację zamówienia. Przystępujące po stronie Zamawiającego Konsorcjum Inż.-BUD brało udział w wizji lokalnej i dokonało świadomej zmiany normy KNR wobec określonej w przedmiarze po analizie składu gruntu na miejscu. Uczestniczący z ramienia Wykonawcy geolog ocenił, iż dominującą klasą gruntu jest odpowiadająca najbardziej kategorii I-II. Jak wskazał w piśmie procesowym, do czego Odwołujący w żadnej sposób się nie odniósł, dokładne badania gruntu będą dopiero wykonywane na etapie przygotowania projektu, zatem podana przez Zamawiającego w przedmiarze kategoria gruntu III miała wyłącznie charakter poglądowy. Ponadto, uzasadniającym zmianę gruntu było doświadczenie w realizacji prac na sąsiedniej działce przez członka Konsorcjum (w okresie od 21.11.2019 r. do 30.03.2023 r.) na rzecz SRK S.A. Oddział KWK „POKÓJ 1” w Rudzie Śląskiej (działka nr 2704/234). Również po wizji Wykonawca zdecydował na zastosowanie w poz. 14 współczynnika zwiększającego nakłady pracy 0,9 w miejsce 1,5 – ujętego w opisie, mając na uwadze możliwość wykorzystania innej technologii wykonania robót, która nie zakłada przerw w pracach poprzez zastosowanie autorskiej metody schładzania gruntu. Działanie to, w ocenie składu orzekającego, stanowi wyraz rzeczywistej analizy na potrzeby złożenia rzeczowej i konkurencyjnej oferty i nie może uzasadniać twierdzeń o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji.

W świetle powyższego skład orzekający uznał, iż korekty założonych do kalkulacji nakładów wprowadzone w kosztorysie ofertowym z 16.10.2023 r. nie prowadziły do zasadności tezy, iż wycena uwzględniała inny zakres prac, niż oczekiwał tego Zamawiający. Każda pozycja przedmiarowa została wyceniona, jak również zostały uwzględnione wielkości obmiarów danej pracy, co nie było przez Odwołującego kwestionowane. To nie zakres robót ale podstawy kalkulacji miałyby uzasadniać wniosek o konieczności odrzucenia oferty, jak również dokonania poprawienia omyłki. Nie ma jednak podstaw do kwestionowania indywidualnej analizy, w sytuacji, gdy w odwołaniu nie zostało wykazane, aby sposób kalkulacji w elementach wskazanych prowadził do pominięcia elementów prac stanowiących przedmiot zamówienia. W ocenie składu orzekającego nie stało również na przeszkodzie uznaniu, iż wycena w ofercie wybranej obejmowała całość robót, przywołanie w opisie pozycji przedmiarowej nr 14 założonego współczynnika 1,5 do robocizny za utrudnienia z powodu przerw w pracy, chłodzenia, zadymienia. Opis ten należało traktować w charakterze wskazówki dla

wykonawcy istnienia trudnych warunków pracy, co mogło uzasadniać wyższe nakłady, jednak nie stanowiło obowiązkowego wskaźnika dla kalkulacji indywidualnej wykonawcy. Również prezentowana w odwołaniu skala niedoszacowań we wskazanych trzech pozycjach, miała wyłącznie charakter matematyczny i nie prowadziła do stwierdzenia pominięcia w kalkulacji elementów zamówienia podlegających wycenie. W tej sytuacji nie można przyznać racji Odwołującemu, iż pominięcie współczynnika prowadziło do nieporównywalności ofert i zaniżenia kosztów prac koniecznych do wykonania.

II. Odwołanie sygn. akt KIO 3575/23

W odwołaniu zarzuty kierowane wobec oceny dwóch ofert ograniczone zostały do wyjaśnień składanych w zakresie rażąco niskiej ceny i w części pokrywały się z zarzutami odwołania o sygn. akt KIO 3564/23 w odniesieniu do oferty Konsorcjum Inż.-BUD. W tym zakresie aktualne pozostają wywody prezentowane powyżej co do znaczenia zmian wprowadzonych w kosztorysie względem opisów KNR wskazanych w przedmiarach robót.

- zarzut zaniechania odrzucenia oferty wybranej – Konsorcjum Inż.-BUD, jako zawierającej cenę rażąco niską.

Izba oddaliła odwołanie.

Odwołujący kwestionował zaniżenie w poz. 5 kosztorysu szczegółowego załączonego do wyjaśnień kosztów pracy, do którego prowadzić miało przyjęcie niewłaściwej liczby godzin, tj. 160 267,63, w sytuacji gdy do przepracowania na przedmiotowym zamówieniu jest 213 607,75 godzin. Wykonawca nie przemnożył nakładów przez współczynnik 1,15 za prace na stokach stromych (robocizna i sprzęt). Uwzględnienie tego współczynnika prowadziło do zwiększenia liczby godzin. Podobnie w poz. 14 wykonawca nie przemnożył nakładów na robociznę razy 1,5 zgodnie z opisem pozycji za utrudnienia z powodu przerw pracy i zastosował współczynnik 0,9. W poz. 17 wykonawca posłużył się złym KNR, co wpłynęło także na mniejsze nakłady na robociznę. Na skutek wprowadzonych zmian wyliczona kwota łączna robocizny 4 327 225,96 zł netto (bez narzutów) jest nieprawidłowa, a stosując podaną stawkę 27 zł netto i prawidłową ilość roboczogodzin koszty te wynosić powinny 5 767 409,20 zł netto (bez narzutów).

