

**Sygn. akt KIO 1090/23**  
**1093/23**  
**1226/23**  
**1239/23**

## **WYROK**

**z dnia 24 maja 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Rafał Malinowski**  
**Członkowie: Anna Osiecka-Baran**  
**Aleksandra Patyk**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 18 maja 2023 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 17 kwietnia i 2 maja 2023 r. przez odwołujących:

- A. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1090/23),
- B. NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A. z siedzibą lidera w Sopocie (sygn. akt: KIO 1093/23),
- C. Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (sygn. akt: KIO 1226/23),
- D. PORR S.A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 1239/23)

w postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku

przy udziale wykonawcy:

- 1) Konsorcjum: NDI S.A., NDI SOPOT S.A. z siedzibą lidera w Sopocie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1090/23 po stronie odwołującego;
- 2) Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1090/23 po stronie

odwołującego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1239/23 po stronie zamawiającego;

3) PORR S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1093/23 po stronie zamawiającego oraz do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1226/23 po stronie odwołującego;

4) STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1090/23, 1093/23, 1226/23 oraz 1239/23 po stronie zamawiającego;

5) BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1093/23 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- I. Uwzględnia odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1090/23 w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1.1, 1.3 (1) oraz 1.6 i nakazuje zamawiającemu:
  - a. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- II. Oddala odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1090/23 w pozostałym zakresie.
- III. Uwzględnia odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1093/23 w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 5 i nakazuje zamawiającemu:
  - a. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- IV. Oddala odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1093/23 w pozostałym zakresie.

- V. Uwzględnia odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1226/23 w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1 oraz numerem 2 lit. b) i nakazuje zamawiającemu:
- a. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- VI. Oddala odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1226/23 w pozostałym zakresie.
- VII. Uwzględnia odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1239/23 w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami 1.1, 1.2 (1), 1.5 oraz 1.7 i nakazuje zamawiającemu:
- a. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
  - b. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz odrzucenie oferty wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.
- VIII. Oddala odwołanie w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1239/23 w pozostałym zakresie.
- IX. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1090/23 obciąża w 2/5 odwołującego oraz w 3/5 zamawiającego i:
- a. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.
  - b. Zasądza od zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz odwołującego PORR S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 14 160 zł 00 gr (słownie: czternaście tysięcy sto sześćdziesiąt złotych, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kosztów postępowania poniesionych przez strony.
- X. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt 1093/23 obciąża w 5/6 odwołującego oraz w 1/6 zamawiającego i:

- a. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4 979 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, kosztów dojazdu oraz noclegu.
- b. Zasądza od zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz odwołującego Konsorcjum NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A. z siedzibą lidera w Sopocie kwotę 4 163 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto sześćdziesiąt trzy złote, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kosztów postępowania poniesionych przez strony.

XI. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt 1226/23 obciąża zamawiającego i:

- a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 4665 zł 87 gr (słownie: cztery tysiące sześćset sześćdziesiąt pięć złotych, osiemdziesiąt siedem groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników, kosztów dojazdu oraz noclegu.
- b. Zasądza od zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz odwołującego Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku kwotę 24 665 zł 87 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące sześćset sześćdziesiąt pięć złotych, osiemdziesiąt siedem groszy).

XII. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt 1239/23 obciąża w 2/6 odwołującego i w 4/6 zamawiającego i:

- a. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.
- b. Zasądza od zamawiającego Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku na rzecz odwołującego PORR S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 15 733 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy siedemset trzydzieści trzy złote, zero groszy) z tytułu proporcjonalnego rozdzielenia kosztów postępowania poniesionych przez strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt KIO 1090/23**

**1093/23**

**1226/23**

**1239/23**

### **Uzasadnienie**

Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej jako: „ustawa PZP”, których przedmiotem jest „Rozbudowa Nabrzeża Rudowego III w Porcie Gdańsk” (sygn. akt KIO 1090/23 oraz KIO 1093/23) oraz „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku ok. 204 MB w Porcie Gdańsk” (sygn. akt KIO 1226/23 oraz KIO 1239/23).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

- z dnia 8 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 109-309211 (sygn. akt KIO 1090/23, 1093/23),
- z dnia 8 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 109-309212 (sygn. akt KIO 1226/23, 1239/23).

#### **I. KIO 1090/23**

W dniu 17 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący I” wobec czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, w tym wyborze oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz oferty wykonawcy BUDIMEX S.A.

Kwestionując ww. czynności Zamawiającego, Odwołujący I zarzucił mu naruszenie:

1.1 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, Projekcie Wykonawczym oraz Przedmiarze robót w zakresie dotyczącym wykonania prac branży hydrotechnicznej - robót kafarowych (poz. 4 Formularza Cenowego/poz. 51-83 przedmiaru robót), na które składa się wykonanie m.in.:

(1) pali (poz. 4.3 Formularza cenowego/poz. 66-83 kosztorysu/przedmiaru robót) – poprzez zastosowanie przez Strabag rozwiązania niespełniającego wymagań Zamawiającego dot.

nośności pali poprzez nieuwzględnienie w ofercie ilości zbrojenia pali, która jest wymagana dla osiągnięcia parametrów nośności wewnętrznej opisanych w warunkach zamówienia, tj. dokumentacji projektowej i dookreślonych w ramach wyjaśnień treści SWZ opublikowanych przez Zamawiającego;

(2) ścianki szczelnej – pogrążanie (poz. 4.2 Formularza Cenowego/poz. 57-65 kosztorysu/przedmiaru robót) - poprzez nieuwzględnienie w ofercie zakresu prac dotyczącego wykonania ściągów kotwiących i wykonania robót betoniarskich zgodnie z warunkami zamówienia oraz nieuwzględnienie w ofercie jednostek sprzętu wymaganych dla pogrążania ścianki szczelnej metodą „z wody” tj. przy wykorzystaniu sprzętu pływającego.

1.2 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia dotyczącymi wykonania konstrukcji żelbetowych co do parametrów betonu konstrukcyjnego oraz poprzez prowadzenie z wykonawcą Strabag niedozwolonych negocjacji prowadzących do zmiany treści oferty w zakresie dotyczącym parametrów ww. materiału.

1.3 art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z 224 ust. 1, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi to, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny całkowitej, a oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnych części składowych obejmujących wykonania prac branży hydrotechnicznej: (1) pali (poz. 4.3 Formularza cenowego//poz. 66-83 kosztorysu/przedmiaru robót) z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie ilości zbrojenia pali, która jest wymagana dla osiągnięcia parametrów nośności opisanych w warunkach zamówienia (2) ścianki szczelnej – pogrążanie (poz. 4.2 Formularza Cenowego/ poz. 57-65 kosztorysu/przedmiaru robót) z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie zakresu prac dotyczącego wykonania ściągów kotwiących i wykonania robót betoniarskich zgodnie z warunkami zamówienia oraz nieuwzględnienie w ofercie jednostek sprzętu wymaganych dla pogrążania ścianki szczelnej metodą „z wody” tj. przy wykorzystaniu sprzętu pływającego.

1.4 art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. art. 224 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag, 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

1.5 art. 239 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5) 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 Strabag i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na zarzuty wskazane powyżej;

1.6 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt. 10) PZP oraz w zw. z art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia dotyczącymi sposobu obliczenia ceny (pkt. 21.1 SWZ) z uwagi na nieuwzględnienie w Formularz Cenowym Budimex zmian wynikających z odpowiedzi Zamawiającego na pytania nr 238 i 239, a tym samym poprzez brak wyceny w ofercie wszystkich prac określonych przez Zamawiającego, oraz z uwagi na błąd w obliczeniu całkowitej ceny oferty oraz poprzez prowadzenie z wykonawcą Budimex niedozwolonych negocjacji prowadzących do zmiany treści oferty w zakresie dotyczącym prac objętych ofertą wykonawcy Budimex.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący I wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności z 7 kwietnia 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Strabag;
- 2) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert oraz:
  - a. nakazanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz z uwagi na fakt, iż oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na to, że złożone przez wykonawcę Strabag wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny;
  - b. nakazanie odrzucenia oferty Budimex z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz błąd w obliczeniu ceny.

#### Stanowisko Odwołującego I:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący I wskazywał m.in., że:

#### Zarzuty nr 1.1 oraz 1.3 petitum odwołania:

#### Niezgodność treści oferty STRABAG dotycząca pali:

Zdaniem Odwołującego I analiza wyjaśnień przedkładanych w toku postępowania przez wykonawcę STRABAG (wyjaśnienia z 25.11.2022 r. oraz z 22.12.2022 r.) prowadzi do wniosku, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentach zamówienia, w tym Projekcie Budowlanym, Projekcie Wykonawczym oraz Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, a jednocześnie wykonawca ten



nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w zakresie kluczowych części zamówienia (roboty hydrotechniczne).

Jak wskazywał Odwołujący I, z wyjaśnień 1 wynika, że wymagane parametry pali opisane w dokumentacji projektowej (nośność wewnętrzna) nie zostaną spełnione. Wykonawca Strabag potwierdził, że przyjął zbrojenie konstrukcyjne pala sześcioma prętami fi 16mm (6\*1,58kg/mb pala) oraz rozdzielcze prętami fi 8 (waga 3,8 kg/mb pala). Z powyższego wynika, że Strabag określił ilość zbrojenia pala na poziomie 13,28kg/mb pala, przy jednoczesnej rezygnacji ze stali profilowej w postaci rur fi 406/12,5mm oraz „buta” tj. podstawy trzonu pala. W Wyjaśnieniach 1 Strabag nie przedstawił bowiem wyceny dla ww. elementów.

Jak kontynuował Odwołujący I, rozwiązanie Strabag budzi oczywiste wątpliwości techniczne z uwagi na ilość zbrojenia wskazaną w Wyjaśnieniach 1, która to jest rażąco niska w stosunku do ilości stali przewidzianej w dokumentacji Zamawiającego. Weryfikacja ilości stali powinna nastąpić w oparciu o pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego tj. pale muszą być wykonane zgodnie z wymaganiami określonymi w normach:

- PN-EN 12699 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale przemieszczeniowe”.
- PN-EN 1536 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale wiercone”.

Zdaniem Odwołującego I, obie normy zawierają warunek minimalnego zbrojenia w odniesieniu do średnicy pala. „Jeżeli wymagane jest zbrojenie, to jeżeli nie zostało inaczej wskazane w projekcie, należy przyjąć minimalny przekrój zbrojenia pala”, które wynoszą dla pierwszej z nich: minimalnie 0,5% nominalnego przekroju poprzecznego pala oraz dla drugiej z norm: dla pala o przekroju  $A_c \leq 0,5m^2$ , minimalna średnica zbrojenia podłużnego wynosi  $A_s \geq 0,5\%A_c$ .

Zbrojenie główne pali, które zaoferował Strabag 6 x fi 16mm daje przekrój zbrojenia wynoszący: Pole przekroju pręta #16mm:  $3,1416 * 1,6cm * 1,6cm * 0,25 = 2,011cm^2$

6szt x  $2,011cm^2 = 12,066 cm^2$ .

Dla pala o średnicy 560mm (średnica wymagana przez Zamawiającego) zbrojenie minimalne wynosi  $3,1416 * 56cm * 56cm * 0,25 * 0,005 = 12,315 cm^2$ , (gdzie: 3,1416 – liczba  $\pi$ , 56cm – średnica pala, 0,005 – warunek normy 0,5%) co stanowi wartość wyższą niż  $12,066cm^2$  – tym samym warunek minimalnego przekroju zbrojenia wg. wyżej wymienionych norm nie jest spełniony.

Dla pala o średnicy 600mm (średnica przyjęta przez Strabag w Wyjaśnieniach nr 1, pkt. I.1. lit. b) zbrojenie minimalne wynosi  $3,1416 * 60cm * 60cm * 0,25 * 0,005 = 14,14 cm^2$ , (gdzie: 3,1416 – liczba  $\pi$ , 60cm – średnica pala, 0,005 – warunek normy 0,5%) co również jest

wartością wyższą niż 12,066 cm<sup>2</sup> – tym samym warunek minimalnego przekroju zbrojenia wg. wyżej wymienionych norm nie jest spełniony.

Nadto, jak kontynuował Odwołujący I, niezależnie od powyższego zakładana przez Strabag ilość zbrojenia na metr bieżący (mb) pala (13,28kg/mb) nie pozwala na wykonanie pali, które spełniają wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji projektowej co do nośności wewnętrznej pala, opisanej w pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego.

W treści Wyjaśnień 1 Strabag, brak jest danych dotyczących elementów pali przemieszczeniowych zaproponowanych przez autora dokumentacji projektowej takich jak: rury stalowe ze szwem, but staliwny czy zaczyn cementowy do iniekcji. Dodatkowo przywołana w Wyjaśnieniach 1 ilość zbrojenia kosztem znacznie odbiega od ilości określonej w dokumentacji projektowej. Stąd wniosek, że wyjaśnienia zawarte w piśmie nie odnoszą się do rozwiązania podstawowego – pale przemieszczeniowe Tubex, a do innego rozwiązania technologicznego.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący I przedstawił stosowną analizę, z której wynika, że proponowane pale o średnicy 600mm zbrojone 6 prętami #16 oraz strzemionami z prętów średnicy 8mm spełniają wymagania projektowe jedynie dla 6 przypadków z wymaganych 28, tj. 79% wymaganych przypadków pozostaje niespełnione.

W konsekwencji, jak podsumował Odwołujący I, przyjęte w ofercie wykonawcy Strabag rozwiązanie techniczne dla pali, poprzez niewystarczającą ilość stali zbrojeniowej prowadzi do obniżenia nośności pali względem warunków zamówienia opisanych w pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego (Tom II Projekt Wykonawczy - Teczka 1 - Konstrukcja nabrzeża) dotyczących osiągnięcia wymaganych parametrów nośności pali oraz jest niezgodna z wymaganiami dotyczącymi zachowania zgodności z normami PN-EN 12699 oraz PN-EN 1536 opisanymi w pkt. 3.2 Projektu Wykonawczego.

#### Rażąco niska cena oferty STRABAG dotycząca pali:

Jak podkreślił Odwołujący I przyjmując parametry pali opisane w dokumentacji projektowej wynikające z rysunków ilość stali zbrojeniowej powinna wynosić 28,68kg/mb pala. Różnica pomiędzy założeniami Strabag (13,28 kg stali zbrojeniowej na mb pala) oraz ilości wynikającej z dokumentacji projektowej (bez rury stalowej) wynosi 15,40 kg/mb (28,68 kg/mb – 13/28 kg/mb). Przyjmując cenę stali zbrojeniowej wraz z prefabrykacją koszy wskazaną przez Strabag w Wyjaśnieniach 1 (4 600,00 zł netto za tonę stali zbrojeniowej oraz 2 200,00 zł netto za prefabrykację kosza zbrojeniowego), „brakujące” 15,40 kg/mb oraz liczbę metrów bieżących (25259,4mb) pali wynikającą z dokumentacji projektowej tj. rysunków projektu

wykonawczego, należy uznać, że oferta Strabag w Formularzu Cenowym pozycja 4.3 Pale jest niedoszacowana o kwotę:  $15,4\text{kg} \cdot 25259,4\text{mb} \cdot 6,8\text{zł/kg} = 2\,645\,164,37\text{ zł netto}$ .

Z powyższego wynika zatem, że oferta Strabag w zakresie wyceny wykonania pali jest niedoszacowana o ok. 2 645 164,37 zł netto. Co istotne, powyższa kwota została ustalona na podstawie danych tj. ceny stali zbrojeniowej oraz kosztów prefabrykacji dostępnych Strabag, wskazanych w Wyjaśnieniach 1.

#### Zarzut niezgodności treści oferty Strabag dotyczący ścianki szczelnej – pogrążanie:

Jak podkreślił Odwołujący I, całkowita kwota wykonania robót wyceniona przez Strabag dla poz. 4.2 to 652 886,43 zł netto, zaś koszty związane z wykonaniem prac opisanych w poz. przedmiaru 57-62 to 496 209,45 zł netto, a to oznacza, że na wykonanie prac opisanych w poz. 63-65 przedmiaru (czyli zakładanie ściągnięć kotwiących, betonowanie konstrukcji nawodnych oraz betonowanie podwodne) Strabag przeznaczył kwotę 156 676,98 zł netto.

Sekcja 4.2 poz. 63 dotyczy montażu ściągnięć kotwiących w ilości 102, 8772 ton, zaś poz. 64 i 65 dotyczą wykonania betonowania konstrukcji nadwodnych (32,250 m<sup>3</sup>) oraz betonowań podwodnych (334,01 m<sup>3</sup>). Opierając się na kosztach wskazanych w wyjaśnieniach Strabag (koszt stali: 4 600,00 zł/tonę oraz koszt mieszanki betonowej: 475 zł/m<sup>3</sup>) należy zauważyć, że:

- poz. 63 - koszty wykonania ściągnięć kotwiących w ilości 102,8772 ton to co najmniej 473 235,12 zł netto (102,8772 t x 4 600 zł/t),
- poz. 64 – betonowanie konstrukcji nadwodnych -  $475\text{zł/m}^3 \times 32,25\text{m}^3 = 15\,318,75\text{ zł netto}$ ;
- poz. 65 – betonowanie konstrukcji podwodnych -  $475\text{zł/m}^3 \times 334,01\text{m}^3 = 158\,654,75\text{ zł netto}$ .

Zdaniem Odwołującego I, uwzględniając całkowitą wartość pozycji 4.2 Ścianki – pogrążanie wskazaną w Formularzu Cenowym Strabag (652 886,43 zł netto) oraz koszty wykonania prac z poz. 57-62 przedmiaru robót wynikające z Załącznika nr 1 do Wyjaśnień 1 (496 209,45 zł netto) na wykonanie prac z pozostałych pozycji tj. 63-65 Strabag dysponuje kwotą 156 676,98 zł netto, przy czym sam koszt materiałów wg. cen Strabag to 611 208,62 zł netto, a koszt wykonania prac wg. Zamawiającego jest 10-krotnie wyższy i wynosi 1 556 903,88 zł netto.

Dodatkowo, jak zauważył Odwołujący I, jak wynika z części opisowej Wyjaśnień 1 Strabag rzekomo zamierza wykonać pogrążenie ścianki szczelnej z wody i do tego celu zamierza wykorzystać holownik (koszt 195 000,00 zł netto) oraz ponton (koszt 27 300,00 zł netto). Jak

słusznie zauważył Zamawiający w Wezwaniu 2 koszty wykonania robót dotyczących pogrążenia ścianki szczelnej (poz. 57-62) ujęte w Załączniku nr 1 do Wyjaśnień 1 jak również koszty pracy sprzętu pływającego przedstawione wyłącznie w części opisowej Wyjaśnień 1 przewyższają łącznie całkowity koszt wykonania robót dla poz. 4.2 (652 886,43 zł netto). Na tak zadane pytanie Zamawiającego wykonawca odpowiedział, że zgodnie z przyjętą metodą kosztorysowania, koszty sprzętu pływającego zostały ujęte w kosztach ogólnych budowy, który jest rozdzielany na wszystkie pozycje kosztorysowe jako część narzutów. W związku z tym, w ocenie Strabag, nie można sumować kosztów pracy sprzętu (np. wibromłota) wykazanego dla robót z poz. 4.2 z kosztami sprzętu pływającego (223.300,00 zł netto), który rzekomo został ujęty w kosztach ogólnych całej inwestycji.

W ocenie Odwołującego I powyższe tłumaczenie jest nieuprawnione, gdyż konstrukcja formularza cenowego wskazuje, że w ramach danej pozycji formularza należy przypisać prace związane z wykonaniem danych pozycji kosztorysowych wynikających z przedmiaru robót. Dodatkowo, wycena pozycji 4.2 jest zbyt niska co oznacza, że STRABAG przy przygotowaniu oferty pominął wymagania wynikające z dokumentacji projektowej, z których wynikało, że pogrążenie ścianki szczelnej musi nastąpić metodą „z wody”. Strabag nie był w stanie wykazać ujęcia kosztów wszystkich prac (materiałów, sprzętu i robocizny) w ramach pozycji 4.2 Formularza Cenowego, dlatego w Wyjaśnieniach 1 i Wyjaśnieniach 2 stwierdza, że koszty sprzętu pływającego (holownik, ponton) zostały ujęte w kosztach ogólnych budowy rozrzuconych po wszystkich pozycjach kosztorysowych jako narzuty.

O niewiarygodności zapewnień Strabag jakoby ujął w wycenie koszty sprzętu pływającego dla poz. 4.2 Formularza Cenowego w kosztach ogólnych świadczy również fakt, iż w przypadku robót rozbiórkowych (poz. 2 Roboty rozbiórkowe) koszty sprzętu pływającego (tratwa) zostały ujęte w kosztach bezpośrednich (a nie w kosztach ogólnych) i wykazane w pozycji 3 kosztorysu dla robót rozbiórkowych (Załącznik 1 do Wyjaśnień 1). Co więcej, w swoich wyjaśnieniach Strabag wskazuje na metodologię sporządzenia kalkulacji ofertowej w oparciu o ustalenie kosztów bezpośrednich w podziale na robociznę, koszt materiałów, koszt pracy sprzętu np. w kalkulacji szczegółowej robót rozbiórkowych – Załącznik nr 1 do Wyjaśnień 1 oraz część szczegółowa Wyjaśnień 1, str. 11.

Jak podsumował Odwołujący I, powyższe prowadzi do konkluzji, iż składając ofertę wykonawca Strabag założył wykonanie robót dotyczących pogrążania ścianki szczelnej nie z wody (zgodnie z pkt. 5.1 Projektu Budowlanego), ale z lądu. Z tego względu, dopiero po konkretnym pytaniu Zamawiającego dotyczącym metody pogrążenia (Wezwanie 1) wykonawca Strabag próbował wykazywać, że koszty pracy sprzętu pływającego dla pogrążenia ścianki szczelnej z wody zostały rzekomo ujęte w kosztach ogólnych i rozrzucone po wszystkich pozycjach kosztorysowych w ramach narzutów. Z uwagi na

przedstawioną powyżej argumentację wyjaśnienia Strabag należy uznać za niewiarygodne, a w konsekwencji należy stwierdzić, że Strabag w swojej ofercie wycenił – niezgodnie z pkt. 5.1 Projektu Budowlanego – wykonanie robót z łądu a nie z wody.

#### Zarzut rażąco niskiej ceny dotyczący ścianki szczelnej – pogrążanie

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący I powołał się na dotychczas przedstawianą argumentację dotyczącą pogrążania ścianki szczelnej. Powyższe zdaniem Odwołującego I prowadzi do konkluzji, iż oferta Strabag, w zakresie wykonania prac objętych poz. 4.2, Formularza Cenowego, w tym w szczególności poz. przedmiaru 63-65 nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Rzeczywiste koszty wykonania prac przekraczają bowiem znacząco wycenę prac wskazaną przez Strabag.

Z uwagi na to, że wykonanie ścianki szczelnej, oprócz prac związanych z palowaniem, stanowi istotną składową część oferty, to należy uznać, że oferta Strabag powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP wz. z art. 224 ust. 6 PZP jako oferta zawierająca rażąco niską cenę.

#### Zarzut nr 1.2 petitum odwołania:

Odwołujący I wskazał, że wykonawca Strabag wraz z Wyjaśnieniami 1 dotyczącymi ceny oferty oraz zgodności oferty z warunkami zamówienia przedstawił ofertę podwykonawcy lub dostawcy dotyczącą betonu konstrukcyjnego wraz ze wskazaniem parametrów materiału, który zostanie użyty do wykonania zamówienia w zakresie konstrukcji żelbetowych. Jak wynika z Wezwania nr 2 Zamawiający wskazał na niezgodność parametrów betonu konstrukcyjnego wynikających z oferty podwykonawcy/ dostawcy z parametrami betonu konstrukcyjnego opisanymi w dokumentacji projektowej. W Wyjaśnieniach nr 2 Strabag poinformował, iż podwykonawca/ dostawca potwierdził zgodność swojej oferty z dokumentacją przetargową, czego dowodem miał być załącznik nr 1 do Wyjaśnień nr 2 (e-mail podwykonawcy/ dostawcy).

Jak wynika wprost z treści Wezwania 2, na podstawie dokumentów i ofert przedłożonych przez wykonawcę Strabag w ramach wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty oraz oceny zgodności oferty z warunkami zamówienia, Zamawiający stwierdził niezgodność parametrów betonu konstrukcyjnego, który zamierza zastosować wykonawca Strabag z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej, a więc warunkami zamówienia. Dopiero na skutek Wezwania 2 wykonawca Strabag dokonał korekty pierwotnych wyjaśnień, a więc de facto

zmienił treści oferty, tak aby usunąć niezgodność z warunkami zamówienia, co jest niezgodne z treścią art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

#### Zarzut nr 1.4 petitum odwołania:

W ramach argumentacji dla ww. zarzutu Odwołujący I zwrócił uwagę na treść wezwania Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, Strabag w ramach Wyjaśnień 1 oraz Wyjaśnień 2 nie wykazał w sposób bezsprzeczny i wystarczający, iż zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska. Jak podkreślił Odwołujący, Strabag nie przedstawił wystarczającej ilości dowodów na uzasadnienie przyjętej wartości kosztów bezpośrednich produkcji.

Przedłożona przez Strabag tabela w sposób oczywisty nie obejmuje całego zakresu opisanego w SWZ oraz w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do formularza ofertowego. Nawet wyliczenia w pozycjach wyszczególnionych w tabeli nie zostały poparte żadnymi dowodami, a wykonawca Strabag poprzestał na wskazaniu łącznych kwot powołując się na kalkulacje własne – i jednocześnie nieprzedstawiająca ani takich kalkulacji ani dowodów potwierdzających ich poprawność.

Odwołujący I dodał, popierając argumentację cytataми z piśmiennictwa oraz orzecznictwa, że wykonawca Strabag nie obalił domniemania, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, które powstało w momencie skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień. Choć wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczyło wykazania sposobu wyceny całej oferty, to Wykonawca Strabag ograniczył się zasadniczo do odpowiedzi na szczegółowe pytania Zamawiającego, które na marginesie również nie potwierdzają prawidłowej wyceny oferty (vide zarzut i argumentacja w pkt. 2 niniejszego odwołania). W pozostałym zakresie Strabag udzielił wybiórczych odpowiedzi, przedstawiając również zbiorcze kwoty oparte rzekomo na kalkulacjach własnych - bez zaprezentowania szczegółowego rozbicia tych kwoty czy też dowodów potwierdzających zasadność wyceny czy też wskazując na okoliczności, które pozwoliły na osiągnięcie atrakcyjnej ceny, ale bez wskazania w jaki konkretnie sposób te okoliczności przekładają się na wycenę oferty.

To zdaniem Odwołującego I prowadzi do wniosku, iż Zamawiający bezzasadnie uznał, iż wykonawca Strabag wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska, pomimo że Strabag nie wyjaśnił w sposób wyczerpujący i szczegółowy sposobu kalkulacji ceny, a jego Wyjaśnienia 1 i 2 wyraźnie wskazują na niedoszacowanie istotnych zakresów prac.

#### Zarzut nr 1.6 petitum odwołania:

Odwołujący I zwrócił uwagę, że Formularz Cenowy (Załącznik nr 2A do SWZ) podlegał zmianom wynikającym z odpowiedzi Zamawiającego do SWZ. W wyniku pytań i odpowiedzi w Formularzu Cenowym wykonawcy powinni byli uwzględnić dodatkowe pozycje w zakresie Branży Hydrotechnicznej, tj.:

- pkt 12 (pozycja przedmiaru 178-199) – zmiany wynikające z odpowiedzi 199, 200, 221, 222;
- pkt 13 (pozycja przedmiaru 200-204) – zmiany wynikające z odpowiedzi nr 238;
- pkt 14 (pozycja przedmiaru 205-209) – zmiany wynikające z odpowiedzi nr 239.

W związku z udzielonymi odpowiedziami Zamawiający zmodyfikował i udostępnił wykonawcom Formularz Cenowy (Załącznik 2A do SWZ) uzupełniony o poz. 13 i 14 dla Branży Hydrotechnicznej.

Z Formularza Cenowego Budimex wynika, że wykonawca nie uwzględnił w tym formularzu dodanych pozycji nr 13 i 14 dla Branży Hydrotechnicznej.

Skoro w Formularzu Cenowym – Rozbiciu Ceny Ofertowej wykonawca Budimex nie uwzględnił poz. 13 i 14, a więc również całkowita cena ofertowa tego wykonawcy nie obejmuje ww. pozycji prac, oznacza to, że wykonawca Budimex dokonał obliczenia ceny w sposób sprzeczny z warunkami zamówienia, a oferta tego wykonawcy nie obejmuje prac, które powinny zostać wycenione w poz. 13 i 14 Robót Hydrotechnicznych Formularza Cenowego.

W konsekwencji, należy również uznać, że oferta wykonawcy Budimex zawiera błąd w obliczeniu ceny, skoro Wykonawca pominał w Formularzu Cenowym poz. 13 i 14, a łączona cena ofertowa podana w Formularzu Oferty musi obejmować sumę wszystkich pozycji Formularza Cenowego (pkt. 21.1 SWZ).

Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnienia treści oferty zwrócił uwagę wykonawcy na ww. rozbieżności, prosząc jednocześnie o potwierdzenie, że pominięte pozycje zostały jednak wycenione w Formularzu Cenowym.

Jak zakończył Odwołujący I korespondencję prowadzoną pomiędzy Zamawiającym i Budimex odnośnie do pominiętych poz. 13 i 14 Formularza Cenowego należy uznać nie tyle za wyjaśnienie treści oferty, ale za niedopuszczalne na gruncie art. 223 ust. 1 PZP negocjacje treści oferty, co również powinno prowadzić do odrzucenia oferty ww. wykonawcy.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 5 maja 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazywał, co następuje:

W zakresie zarzutu nr 1.1 pkt 1 i nr 1.3:

W pierwszej kolejności Zamawiający podkreślił, że z przywoływanych przez Odwołującego fragmentów dokumentacji wynika wprost, że obie metody wykonywania pali (wiercona i przemieszczeniowa) są dopuszczone przez Zamawiającego już na etapie składania ofert. Potwierdzenie znalazło to również w odpowiedzi na pytania do SWZ nr 249 i 250.

Jak kontynuował Zamawiający, określił on w dokumentacji przetargowej i budowlanej parametry, jakie mają zostać zachowane i są to:

- technologie wykonania pali wskazane w Projekcie Wykonawczym,
- nośność wymagana w projekcie,
- układ, liczba, długość i średnica zgodna z Projektem Wykonawczym,
- materiały spełniające wymogi dokumentacji projektowej.

W parametrach tych Zamawiający intencjonalnie nie umieścił ilości stali zbrojeniowej wskazanej wprost, bo stal zbrojeniowa ma być wbudowana przez wykonawcę w takiej ilości, by spełnić warunek nośności. Celem zamówienia jest wykonanie nabrzeża o określonej nośności, a nie nabrzeża z określoną masą stali zbrojeniowej w palach.

Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie wskazał także, że ofertowane pale muszą być iniektowane, wykonywane w rurze osłonowej z butem stalowym, a Odwołujący nie przedstawił na udowodnienie swoich przeciwnych twierdzeń w tym zakresie żadnych dowodów, co więcej – sam również wycenia pale bez rury osłonowej i bez buta stalowego.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że wskazane przez Odwołującego obliczenia nośności (pkt 2.22 odwołania) dotyczą nośności zewnętrznej, a nie wewnętrznej, która jest zależna od zbrojenia. Nośność wewnętrzna jest bowiem uzależniona nie tylko od ilości zbrojenia, ale również jego rozmieszczenia w przekroju pala. Ponadto, zdaniem Zamawiającego, możliwe jest takie umiejscowienie zbrojenia na długości pala (takie rozwiązanie zaprojektowane jest w dokumentacji technicznej: Projekt Wykonawczy Rys. II/01/6.1 i II/01/6.2), które zagwarantuje osiągnięcie wymaganej dokumentacją projektową nośności.

Dlatego też w ocenie Zamawiającego obliczanie nośności przez Odwołującego i podawanie wyników tych obliczeń jako argumentacji, i to bez znajomości przyjętej konstrukcji pala, ale także bez podania przez Odwołującego przyjętych do obliczeń założeń np. dotyczących



nośności gruntu czy współczynników bezpieczeństwa, jest całkowicie irrelewantne dla przedmiotowego postępowania.

Zamawiający uzyskał od Strabag zapewnienie, że pale ujęte w jego ofercie spełniają wszystkie parametry z w/w projektu wykonawczego, w tym typ, nośność wewnętrzną i zewnętrzną, a Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, które pozwalałyby na podważenie tego zapewnienia.

Jak podsumował Zamawiający, zarzuty Odwołującego w tym zakresie należy uznać za całkowicie nieuzasadnione i wynikające z nieprawidłowej analizy dokumentacji wykonawczej.

W zakresie zarzutu nr 1.1 pkt 2 i nr 1.2 i 1.3:

Zdaniem Zamawiającego zarzut nr 1.2 odwołania jest całkowicie gołosłowny, bo – jak sam wskazuje Odwołujący – opiera się na dokumentach, do których Odwołujący nie posiada dostępu i których treści nie zna z uwagi na skuteczne zastrzeżenie przez Strabag tajemnicy przedsiębiorstwa tam wskazanej.

W ocenie Zamawiającego w takim wypadku nie sposób nie tylko ustosunkować się do tego zarzutu, bo siłą rzeczy nie może on być skutecznie i prawidłowo skonstruowany, ale przede wszystkim nie sposób go z tego powodu w ogóle rozpatrzeć, a tym bardziej uwzględnić. Odwołujący swoją argumentację opiera bowiem jedynie na tym, że Zamawiający prowadził ze Strabag korespondencję dotyczącą jego oferty. Odwołujący nie wie natomiast, jakie ostatecznie informacje Zamawiający i Strabag między sobą w tym zakresie wymienili.

W zakresie wyceny ściągów kotwiących Zamawiający wskazał, że przedmiarze i kosztorysie inwestorskim wykonanie ścianki szczelnej zostało podzielone na trzy działy: 4.1 – dostawa, 4.2 – pograżanie, 5 – powłoki antykorozyjne. Dział 4.1 obejmuje zakup i transport profili ścianki szczelnych (bez ściągów i zabezpieczenia antykorozyjnego). Dział 4.2 obejmuje pograżanie ścianki szczelnej (sama robocizna i sprzęt, materiał ujęty w 4.1), montaż ściągów (robocizna, materiał i sprzęt), betonowanie korka pomiędzy starą a nową ścianką i zabetonowanie 2 szt. pali (również RMS). Dział 5. to wykonanie malowania antykorozyjnego.

Mając na uwadze powyższe, tj. że wycena dostawy ścianki, ściągów oraz zabezpieczenia antykorozyjnego odbywa się na podstawie oferty dostawcy na cały w/w komplet, rozbijanie jej na poszczególne elementy nie jest niezbędne ani potrzebne Zamawiającemu, szczególnie przy ryczałtowym modelu rozliczaniu robót, który występuje w przedmiotowym zamówieniu.

O tym, że Strabag ujął pograżenie ścianki razem z warstwą antykorozyjną i ściągami świadczy wspólne ujęcie w Wyjaśnieniach nr 1 (pismo z 25.11.2022, str. 10), w którym Strabag wskazuje na jakiej podstawie wycenił poszczególne grupy robót. Potwierdza to załączona oferta podwykonawcy Strabag wymieniająca oprócz profili ścianek wprost także

ściągą oraz wskazująca, że elementy będą zabezpieczone antykorozyjnie (grubość powłoki zgodna z projektem).

Powyższe wskazuje, że ściągą zostały ujęte w ofercie Strabag.

Ponieważ kontrakt z wykonawcą rozliczany będzie w modelu ryczałtowym, Zamawiający nie może odrzucić oferty bo jedna z pozycji (w tym przypadku 4.2 – pogrążanie ścianki) została wyceniona zbyt nisko, skoro roboty składające się na te pozycje zostały uwzględnione w innym miejscu oferty.

Odnosnie parametrów zaoferowanego betonu Zamawiający podkreślił, że Strabag w swojej ofercie wskazał, że konstrukcje żelbetowe zostaną wykonane zgodnie z projektem wykonawczym.

Zamawiający nie ma podstaw, by oświadczenie to kwestionować, a Odwołujący nie wskazał dowodów pozwalających na takie działanie. Jediną kwestią, którą Zamawiający wyjaśniał ze Strabag w tym zakresie była kwestia parametrów betonu wskazanych w ofercie podwykonawcy Strabag. Cena obu rodzajów betonu jest taka sama. Zamawiający podkreślił, że wiążąca dla Zamawiającego jest oferta Strabag i jego oświadczenie o wykonaniu Zamówienia zgodnie z projektem, a nie oferta jego podwykonawcy, która ma charakter informacyjno-pomocniczy.

Powyższe, zdaniem Zamawiającego, świadczy o tym, że prowadzona korespondencja nie miała charakteru niedozwolonych negocjacji, a tym samym nie został naruszony art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Zdaniem Zamawiającego nieuprawnione są również zarzuty dotyczące metody pogrążenia ścianki szczelnej. Zamawiający zwrócił uwagę na Teczke 1, punkt 7.2 projektu wykonawczego, zgodnie z którym wprost dopuszczono, że pogrążanie ścianki szczelnej z ładu jest w pełni dopuszczalne. Skoro tak nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, że ścianka szczelna musi być pogrążana metodą „z wody”.

Jak kontynuował Zamawiający, dodatkowo z wyjaśnień przedkładanych przez Strabag wprost wynika, że Strabag uwzględnił w swojej ofercie koszty sprzętu pływającego, a umiejscowienie takiego kosztu w konkretnej pozycji pozostaje bez znaczenia dla Zamawiającego, tym bardziej w świetle ryczałtowego wynagrodzenia, które jest przewidziane za wykonanie przedmiotowego Zamówienia. Ujęcie kosztów sprzętu pływającego w kosztach ogólnych budowy, wbrew stanowisku Odwołującego, nie stanowi naruszenia żadnego przepisu prawa i nie świadczy o niezgodności oferty Strabag z wymaganiami Zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 1.4:

Zamawiający wskazał, że zarzuty Odwołującego związane z w/w okolicznościami opisanymi w pkt I i II uzasadnienia, które rzekomo w ocenie Odwołującego mają implikować także brak obalenia przez Strabag domniemania rażąco niskiej ceny, nie zostały przez Odwołującego w żaden sposób nawet uprawdopodobnione, bo Odwołujący w tym zakresie ograniczył się wyłącznie do stawiania niczym niepopartych twierdzeń, bez przedstawiania jakichkolwiek dowodów na ich potwierdzenie.

Zdaniem Zamawiającego okoliczności towarzyszące postępowaniu, w tym m.in. kierowanie do Strabag dalszych zapytań, nakazują uznać, że oferta tego wykonawcy jest zgodna z warunkami zamówienia oraz nie zawiera ceny rażąco niskiej.

#### W zakresie zarzutu nr 1.6:

Zamawiający zwrócił uwagę, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP, tj. kiedy jej treść nie odpowiada treści dokumentów zamówienia, może nastąpić wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność o charakterze zasadniczym i nieusuwalnym. Zamawiający wskazał, powołując się na wyrok SO w Białymstoku z dnia 24 listopada 2010 r. (II Ca 803/10), że pominięcie pozycji poprzez jej niewycenienie wprost – oznacza tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie. Pominięcie wyceny niektórych pozycji należy traktować, jak wycenienie danej pozycji w kwocie 0,00 zł, bądź też, że wycena danej pozycji została ujęta w innych wycenionych pozycjach.

Zamawiający powołał się także na aprobujące ww. stanowisko orzecznictwo KIO.

Zamawiający podkreślił, że poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 238 i 239 nie rozszerzył zakresu robót, a co za tym nie wprowadził kolejnych elementów podlegających wycenie, a jedynie uzupełnił pozycje przedmiarowe o roboty, które są objęte projektem.

Wynagrodzenie Wykonawcy w prowadzonym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, a udzielone przez Budimex wyjaśnienia treści oferty w zakresie oferowanej ceny nie stanowią jej zmiany.

#### Dodatkowe stanowiska procesowe:

W ramach postępowania odwoławczego zostały dodatkowo złożone następujące pisma procesowe, zawierające merytoryczne odniesienie się do zarzutów odwołania:

- stanowisko procesowe Konsorcjum NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A. z dnia 28 kwietnia 2023 r.,
- stanowisko procesowe Strabag Sp. z o.o. z dnia 5 maja 2023 r.,

- dodatkowe stanowisko procesowe Odwołującego I z dnia 17 maja 2023 r.,
- dodatkowe stanowisko procesowe Strabag Sp. z o.o., złożone w dniu posiedzenia do akt sprawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

- wykonawcę Strabag Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. oraz NDI Sopot S.A., zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego.

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Z kolei przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., Izba postanowiła uznać za nieskuteczne. Jak wynika z akt postępowania oferta tego wykonawcy została odrzucona z postępowania, a czynność ta nie została zakwestionowana w drodze środków ochrony prawnej. Z powyższego wynika, że podmiot jakim jest Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. prawomocnie utracił status wykonawcy w niniejszym postępowaniu. Jak stanowi art. 525 ust. 1 ustawy PZP przystąpienie do postępowania odwoławczego może zgłosić jedynie podmiot mający status wykonawcy, co nakazuje uznać, że przystąpienie w niniejszej sprawie odwoławczej temu podmiotowi nie przysługuje. W związku z powyższym Izba uznała zgłoszenie przystąpienia przez Korporację Budowlaną DORACO do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego za nieskuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach

postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

Dowody Odwołującego:

- 1) Zestawienie ilości pali przemieszczeniowych oraz zestawienie stali zbrojeniowej (załącznik nr 6 do odwołania),
- 2) Opinia techniczna wydana przez dr. hab. inż. prof. PG M. C. oraz dr. inż. B. S.,
- 3) Opinia techniczna wydana przez dr. inż. W. W. oraz mgr. inż. B. M.,
- 4) Informacja dotycząca funkcjonalności programu do kosztorysowania (iTWO),
- 5) Rysunek zatytułowany: „Przekrój projektowany” (dotyczący palowania),
- 6) Rysunek zatytułowany: „Przekrój 1-1”,
- 7) Rysunek zatytułowany: „Przekrój projektowany” (roboty kafarowe).

Dowody Przystępującego Strabag Sp. z o. o.:

- 1) Formularz Cenowy – Tabela Elementów Ceny Ryczałtowej (TECR) – Porównanie (załącznik nr 1 do pisma z dnia 5 maja 2023 r.),
- 2) Wykaz robót budowlanych wykonanych przez Strabag Sp. z o.o. w zakresie budownictwa hydrotechnicznego (załącznik nr 2 do pisma z dnia 5 maja 2023 r.),
- 3) „Dokument wewnętrzny obciążeniem agregatem” (załącznik nr 3 do pisma z dnia 5 maja 2023 r.),
- 4) „Dokument wewnętrzny obciążeniem wibromłotem” (załącznik nr 4 do pisma z dnia 5 maja 2023 r.).

Izba wzięła pod uwagę wszystkie przedłożone dowody, jednak wydając rozstrzygnięcie oparła się tylko na niektórych z nich, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia wyroku.

## **II. KIO 1093/23**

W dniu 17 kwietnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum NDI S.A. oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą lidera w Sopocie, dalej jako: „Odwołujący II”, wobec czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, w tym zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez STRABAG Sp. z o.o., PORR S.A. oraz BUDIMEX S.A. i w konsekwencji dokonaniem wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez STRABAG Sp. z o.o.

Kwestionując ww. czynności Zamawiającego, Odwołujący II zarzucił mu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez (1) STRABAG oraz (2) PORR, pomimo iż treść ofert tych wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na dokonanie i przedstawienie w ofercie wyceny pali wierconych, podczas gdy Zamawiający w treści dokumentów zamówienia dla Postępowania, w celu zachowania stanu porównywalności ofert, wymagał dokonania wyceny wykonania przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu z zastosowaniem technologii pali przemieszczeniowych, a nie pali wierconych,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez (1) STRABAG oraz (2) PORR, pomimo tego, iż treść ofert tych wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia z zastosowaniem technologii pali wierconych, podczas gdy Zamawiający w treści dokumentów zamówienia dla Postępowania, w celu zachowania stanu porównywalności ofert, Zamawiający wymagał zaoferowania wykonania przedmiotu zamówienia w technologii pali przemieszczeniowych, ewentualnie, jeżeli Zamawiający twierdzić będzie, iż w ofertach złożonych przez (1) STRABAG oraz (2) PORR wyceniono i zaoferowano wykonanie pali przemieszczeniowych,
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez (1) STRABAG oraz (2) BUDIMEX, pomimo iż treść ofert tych wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na dokonanie i przedstawienie w ofercie wyceny wykonania innej ścianki szczelnej, aniżeli wymagana przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia dla Postępowania stalowa ścianka szczelna kombinowana, zbudowana z elementów „H” i „Z”,
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechaniu odrzucenia ofert złożonych przez (1) STRABAG oraz (2) BUDIMEX, pomimo iż treść ofert tych wykonawców jest niezgodna z warunkami zamówienia z uwagi na zaoferowanie wykonania innej ścianki szczelnej, aniżeli wymagana przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia dla Postępowania stalowa ścianka szczelna kombinowana, zbudowana z elementów „H” i „Z”,
- 5) art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BUDIMEX, pomimo iż wykonawca ten nie dokonał prezentacji rozbicia ceny ofertowej w sposób wymagany przez Zamawiającego w treści Załącznika nr 2A do SWZ dla Postępowania, z uwagi na pominięcie prezentacji wyceny oferowanego świadczenia z pominięciem dwóch działów formularza ofertowego (odnoszących się kilku pozycji przedmiarowych),

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący II wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, a w jej następstwie odrzucenia ofert złożonych przez (1) STRABAG, (2) PORR oraz (3) BUDIMEX.

#### Stanowisko Odwołującego II:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący II wskazywał, co następuje:

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów I-II, zdaniem Odwołującego II analiza treści dokumentów zamówienia, w szczególności załączników do SWZ opisujących przedmiot zamówienia (Odwołujący przywołał wszystkie zapisy dokumentacji, które jego zdaniem świadczą o prawdziwości stawianej tezy), prowadzi do jednoznacznej konkluzji, iż Zamawiający wymaga wyceny w składanej ofercie oraz wykonania realizacji przedmiotu zamówienia udzielanego w Postępowaniu z wykorzystaniem wyłącznie technologii pali przemieszczeniowych. Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie dopuścił zaoferowania i wyceny również innych technologii palowania, tj. przede wszystkim pali wierconych.

Jak wskazywał Odwołujący II, powyższe prowadzi do wniosku, że oferty wykonawców PORR S.A. oraz Strabag Sp. z o.o. powinny zostać odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, gdyż oferują one Zamawiającemu i wyceniają w swoich ofertach wykonanie pali w technologii wierconej, a nie przemieszczeniowej.

Zdaniem Odwołującego II konieczność odrzucenia ofert STRABAG oraz PORR S.A. zaktualizowałaby się nawet wówczas, gdyby teoretycznie uznać (co jednakże w ocenie Odwołującego nie byłoby uzasadnione), że wykonawcy ci zgodnie z dokumentami zamówienia wycenili i zaoferowali wykonanie pali w technologii pali przemieszczeniowych. W takim bowiem przypadku koniecznym działaniem Zamawiającego byłoby odrzucenie ofert tych wykonawców na podstawie art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) w zw. z art. 224 ust. 1 PZP.

Wykonawca STRABAG wycenił roboty związane z wykonaniem zaoferowanych pali na kwotę 8 114 258,32 zł, co stanowi zaledwie 19,36%, wartości wskazanej w Kosztorysie Inwestorskim. Treść udzielonych przez STRABAG wyjaśnień dotyczących elementów ceny nie uzasadnia przy tym aż tak ogromnego obniżenia kosztów wykonania tego elementu zamówienia. Wykonawca wykazując realność tego istotnego elementu składowego ceny poprzestał na ogólnikowej kalkulacji własnej, nie wyjaśniając w żaden sposób, dlaczego przyjął takie, a nie inne wartości wyceny.

Według Odwołującego II tożsame wnioski płyną z analizy oferty wykonawcy PORR, w której łączna wartość robót związanych z wykonaniem pali została ustalona na kwotę jedynie 10 352 176,65 zł, tj. 24,70%, wartości wskazanej w Kosztorysie Inwestorskim. Treść

udzielonych przez PORR wyjaśnień dotyczących elementów ceny nie uzasadnia przy tym aż tak ogromnego obniżenia kosztów wykonania tego elementu zamówienia. Wykonawca wykazując realność tego istotnego elementu składowego ceny poprzestał na ogólnikowej kalkulacji własnej, nie wyjaśniając w żaden sposób, dlaczego przyjął takie, a nie inne wartości wyceny.

W zakresie zarzutu nr III i IV, zdaniem Odwołującego II Zamawiający wymagał zaoferowania i w konsekwencji ujęcia w ramach ceny ofertowej, wykonania stalowej ścianki szczelnej kombinowanej, zbudowanej z elementów „H” i „Z”. Tymczasem wykonawca Strabag wycenił dostawę stalowej ścianki szczelnej na kwotę 16 979 375,14 zł, co stanowi 113,23% Kosztorysu Inwestorskiego.

Rzeczywistą, zgodną z realiami rynkowymi wartość świadczenia wykonawcy w zakresie dostawy ścianki szczelnej obrazuje zatem nie wartość ustalona w Kosztorysie Inwestorskim, a pozyskana przez Odwołującego i przekazana Zamawiającemu w toku Postępowania, oferta cenowa ArcelorMittal - jedyne go producenta i dostawcy elementów stalowych ścianki szczelnej, sporządzona według stanu istniejącego na dzień 11 października 2022 r., tj. na trzy dni przed upływem terminu składania ofert w Postępowaniu. Oferta ta opiewa na kwotę 4 572 666.39 EUR, czyli 22 162 799,46 zł

Jak podkreślił Odwołujący II, tak znaczną rozbieżność można racjonalnie wytłumaczyć tylko zaoferowaniem i wycenieniem wykonania ścianki szczelnej w innej technologii, aniżeli określona przez Zamawiającego w treści wskazywanych przez Odwołującego zapisów dokumentacji projektowej.

W zasadzie na tej samej podstawie Odwołujący II wywodził niezgodność oferty BUDIMEX z warunkami zamówienia. Jego zdaniem wycena dostawy stalowej ścianki szczelnej na poziomie 17 344 043,11 zł może zostać wytłumaczona tylko tym, że wykonawca ten zaoferował i wycenił wykonanie tego elementu przedmiotu zamówienia w technologii innej, niż wynikająca z dokumentacji projektowej.

W zakresie zarzutu V Odwołujący II wskazał, że analiza złożonego przez BUDIMEX Formularza cenowego prowadzi do wniosku, iż wykonawca ten posłużył się nieaktualnym wzorem Załącznika nr 2A do SWZ (uwadze BUDIMEX najpewniej umknęła zmiana SWZ tj. rozszerzenie zakresu prac wykazane w nowo załączonych przedmiarach robót oraz zmiana tego załącznika dokonana przez Zamawiającego w dniu 14 września 2022 r.) w konsekwencji czego nie dokonał prezentacji wyceny świadczeń z Działu nr 13 i 14.

Skutkiem niedokonania przez BUDIMEX prezentacji rozbicia ceny oferty w sposób wynikający z treści Załącznika nr 2A do SWZ jest ziszczenie się przesłanki odrzucenia oferty, określonej w art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.



### Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 5 maja 2023 r. odpowiedź na odwołanie wniósł Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Zdaniem Zamawiającego argumentacja Odwołującego bazuje na nieprawidłowej i niekompletnej analizie dokumentacji przetargowej Zamówienia, w szczególności dokumentacji budowlanej i wykonawczej. Przede wszystkim Zamawiający zwrócił uwagę na punkt 3.2 Projektu Wykonawczego oraz na treść odpowiedzi na pytania nr 249 i 250. Z analizy ww. wynika, że w ofertach wykonawcy mogą przyjąć do wyceny typy pali dopuszczone w projekcie wykonawczym, a nie jeden typ pala, co w nieuprawniony sposób argumentuje Odwołujący. Dopiero zmiana typów wskazanych i dopuszczonych w projekcie wykonawczym tj. wierconych wykonanych bez wstrząsowo i przemieszczeniowych wykonanych bez wstrząsowo na inne wymaga uprzedniego uzyskania zgody nadzoru autorskiego i inwestora.

W zakresie zarzutu III i IV, zdaniem Zamawiającego dokumentacja projektowa oraz odpowiedzi na pytania nr 249 i 250 potwierdzają, że Zamawiający dopuścił możliwość ujęcia w ofercie wykonanie ścianki szczelnej z innych profili, pod warunkiem zachowania wskazanych w dokumentacji projektowej parametrów.

Odnosnie zarzutu nr V Zamawiający wskazał, że poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania nr 238 i 239 nie rozszerzył zakresu robót, a co za tym nie wprowadził kolejnych elementów podlegających wycenie, a jedynie uzupełnił pozycje przedmiarowe o roboty, które są objęte projektem. Wynagrodzenie Wykonawcy w prowadzonym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, a udzielone przez Budimex wyjaśnienia treści oferty w zakresie oferowanej ceny nie stanowią jej zmiany, co stanowi o tym, że zarzuty odwołania nie powinny zostać uwzględnione.

### Dodatkowe stanowiska procesowe:

W ramach postępowania odwoławczego zostały dodatkowo złożone następujące pisma procesowe, zawierające merytoryczne odniesienie się do zarzutów odwołania:

- pismo procesowe wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z dnia 5 maja 2023 r.;
- pismo procesowe Odwołującego z dnia 17 maja 2023 r.;
- pismo procesowe wykonawcy PORR S.A. z dnia 17 maja 2023 r.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

- wykonawcę PORR S.A., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- wykonawcę BUDIMEX S.A., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- wykonawcę Strabag Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

W tym miejscu zasadnym jest odniesienie się do wniosku Odwołującego II o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu projektowania budowlanego w specjalności hydrotechnicznej lub konstrukcyjno – budowlanej na okoliczność wykazania faktu, że:

- 1) opis przedmiotu zamówienia zawarty w dokumentach zamówienia udzielanego w Postępowaniu (w tym w szczególności projekt budowlany oraz projekt wykonawczy) zawiera opis wyłącznie jednej technologii wykonania pali, tj. wykonanie pali przemieszczeniowych oraz
- 2) zachodzi konieczność opracowania dokumentacji zamiennej, w tym w szczególności dokonania obliczeń nośności pali oraz opracowania zamiennego projektu palowania, w przypadku zmiany technologii wykonania pali z pali przemieszczeniowych na pale wiercone.

Zdaniem Izby ww. wnioski nie zasługiwały na uwzględnienie. Zasadą jest, że dowód z opinii biegłych może zostać przeprowadzony wyłącznie w sytuacji, gdy ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych, a zatem nie da się tego dowodu zastąpić innym, np. dowodem z dokumentu lub zeznań świadka. W niniejszej sprawie, zdaniem Izby, ustalenie stanu faktycznego nie wymaga wiadomości specjalnych i możliwe jest na podstawie dokumentacji postępowania. Z tego względu brak jest konieczności przeprowadzenia ww. dowodu.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzone w sprawie materiały dowodowe, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

1. Dowody Odwołującego

- a. Opinia sporządzona przez mgr inż. M. K. oraz dr inż. W. L. na okoliczność wykazania, że dokumentacja projektowa przedłożona przez Zamawiającego zakładała wycenienie oraz wykonanie pali w technologii pali przemieszczeniowych.

Izba wydając rozstrzygnięcie oparła się głównie na treści dokumentacji postępowania, która zdaniem Izby była kluczowa dla treści rozstrzygnięcia. Przedłożona przez Odwołującego opinia tak naprawdę stała w opozycji do, jasnej - zdaniem Izby, treści dokumentacji postępowania, nie mogła zatem stanowić podstawy rozstrzygnięcia.

**Stan faktyczny sprawy:**

W zakresie spraw odwoławczych prowadzonych pod sygnaturą akt KIO 1090/23 oraz KIO 1093/23, tj. dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa Nabrzeża Rudowego III w Porcie Gdańsk”, Izba uznała następujące okoliczności faktyczne sprawy za istotne:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rozbudowa Nabrzeża Rudowego III w Porcie Gdańsk”.

Pismem z dnia 18 listopada 2022 r. wykonawca Strabag został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny (art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 PZP) oraz do złożenia wyjaśnień dotyczących zgodności oferty w zakresie dotyczącym robót hydrotechnicznych z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia (art. 223 ust. 1 PZP).

Zamawiający w treści wezwania wskazał, że „po szczegółowej analizie Państwa oferty, informuje, że w jego ocenie CENA BRUTTO oferty, w tym w szczególności ceny wskazane w zakresie branży hydrotechnicznej w pozycji: 2. „Roboty rozbiórkowe”, 4.2 „Ścianka-pogrążenia”, 4.3 „Pale” Formularza Cenowego wydają się Zamawiającemu rażąco niskie (...)”.

W związku z powyższym Zamawiający wezwał wykonawcę Strabag do „wyjaśnienia powodów zaoferowania powyższej CENY BRUTTO oferty oraz przedstawienia dowodów potwierdzających, że cena zaoferowana przez wykonawcę nie jest ceną rażąco niską”.

Zamawiający zadał również szczegółowe pytania dotyczące ww. pozycji.

Ponadto, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający zwrócił się z prośbą o potwierdzenie, że ujęte w Formularzu cenowym pale spełniają wymogi dokumentacji projektowej, wskazując w szczególności, potwierdzenia jakich parametrów oczekuje od wykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawcy Strabag przedłożył w dniu 25 listopada 2022 r. wyjaśnienia dotyczące sposobu kalkulacji ceny oferty oraz wyjaśnienia dotyczące zgodności oferty z warunkami zamówienia.

W dniu 16 grudnia 2022 r. Zamawiający skierował do wykonawcy Strabag kolejne wezwanie do wyjaśnień dotyczące sposobu kalkulacji ceny oraz zgodności oferty z warunkami zamówienia. Pytania Zamawiającego dotyczyły m.in. sposobu skalkulowania kosztów sprzętu pływającego niezbędnego do pogrążania ścianki szczelnej z wody oraz parametrów betonu przeznaczonego do wykonania konstrukcji żelbetowych.

W dniu 22 grudnia 2022 r. wykonawca Strabag udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie.

Procedura wyjaśnienia ceny oferty prowadzona była również w stosunku do wykonawcy PORR S.A., który pismem z dnia 18 listopada 2022 r. został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień, w szczególności w zakresie cen wskazanych w branży hydrotechnicznej, w pozycjach 2 (Roboty rozbiórkowe) oraz 4.3 (Pale). Zamawiający zadał również szczegółowe pytania dotyczące ww. pozycji.

Ponadto, działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy PORR S.A. z prośbą o potwierdzenie, że ujęte w Formularzu cenowym pale spełniają wymogi dokumentacji projektowej, wskazując w szczególności, potwierdzenia jakich parametrów oczekuje od wykonawcy.

Pismem z dnia 25 listopada 2022 r. wykonawca PORR S.A. przedłożył stosowne wyjaśnienia.

Zgodnie z Formularzem Cenowym załączonym do oferty wykonawcy BUDIMEX S.A., wykonawca ten dla elementu „BRANŻA HYDROTECHNICZNA” przedstawił wycenę poszczególnych robót obejmujących pozycje od 1 do 199.

Pismem z dnia 2 stycznia 2023 r. Zamawiający, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP, wezwał wykonawcę BUDIMEX S.A., o potwierdzenie, że w swojej ofercie wykonawca ten, zgodnie z dokumentacją przetargową i projektową, uwzględnił wykonanie liczby i długości pali (niezależnie, czy przyjął pale przemieszczeniowe czy wiercone) wskazane w projekcie wykonawczym (rys. II/01/5) tj. 1085 pali o średnicy 560 mm i łącznej długości 25.259,4m pod płytą Nabrzeża Rudowego III oraz liczby i długości pali (niezależnie, czy przyjął pale przemieszczeniowe czy wiercone) wskazane w projekcie wykonawczym (rys. II/01/30) tj. 16 pali o średnicy 560 mm i łącznej długości 259,2m pali pod maszty M4-M7.

Pismem z dnia 4 stycznia 2023 r. wykonawca BUDIMEX potwierdził ww. okoliczności.

W dniu 7 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Strabag. Jednocześnie, Zamawiający odrzucił jako niezgodną z warunkami zamówienia, ofertę wykonawcy Konsorcjum Budowlane Doraco Sp. z o.o.

Zgodnie z zapisami dokumentacji:

Punkt 21.1 SWZ: *„Wykonawca zobowiązany jest określić cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ) łącznej ryczałtowej ceny ofertowej (netto i brutto), stanowiącej sumę cen ofertowych, ustalonej na podstawie Formularza cenowego (Załącznik nr 2A do SWZ).”*

§9 pkt 16 Wzoru Umowy: *„Wykonawca przed zawarciem Umowy zobowiązany jest przekazać Zamawiającemu (Kierownik Projektu) szczegółowy kosztorys ofertowy, także w formie edytowalnej. Kosztorys ofertowy powinien być rozbity do poziomu pozycji przedmiarów udostępnionych przez Zamawiającego. Jeżeli jakichś robót nie ma w przedmiarze, a są określone w OPZ to Wykonawca powinien dodać odpowiednią pozycję w kosztorysie. Kosztorys ten powinien zawierać cenę jednostkową dla każdej pozycji przedmiaru. Ilości powinny być zgodne z projektem wykonawczym i OPZ.”*

§15 ust. 3 pkt 1 Wzoru Umowy: (...) *„Proponowana przez Wykonawcę zmiana wynagrodzenia zostanie ustalona w oparciu o sporządzone przez Wykonawcę i zweryfikowane przez Zamawiającego kosztorysy według wskazanego poniżej pierwszeństwa: 1) kosztorys uproszczony sporządzony w oparciu o ceny jednostkowe dla poszczególnych pozycji kosztorysu, o którym mowa w § 9 ust. 16 Umowy, o ile dane rodzaje robót w nim występują”.*

§24 ust. 13 lit. f), g), h) Wzoru Umowy: „W przypadku sprzeczności występującej pomiędzy postanowieniami niniejszej Umowy a postanowieniami załączników do niej, Strony przyjmują następujące pierwszeństwo zastosowania i interpretacji poszczególnych dokumentów i ich zapisów:

(...)

f) Projekt wykonawczy,

g) Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych,

h) Projekt budowlany

(...)”.

Punkt 3.2 Projektu Wykonawczego: „Ze względu na mnogość technologii prowadzących do wykonania pala dopuszcza się zastosowanie pali:

- wierconych wykonanych bez wstrząsowo;
- przemieszczeniowych wykonanych bez wstrząsowo. (...)

Pale należy wykonać zgodnie z wymaganiami:

– PN-EN 12699 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale przemieszczeniowe”.

– PN-EN 1536 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale wiercone”.

stanowiących w świetle zapisów Prawa Budowlane obligatoryjny dokument dla uczestników procesu budowlanego.”

Pytanie do SWZ nr 249:

„Prosimy o informację, czy w ofercie należy ująć wartość prac z zakresu pali przemieszczeniowych i ścianki szczelnej wyliczoną w oparciu o ilości i długości podane w dokumentacji projektowej (np. przedmiar i/lub projekt budowlany - punkt 4.4.2 opisu technicznego do projektu budowlanego, strona 17 i 18)? Czy może dopuszczalne jest skalkulowanie w Ofercie wartości ww. prac z zachowaniem projektowej technologii ale z przyjęciem mniejszych ilości/długości, wynikających z rzeczywistych warunków gruntowych, zgodnie ze sztuką budowlaną i zasadami charakterystycznymi dla przyjętej technologii wzmocnienia podłoża gruntowego?”

Odpowiedź na pytanie do SWZ nr 249:

*„Zgodnie z zapisami projektu wykonawczego, specyfikacji oraz projektu Umowy Zamawiający informuje, iż na etapie składania oferty należy uwzględnić ilości, długości oraz średnice pali wskazane w dokumentacji projektowej. Na etapie składania ofert Wykonawca może przyjąć typy pali wskazane w projekcie wykonawczym przy zachowaniu wskazanych poziomów i parametrów. Na etapie realizacji robót Zamawiający dopuszcza przedstawienie przez Wykonawcę dedykowanego projektu technologicznego dotyczącego zmiany ilościowej układu pali w planie i przekroju przy zachowaniu wytycznych projektu wykonawczego i specyfikacji. Procedura dotycząca robót zamiennych określona została w par. 16 umowy. Ewentualne zmniejszenie ilości oraz długości pali będzie podlegało rozliczeniu (pomniejszeniu wynagrodzenia) na podstawie kosztorysu różnicowego. W stosunku do ścianki szczelnej należy odnieść się analogicznie tj. Zgodnie z zapisami projektu wykonawczego, specyfikacji oraz projektu Umowy Zamawiający informuje, iż na etapie składania oferty należy uwzględnić ilości/długości wskazane w dokumentacji projektowej. Na etapie składania ofert Wykonawca może przyjąć inny typ elementów składowych systemu kombinowanego wskazanego w dokumentacji projektowej przy zachowaniu wskazanych poziomów i parametrów. Na etapie realizacji robót Zamawiający dopuszcza przedstawienie przez Wykonawcę dedykowanego projektu technologicznego dotyczącego innego rodzaju ścianki kombinowanej przy zachowaniu wytycznych projektu i specyfikacji. Procedura dotycząca robót zamiennych określona została w par. 16 umowy. Ewentualne zmniejszenie ilości/ długości elementów ścianki szczelnej będzie podlegało rozliczeniu (pomniejszeniu wynagrodzenia) na podstawie kosztorysu różnicowego.”*

Pytanie do SWZ nr 250:

*„Prosimy o informację, czy dopuszcza się możliwość skalkulowania i ujęcia w ofercie zamiennego, równoważnego rozwiązania w zakresie związanym z wykonaniem ścianki szczelnej i/lub pali przemieszczeniowych na Nabrzeżu Rudowym? Przyjęta w projekcie budowlanym technologia, jak również ilości pali umożliwiają zastosowanie znaczących optymalizacji, a zoptymalizowane, równoważne rozwiązania zamienne są kilkukrotnie tańsze od projektowego, co wiąże się z możliwością wielomilionowych oszczędności dla Zamawiającego.”*

Odpowiedź na pytanie do SWZ nr 250:

*„Zgodnie z zapisami projektu wykonawczego, specyfikacji oraz projektu Umowy Zamawiający informuje, iż na etapie składania oferty należy uwzględnić ilości, długości oraz średnice pali wskazane w dokumentacji projektowej. Na etapie składania ofert Wykonawca*

*może przyjąć typy pali wskazane w projekcie wykonawczym przy zachowaniu wskazanych poziomów i parametrów. Na etapie realizacji robót Zamawiający dopuszcza przedstawienie przez Wykonawcę dedykowanego projektu technologicznego dotyczącego zmiany ilościowej układu pali w planie i przekroju przy zachowaniu wytycznych projektu wykonawczego i specyfikacji. Procedura dotycząca robót zamiennych określona została w par. 16 umowy. Ewentualne zmniejszenie ilości oraz długości pali będzie podlegało rozliczeniu (pomniejszeniu wynagrodzenia) na podstawie kosztorysu różnicowego. W stosunku do ścianki szczelnej należy odnieść się analogicznie tj. Zgodnie z zapisami projektu wykonawczego, specyfikacji oraz projektu Umowy Zamawiający informuje, iż na etapie składania oferty należy uwzględnić ilości/długości wskazane w dokumentacji projektowej. Na etapie składania ofert Wykonawca może przyjąć inny typ elementów składowych systemu kombinowanego wskazanego w dokumentacji projektowej przy zachowaniu wskazanych poziomów i parametrów. Na etapie realizacji robót Zamawiający dopuszcza przedstawienie przez Wykonawcę dedykowanego projektu technologicznego dotyczącego innego rodzaju ścianki kombinowanej przy zachowaniu wytycznych projektu i specyfikacji. Procedura dotycząca robót zamiennych określona została w par. 16 umowy. Ewentualne zmniejszenie ilości/ długości elementów ścianki szczelnej będzie podlegało rozliczeniu (pomniejszeniu wynagrodzenia ) na podstawie kosztorysu różnicowego.”*

**Uzasadnienie prawne (sygn. akt: KIO 1090/23):**

Zarzut oznaczony w petitum odwołania numerem 1.1:

W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że jedynie część argumentacji odwołania w zakresie ww. zarzutu Izba uznała za słuszną. Zdaniem Izby na uwzględnienie w całości zasługiwał zarzut z punktu 1.1 (1), dotyczący zastosowania przez Strabag rozwiązania niespełniającego wymagań Zamawiającego dotyczących nośności pali poprzez nieuwzględnienie w ofercie ilości zbrojenia pali, która jest wymagana dla osiągnięcia parametrów nośności wewnętrznej opisanych w warunkach zamówienia. Z kolei zarzut z punktu 1.1 (2) Izba uznała za słuszny jedynie w części dotyczącej nieuwzględnienia w ofercie Strabag jednostek sprzętu wymaganych dla pogrążania ścianki szczelnej metodą „z wody” tj. przy wykorzystaniu sprzętu pływającego.

Odnosząc się zatem do zakresu uwzględnionego, Izba pragnie wskazać, co następuje:

**Zarzut 1.1 (1):**



Wymagania dotyczące pali zostały szczegółowo opisane w dokumentacji postępowania, tj. w Projekcie Budowlanym, Projekcie Wykonawczym oraz Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych SST-02.06 (roboty kafarowe).

Z Projektu Wykonawczego (punkt 3.2) wynika, że Zamawiający dopuścił realizację pali w technologii wierconej oraz przemieszczeniowej. Zamawiający wskazał przy tym, jakie są kluczowe parametry pali, które muszą pozostać zachowane lub przewyższone, zdefiniował co rozumie przez nośność wewnętrzną i zewnętrzną pala oraz wprowadził wymóg by pale (zarówno wiercone jak i przemieszczeniowe) zostały wykonane zgodnie z normami.

Z powyższego wynika, że przygotowując ofertę, wykonawcy biorący udział w postępowaniu musieli dla określonego rodzaju realizowanych pali przyjąć pewne parametry, których spełnienie było obligatoryjne. Stwierdzenie, że zaoferowane pale nie spełniają ww. wymagań musi natomiast skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zdaniem Izby, w niniejszej sprawie Odwołujący wykazał, że pale zaoferowane przez Przystępującego Strabag nie spełniają warunku minimalnej ilości zbrojenia wymaganej normami, czego konsekwencją jest stwierdzenie, że nie został także spełniony warunek nośności wewnętrznej pali przy wskazanych w dokumentacji projektowej założeniach.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia postawionego zarzutu, w pierwszej kolejności Izba pragnie uwypuklić kontrydyczny charakter postępowania odwoławczego, co wynika m.in. z treści art. 534 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak m.in.: wyrok KIO z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 315/22).

W niniejszej sprawie Odwołujący dla poparcia swoich twierdzeń dotyczących niezgodności oferty wykonawcy Strabag z warunkami zamówienia w zakresie pali przedstawił szereg dowodów. Odwołujący już w samej treści odwołania przedstawił stosowne wyliczenia, z których wynikało, że przyjęte przez Strabag założenia dotyczące ilości zbrojenia pala są niewystarczające by spełniony został warunek minimalnego przekroju zbrojenia według norm, do których w dokumentacji odwoływał się Zamawiający. Następnie twierdzenia te poparte zostały przedłożonymi opiniami, których wnioski popierały tezę odwołania, że oferta

Strabag jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ przyjęte w ofercie tego wykonawcy rozwiązanie techniczne dotyczące pali, poprzez założenie niewystarczającej ilości stali zbrojeniowej, prowadzi do obniżenia nośności pali względem warunków zamówienia opisanych w pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego dotyczących osiągnięcia wymaganych parametrów nośności pali oraz jest niezgodne z wymaganiami dotyczącymi zachowania zgodności z normami PN-EN 12699 oraz PN-EN 1536 opisanymi w pkt. 3.2 Projektu Wykonawczego.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jego wartość oraz profesjonalny charakter działalności Przystępującego, który w zasadzie bronił swojej oferty (choć pomimo braku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, spór w zasadzie toczył się między Zamawiającym, a Odwołującym), oczekiwać należało, że przeciwstawi on wyliczeniom i opiniom Odwołującego własne wyliczenia i dowody, które obalą lub przynajmniej poddadzą w wątpliwość twierdzenia i dowody Odwołującego. Tymczasem zarówno Zamawiający jak i Przystępujący w zasadzie nie twierdzili, że wyliczenia wykonane przez Odwołującego były błędne czy też oparte na nieprawidłowych założeniach wynikających z odpowiednich norm. Jedynie Przystępujący wskazał w jednym z pism procesowych, że: *„ustalenie nośności wewnętrznej elementu konstrukcyjnego wymaga wykonania obliczeń, dla których założenia przyjmowane są indywidualnie”*. Jednakże podkreślić należy, że obliczenia Odwołującego oparte zostały właśnie o indywidualne założenia Przystępującego.

Uwzględniając powyższe, mając na uwadze stanowiska stron, a także oceniając stosownie do treści art. 542 wiarygodność i moc dowodów, Izba nie znalazła podstaw by twierdzeniom i dowodom przedstawionym przez Odwołującego odmówić wiarygodności. Przede wszystkim powodów takich nie dostarczył Izbie Przystępujący i Zamawiający, na których Odwołujący przerzucił ciężar dowodu w zakresie wykazania, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia.

W następnej kolejności odnosząc się do poszczególnych argumentów przedstawianych przez Zamawiającego i Przystępującego w pismach procesowych, Izba pragnie wskazać, że nie znalazły one uznania oczach składu orzekającego.

Z obliczeń odwołującego popartych opiniami wynika, że założenia przyjęte przez Przystępującego dotyczące ilości zbrojenia nie są zgodne z wymaganiami norm. Podkreślić przy tym należy, że niezależnie od typu pala oferowanego przez Przystępującego (przemieszczeniowy czy też wiercony) Odwołujący wykazał, że przyjęte założenia nie spełniają wymagań obu norm dla obu typów pali. Co istotniejsze, twierdzenia i dowody Odwołującego oparte są o założenia Przystępującego, które opisywał on Zamawiającemu w

treści wyjaśnień ceny. Nie ma zatem znaczenia jaki typ pala zaoferował Przystępujący, skoro twierdzenia Odwołującego oparte są właśnie o założenia opisane w szczegółach przez Przystępującego, a więc odnoszące się do konkretnego zaoferowanego typu pala.

Następnie wskazać należy na treść dokumentacji projektowej oraz treść wezwania jakie skierował Zamawiający do Przystępującego. Projekt wykonawczy w punkcie 3.2 wskazywał na konkretne parametry nośności, które muszą zostać spełnione dla pala (Zamawiający zdefiniował co rozumie przez nośność zewnętrzną i wewnętrzną pala). W tym samym punkcie PW wskazuje, że to pale muszą zostać wykonane zgodnie z wymaganiami określonych norm (które odnoszą się m. in. do minimalnej ilości zbrojenia pala). Także w treści wezwania z dnia 18 listopada 2022 r. Zamawiający prosił Przystępującego o potwierdzenie określonych parametrów pali.

Treść wezwania Zamawiającego nie budzi wątpliwości. Zamawiający prosił o potwierdzenie zgodności oferowanych pali z warunkami zamówienia m. in. w zakresie nośności oraz zgodności z pozostałymi wymogami dokumentacji. Trzeba więc uznać, że pytanie dotyczyło nie tylko pozycji 4.3 Pale, ale w ogólności odnosiło się do elementu przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie pali. Przystępujący powinien więc kompleksowo odnieść się do zagadnienia przedstawiając Zamawiającemu niezbędne założenia.

Uwzględniając powyższe, niezrozumiały jest argument Przystępującego o zapewnieniu dodatkowej nośności dzięki pozycji „NADBUDOWA”. Przede wszystkim twierdzenie to nie pojawiło się w przedkładanych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Nie ma zatem podstaw by na obecnym etapie uznać zasadność takiego argumentu.

Ponadto z dokumentacji postępowania, zdaniem Izby, wynika wprost, że to pale muszą spełniać określone parametry i to konstrukcja pala, a nie innych elementów, musi zapewnić ich spełnienie. Przede wszystkim więc pale muszą być zgodne z określonymi normami, które to normy określają minimalną ilość zbrojenia wykonanego pala, a która w efekcie wpływa również na innego jego parametry, jak np. nośność.

Co więcej, zdaniem Izby, twierdzenie Przystępującego, że z dokumentacji nie wynika jednoznacznie, że zachowanie parametru nośności musi być zapewnione wyłącznie przez stal zbrojeniową, jest nietrafione. Z dokumentacji wynika wprost, że pale muszą być wykonane zgodnie z normą, a norma określa minimalną ilość zbrojenia pala. Dokumentacja precyzyjnie wskazuje więc w jaki sposób pale powinny być wykonane i jaką ilość zbrojenia powinny mieć, a co ostatecznie przekłada się również na spełnianie przez nie parametru nośności, który również Zamawiający odnosił do pala, a nie do innych elementów.

Zdaniem Izby argument o tym, że Przystępujący przyjął zbrojenie, które nie jest równomiernie rozłożone, tj. że większa jego ilość została zastosowana w górnej części pała, połączonego konstrukcyjnie (zbrojeniem) z płytą (nadbudowa), co powinno uzasadniać rozłożenie kosztów wzmocnienia również na pozycję „NADBUDOWA”, nie został przez Przystępującego nawet uprawdopodobniony. Nawet gdyby przyjąć prawdziwość ww. twierdzenia, co jednak nie wynika z wyjaśnień Przystępującego ani nie zostało w żaden sposób wykazane, to nie ulega wątpliwości, że przyjęte założenia dotyczące ilości stali zbrojeniowej w pału (a nie w NADBUDOWIE) nie spełniają wymagań norm, a co zostało bezspornie wykazane w odwołaniu, a następnie poparte złożonymi dowodami. Ponadto w przypadku wymaganej ilości stali zbrojeniowej nie ma znaczenia rozkład zbrojenia, a po prostu ilość stali, która w przypadku Przystępującego jest mniejsza niż wynikająca z norm. Zaznaczyć przy tym należy, że wszystkie obliczenia oraz dowody Odwołującego opierały się na założeniach przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach ceny.

Uwzględniając zatem inicjatywę dowodową podjętą przez strony postępowania odwoławczego oraz oceniając całokształt stanowisk przez nie zajętych w pismach procesowych, a także na rozprawie, zdaniem Izby zarzut należało uwzględnić.

#### Zarzut 1.1 (2):

Za zasadny Izba uznała również zarzut z punktu 1.1 (2) w części dotyczącej nieuwzględnienia w ofercie Strabag jednostek sprzętu wymaganych dla pogrążania ścianki szczelnej metodą „z wody” tj. przy wykorzystaniu sprzętu pływającego.

W części opisowej wyjaśnień z dnia 25 listopada 2022 r. Przystępujący wskazał wprost, że wycenił pogrążanie elementów stalowej ścianki szczelnej metodą „z wody”, a koszty pracy sprzętu pływającego wycenił w kosztach ogólnych budowy.

Jednocześnie powyższe założenie jest niezgodne z ogólną metodologią wyceny jaką przyjął i opisał w wyjaśnieniach ceny Przystępujący oraz ze szczegółowymi metodami wyceny dla konkretnych pozycji kosztorysowych. Zauważyć bowiem należy, co podnosił również Odwołujący, że w wyjaśnieniach z 22 grudnia 2022 r. Przystępujący wskazał, że *ujęcie w kosztach ogólnych budowy kosztów sprzętu pływającego wynika z przyjętej metody kosztorysowania, zgodnie z którą dla każdego projektu przyjmuje się koszty ogólne budowy, takie jak np.: najem kontenerów, szalunków, koszty ochrony, płace kadry, sprzęt pływający, elektronarzędzia itp. Suma powyższych kosztów jest automatycznie rozdzielana na wszystkie pozycje kosztorysowe, stanowiąc część narzutu Wykonawcy.*

Powyższe założenie jest również niezgodne z metodologią przyjętą przez Przystępującego w wyjaśnieniach z dnia 25 listopada 2022 r., gdzie na str. 11 Przystępujący wskazuje, że kosztami bezpośrednimi są koszty materiałów, robocizny, sprzętu oraz usług firm zewnętrznych, a do kosztów ogólnych realizacji inwestycji zaliczają się takie koszty jak: zaplecze budowy, koszty ochrony, dostaw mediów, koszty personelu technicznego, koszty geodezji, badań betonu, nadzorów i opracowań niezbędnych w trakcie prowadzonych prac oraz narzutów i zysku przedsiębiorstwa. Z powyższego wynika, że koszty pracy sprzętu nie zaliczają się do kategorii kosztów ogólnych budowy, a są kosztami bezpośrednimi.

O niewiarygodności wyjaśnień Przystępującego dotyczących ujęcia kosztów sprzętu pływającego dla pogrążenia ścianki metodą „z wody” w kosztach ogólnych budowy świadczy również to, że w przypadku pozycji 2 (roboty rozbiórkowe) koszty sprzętu pływającego (tratwa) zostały ujęte w kosztach bezpośrednich, a nie w kosztach ogólnych.

Z powyższego wynika, że na etapie wypełniania formularza cenowego oraz składania wyjaśnień ceny, Przystępujący koszty sprzętu traktował jak koszty bezpośrednie. Dopiero w wyniku wątpliwości zasygnalizowanych przez Zamawiającego, Przystępujący zmienił podejście i wyjaśniał, że koszty sprzętu kalkulował w kosztach ogólnych budowy. Przyczynę zmiany podejścia można upatrywać jedynie w tym, że po prostu kosztów tych na etapie kalkulowania oferty nie uwzględnił we właściwej pozycji formularza cenowego, odsyłającej do odpowiedniej pozycji kosztorysowej.

Tymczasem Zamawiający wymagał od oferentów wypełnienia formularza cenowego zgodnie z punktem 21.1 SWZ, poprzez przypisanie do danej pozycji formularza – kosztów związanych z wykonaniem danego zakresu prac. Jednocześnie koszty takie były powiązane z zakresem prac szczegółowo opisanym w przedmiarze robót. Z powyższego wynika, że koszty wykonania prac składających się na daną pozycję, powinny być skalkulowane właśnie w ramach tejże pozycji.

O prawidłowości przyjęcia wyżej wskazanego zapatrywania świadczą również postanowienia wzoru umowy, która w § 9 pkt 16 w zw. z § 15 ust. 3 pkt 1 precyzuje, że m. in. wynagrodzenie za roboty dodatkowe będzie ustalane w oparciu o ceny jednostkowe wskazywane uprzednio przez wykonawców w formularzu cenowym. Zatem ww. sposób kalkulacji stanowił bezwzględny obowiązek wykonawców składających ofertę.

Z tego względu Izba podzieliła zapatrywanie Odwołującego, że biorąc pod uwagę koszty wskazane w formularzu cenowym Przystępującego dla prac z pozycji 4.2 i przedkładane przez niego wyjaśnienia ceny należy stwierdzić, że jego oferta w ramach tejże pozycji nie

uwzględnia kosztów sprzętu niezbędnych do wykonania pograżenia ścianki szczelnej metodą „z wody”, a tym samym jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wskazać bowiem należy, że ocena oferty wykonawcy powinna być skorelowana z wymaganiami Zamawiającego, ustalonymi w SWZ, co do sposobu prezentacji oferty oraz informacji potwierdzających, iż spełnia ona te właśnie wymagania. Zdaniem Izby Odwoławczy wykazał, że oferta Przystępującego nie spełniała wymagań Zamawiającego wyszczególnionych w SWZ, a tym samym należy ją uznać za niezgodną z warunkami zamówienia, co stanowi podstawę do jej odrzucenia.

#### Zarzut 1.3 (1):

Uwzględnienie wyżej wskazanego zarzutu jest konsekwencją podzielenia przez Izbę argumentacji Odwoławczego w zakresie zarzutu z punktu 1.1 (1). Podstawa faktyczna obu zarzutów jest taka sama i prowadzi ona do wniosku, że Przystępujący przyjął do wyceny robót palowych zaniżone ilości stali zbrojeniowej, a tym samym jego oferta w tym zakresie jest niedoszacowana. Odwoławczy wykazał, że nieobjęcie ofertą konkretnych elementów przedmiotu zamówienia wpływa również na zniżenie ceny wykonawcy za tę część prac. Uznać zatem należy, że oprócz art. 226 ust. 1 pkt 5 zastosowanie znajdzie również art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Dodatkowo wskazać należy, że w wezwaniu z dnia 18 listopada 2022 r. Zamawiający wprost zapytał Przystępującego o szczegółowe wyjaśnienia dotyczące pozycji 4.3 Pale. Z tego względu odpowiadając na tak sformułowane wezwanie, obowiązkiem Przystępującego było kompleksowe odniesienie się do kwestii kosztów związanych z palami. Jeśli Przystępujący zakładał, jak twierdzi obecnie, że koszty związane z palami skalkulował także w pozycji „Nadbudowa”, to właśnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego takie twierdzenie powinno było się znaleźć, co jednak nie miało miejsca. Biorąc więc pod uwagę treść przedłożonych wyjaśnień należy uznać, że całość kosztów związanych z palami została skalkulowana właśnie w pozycji 4.3.

Uwzględniając powyższe, mając na uwadze przyjęcie przez Przystępującego zaniżonej ilości stali zbrojeniowej, stwierdzić należy, że również zarzut rażąco niskiej ceny jest uzasadniony.

#### Zarzut 1.6:

Zgodnie z pkt. 21.1 SWZ Wykonawca zobowiązany jest określić cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ) łącznej ryczałtowej ceny ofertowej (netto i

brutto), stanowiącej sumę cen ofertowych, ustalonej na podstawie Formularza cenowego (Załącznik nr 2A do SWZ).

Jednocześnie zauważyć należy, że Formularz Cenowy (załącznik nr 2A do SWZ) ulegał zmianom na skutek pytań zadawanych do SWZ, m.in. na skutek pytania 238 i 239, gdzie Zamawiający poinformował, że dokonał zmiany w kosztorysie branży hydrotechnicznej poprzez dodanie działu 13 i 14, które dotyczyły fundamentów masztów (pozycje 200-209).

Z Formularza Cenowego załączonego do oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. wynika, że w ramach branży hydrotechnicznej uwzględnił on jedynie pozycje od 1 do 199, pomijając wprowadzone przez Zamawiającego pozycje 200-209.

Powyższe zdaniem Izby świadczy o zaistnieniu przesłanki do odrzucenia oferty ww. wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP. Wskazać należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi wskazany przepis mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania (tak też: wyrok KIO z 18 stycznia 2023 r., KIO 35/23).

Taka też sytuacja wystąpiła na tle rozpatrywanego zarzutu. Wobec powyższego należy uznać, że następcza korespondencja prowadzona między Zamawiającym a ww. Wykonawcą miała znamiona nieuprawnionej negocjacji treści oferty. Wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień może dotyczyć wyłącznie treści zawartej w ofercie, a więc wyjaśnienia sposobu jej rozumienia, w sytuacji gdy została sformułowana niejasno (tak też: wyrok KIO z dnia 5 maja 2022 r., KIO 1050/22). W niniejszym przypadku prowadzona korespondencja dotyczyła treści, która w ofercie wykonawcy się nie znalazła. Wobec powyższego należy uznać, że nie mogła ona zostać wyjaśniona. Swoim działaniem Zamawiający doprowadził de facto do zmiany treści oferty wykonawcy BUDIMEX S.A., co jest oczywiście niedopuszczalne.

Z powyższych względów uznać należy, że zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP.

Przechodząc do zakresu oddalonego, Izba pragnie wskazać, co następuje:

Zarzut 1.1 (2) w części dotyczącej nieuwzględnienia w ofercie zakresu prac dotyczącego wykonania ściągów kotwiących i wykonania robót betoniarskich:

Jak wskazuje się w orzecznictwie niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SWZ. Ponadto zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia.

W ramach niniejszego zarzutu Odwołujący opiera twierdzenie o niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia jedynie na cenie zaoferowanej przez niego za trzy pozycje. Zdaniem Izby nie można jednak uznać, że o niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia przesądza tylko i wyłącznie zaoferowanie za realizację danej pozycji kosztorysowej stawki zbyt niskiej. Powyższe stanowi ewentualną podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, a nie w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Dla skutecznego postawienia zarzutu niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, Odwołujący musiałby wykazać, że przyjęte przez jego konkurenta założenia albo dane do kalkulacji ceny potwierdzają, że w istocie zaoferowane przez niego świadczenie na rzecz Zamawiającego nie jest tym, którego Zamawiający oczekiwał (tak jak w przypadku zarzutu z punktu 1.1 (2) w części dotyczącej pogrążenia ścianki metodą „z wody”), tj. że przedstawiona przez niego wycena nie obejmowała wszystkich warunków realizacji zamówienia.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący nie zaoferował wykonania ściągów kotwiących i robót betoniarskich, a jedynie podjął próbę wykazania, że cena za wykonanie ww. elementów jest zbyt niska, co jednak nie świadczy o tym, że oferta Przystępującego w tym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wobec powyższego, zdaniem Izby, zarzut należało oddalić.

Zarzut 1.2:

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.



Z powyższego przepisu wynika, że w przypadku gdy zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty (tak: wyrok KIO z 20 grudnia 2021 r., KIO 3555/21).

W niniejszej sprawie wątpliwości, jakie powziął Zamawiający wynikały z tego, że jedna z ofert podwykonawczych załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mająca potwierdzić rzetelność poziomu wyceny betonu, wskazywała na parametry betonu inne niż wynikające z dokumentacji projektowej.

W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego Przystępujący potwierdził zgodność oferowanego betonu z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej, załączając stosowne dowody. W żadnym miejscu składanych wyjaśnień Przystępujący nie dokonał zmiany pierwotnie złożonej oferty, a jedynie rozwiął wątpliwości Zamawiającego, czemu właśnie służy procedura przewidziana w art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Po analizie złożonych wyjaśnień i załączonych do nich dowodów, Izba doszła do przekonania, że jedynym skutkiem wyjaśnień złożonych przez Przystępującego było wykazanie prawidłowości treści złożonej przez niego oferty, bez wykroczenia poza jej granice. Tym samym nie miały miejsca niedozwolone na gruncie art. 223 ust. 1 negocjacje treści oferty, a sama procedura wyjaśnień była przeprowadzona w zgodzie z przepisami.

#### Zarzut 1.3 (2):

- w części dotyczącej nieuwzględnienia w ofercie zakresu prac dotyczącego wykonania ściągów kotwiących i wykonania robót betoniarskich.

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący podjął próbę wykazania, że cena za wykonanie ww. elementów jest zbyt niska, co miałyby stanowić podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej cenę rażąco niską. Wskazać jednak należy, jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP możliwe jest tylko i wyłącznie po uprzednim wezwaniu danego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ustawy PZP.

Należy jednak zwrócić uwagę, że Odwołujący kwestionował pozycję 4.2 w zakresie pozycji 63-65 przedmiaru. Z kolei wezwanie Zamawiającego dotyczyło wyjaśnienia pozycji 57-62.

Nie można zatem uznać, w kontekście zaistniałego stanu faktycznego, że na obecnym etapie możliwym do przesądzenia jest to czy cena zaoferowana przez Przystępującego za pozycje 63-65 jest rażąco niska. W pierwszej kolejności w stosunku do ww. pozycji Przystępujący musiałyby złożyć stosowne wyjaśnienia, a dopiero ich negatywna ocena mogłaby ewentualnie doprowadzić do odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę oferty.

Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, że istnieją pewne wątpliwości w zakresie wyceny spornych pozycji, jednak uwzględniając okoliczności stanu faktycznego oraz treść zarzutów odwołania, nie można z całą pewnością stwierdzić, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

- w części dotyczącej pogrążania ścianki szczelnej (pozycje 57-62 przedmiaru):

W niniejszym przypadku, pomimo uwzględnienia zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, zdaniem Izby zarzut rażąco niskiej ceny nie zasługiwał na uwzględnienie. Wskazać należy, że w przypadku przedmiotowego zarzutu, odmiennie niż w przypadku zarzutu nr 1.3 (1), Przystępujący już w wyjaśnieniach ceny wskazał, że koszty związane ze sprzętem ujął w kosztach ogólnych budowy. Twierdzenie o ujęciu ww. kosztów w innej pozycji nie pojawiło się dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a ma oparcie w dokumentacji postępowania.

Uwzględniając powyższe należy również dodać, że zarzut rażąco niskiej ceny nie został przez Odwołującego wykazany. Odwołujący w zasadzie nie kwestionował wysokości wyceny pozycji 57-62, a jedynie nieuwzględnienie w ich ramach kosztów sprzętu pływającego. O ile zaistniała sytuację, zdaniem Izby, należało zakwalifikować jako niezgodność treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, o tyle w zasadzie zarzut rażąco niskiej ceny wobec ww. pozycji nie został przez Odwołującego głębiej uzasadniony. Przypomnieć należy, jak w przypadku zarzutu 1.1 (2), że dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Zdaniem Izby okoliczności związane z postawionym zarzutem uprawniały do stwierdzenia, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący nie wykazał jednak, że również zarzut rażąco niskiej ceny w tym przypadku jest zasadny. Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

#### Zarzut 1.4:

W pierwszej kolejności zasadnym jest podkreślenie, że ww. zarzut miał charakter ogólny i odnosił się do całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych przez Przystępującego Strabag. Odwołujący przedmiotowy zarzut potraktował kompleksowo, starając się uzasadnić tezę, że składane przez Przystępującego wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, a tym samym były niezgodne z dyspozycją art. 224 ust. 6 ustawy PZP. Jednocześnie Odwołujący, oprócz ww. ogólnego zarzutu, stawiał również zarzuty