Odnosząc się do tego aspektu uzasadnienia aktualne jest stanowisko Izby co do braku podstaw dla twierdzenia, iż o rażąco niskiej cenie miałyby przesądzać dokonane modyfikacje w zakresie KNR, wyrażone powyżej dla tych samych pozycji kosztorysowych.

Kolejnym aspektem, do którego Odwołujący odnosił się w uzasadnieniu zarzutu rażąco niskiej ceny było wyliczenie kosztów pracy dla wskazanej liczby 24 pracowników zatrudnionych w systemie jednozmianowym. Dokonując przeliczenia liczby etatów przez ilość godzin w miesiącu do wypracowania, Odwołujący wywiódł, iż nie zostały skalkulowane prawidłowo koszty, gdyż łącznie pracownicy będą mogli przepracować mniejszą ilość godzin niż wskazana w wyjaśnieniach liczba 160 267,63 godzin.

W ocenie składu orzekającego nie było podstaw do sformułowania na tej podstawie wniosku, iż Wykonawca nie skalkulował 63 499,63 godzin, co by oznaczało, iż do wyliczenia kosztów zostało przyjęte wyłącznie 96 768 godzin. Pozostaje on w sprzeczności z założeniem, które nie było kwestionowane, iż do wyliczenia kosztów pracy przyjęto liczbę 160 267,63 godzin. To wyłącznie przeliczenia poczynione w odwołaniu uzasadniały formułowaną tezę, która nie ma odniesienia do rzeczywistej podstawy kalkulacji kosztów. Zarzut w tym aspekcie stanowi wyłącznie wypadkową działań na liczbach, co nie podważa faktu, iż koszty zostały wyliczone dla wielkości 160 267,63 godzin. Następnie Odwołujący podążając przyjętą tezę wylicza kwotę niedoszacowanej liczby godzin na zadaniu, opierając się na konieczności przyjęcia współczynników do wyliczenia nakładów wynikających z KNR, do czego Izba już się odniosła krytycznie powyżej.

Dalej Odwołujący odnosi się do kosztów pracy sprzętu, dla których przedstawił własne wyliczenia i dowody, mające wskazywać na zaniżenie ceny. W tym zakresie Izba nie miała podstaw do przyznania pierwszeństwa wyliczeniom Odwołującego, które z założenia zostały przygotowane w taki sposób, aby podważyć wyjaśnienia złożone Zamawiającemu. Rozbieżności w spalaniu sprzętu nie są sytuacją zaskakującą, gdyż o poziomie spalania decyduwać może szereg czynników, tak po stronie samego sprzętu jak i warunków pracy urządzeń. Oczekiwanie Odwołującego, iż na wszystkie możliwe wątpliwości odpowiedzi powinny znajdować się już w wyjaśnieniach nie jest realne. Zawsze bowiem znając treść wyjaśnień można sformułować kolejne wątpliwości i obszary wymagające doprecyzowania, co nie może z góry przesądzać o rażąco niskiej cenie, jak również dyskwalifikować samych wyjaśnień. Argument o braku możliwości zweryfikowania części założeń opisanych w wyjaśnieniach również nie może stanowić podstawy do stwierdzenia, iż oferta podlega odrzuceniu. Odwołujący odnosi się do wielu szczegółowych kwestii, które, jeżeli nawet zostałyby wskazane w wyjaśnieniach, to mogłyby być kwestionowane jako nieweryfikowalne. Dotyczy to w szczególności informacji o odległości na jaką transport będzie się odbywał, kosztów paliwa i spalania samochodów, amortyzacji, opłat drogowych (pkt 26, 27 odwołania). Należy zauważyć, iż wyjaśnienia dotyczyły kosztorysu uproszczonego złożonego w

ofercie, a w nim nie ma każdej drobnej składowej ceny. Wyjaśnienia natomiast miały przedstawić Zamawiającemu założenia, które miały odniesienie do wyliczonych w kosztorysie kosztów pracy sprzętu. Odwołujący samym mnożeniem zastrzeżeń, bez wykazania ewidentnych błędów i braków nie był w stanie skutecznie podważyć oceny wyjaśnień i doprowadzić do odrzucenia oferty wybranej. W odpowiedzi na zarzuty Konsorcjum Inż.-BUD przedstawiło dalsze argumenty, które miały odniesienie i umocowanie w treści złożonych wyjaśnień wraz z dowodami. Na tej podstawie skład orzekający uznał, iż Zamawiający w sposób prawidłowy ocenił wyjaśnienia, które były rzeczowe i konkretne. Zawierały również dowody na okoliczności, które w ocenie Wykonawcy były istotne dla potwierdzenia przyjętych założeń. Nie ma jednolitego wzorca dla wyjaśnień w zakresie ceny, a te wymagają zawsze indywidualnego podejścia i oceny. W ocenie składu orzekającego argumenty prezentowane w odwołaniu nie podważały w sposób przekonujący realności założeń kalkulacyjnych, co prowadziło do oddalenia w całości zarzut opartych na ich ocenie.

- zarzut zaniechania odrzucenia oferty B. z powodu rażąco niskiej ceny.

Izba oddaliła odwołanie.

Kwestionując wskazane w wyjaśnieniach wyliczenie kosztów pracy, w tym przyjętą stawkę 24,50 zł netto za robociznę, Odwołujący wskazał na trzy pozycje kosztorysu ofertowego, w których przyjęta została do wyliczenia robocizny stawka 5,00 zł., tj. poz. 10, 14 i 17, jako naruszająca przepisy prawa. Zastosowanie w tych pozycjach stawki 24,50 zł netto prowadzić musiałoby do zwiększenia kosztów robocizny z 1 850 278,30 zł do 5 373 493,32 zł netto.

Oddalając w tym zakresie odwołanie Izba uznała, iż sposób prezentacji kosztów w poszczególnych pozycjach kosztorysowych może różnić się co jest podyktowane chociażby różnymi nakładami wynikającymi z technologii wykonania prac. Przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawca B. wyjaśniał w ten sposób przyjętą stawkę 5.00 zł koniecznością wykonania prac przy wykorzystaniu ciężkiego sprzętu budowlanego z uwagi na panujące warunki szkodliwe dla zdrowia. Wykonywanie prac ręcznie nie było w tych pozycjach przewidziane, stąd w pozycjach 10, 14 i 17 kosztorysu ofertowego ujął koszty wynagrodzeń pracowników w cenach jednostkowych pracy sprzętu. Wyjaśnienia te skład orzekający przyjął jako wiarygodne i spójne.

Odwołujący kwestionował wyjaśnienia również z uwagi na ich rzekomą ogólnikowość i brak dowodów, co miało nie odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego. Twierdzenia te nie mają jednak odniesienia do stanu faktycznego, gdyż do wyjaśnień załączone zostały dowody i nie wyczerpują się one w samej kalkulacji własnej Wykonawcy. Wskazuje na to również sam Odwołujący w pkt 35 odwołania kwestionując dowody na zakup materiałów i paliwa. Nie ma podstaw do kwestionowania złożonych dowodów w sytuacji, gdy Odwołujący sam nie przedstawia materiału dowodowego, który podważałby prezentowane w nich okoliczności. Zamawiający miał podstawę do oceny wyjaśnień jako rzetelnych i mających uzasadnienie w warunkach dostępnych Wykonawcy oferującego realizację prac za wskazaną w ofercie cenę. Z uzasadnienia zarzutów w zasadzie plynie wniosek, iż wyjaśnienia miałyby prezentować wszystkie możliwe aspekty prowadzenia działalności, co w ocenie składu orzekającego jest nadmierne. Wskazanie na główne elementy kosztowe pozwala Zamawiającemu ocenić, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający nie miała wątpliwości, a takich również nie spowodowały zastrzeżenia zgłaszane w odwołaniu, do tego aby uznać, iż zaoferowana cena nie pozwala na realizację robót. Odwołujący formułuje bardzo kategoriyczny wniosek, iż Wykonawca *nie wyjaśnił w zasadzie żadnego z elementów zaoferowanej ceny, co nie odpowiadało wezwaniu zamawiającego*. Taka ocena, jako całkowicie oderwana od treści wyjaśnień nie mogła prowadzić do przyjęcia, iż wyjaśnienia nie zostały złożone.

Również dowolnym i autorskim jest wniosek Odwołującego co do rzekomego działania Wykonawcy polegającego na finansowaniu kosztów zamówienia zyskami jakie miałyby pochodzić z realizacji części I zamówienia, czyli tzw. mechanizmu subsydiowania skrośnego. Fragmenty wyjaśnień, w których Wykonawca wskazuje na efekt skali, jak również możliwość rozłożenia kosztów realizacji obu części nie oznacza jeszcze, iż zakłada pokrywanie straty z zysku, jaki miałyby osiągnąć przy realizacji części I. Aby taki wniosek miał w ogóle podstawę należałoby stwierdzić, iż cena zaoferowana za część II zamówienia generować będzie stratę, a takiego wywodu i tezy nie ma w odwołaniu.

W świetle powyższego odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania i obciążyła nimi Odwołujących oraz uzasadnione koszty Zamawiającego wykazane rachunkami złożonymi do każdej ze spraw oddzielnie w wysokości łącznej 7.200,00 zł. i obciążyła nimi w całości obu odwołujących w każdej ze spraw.

Przewodniczący:

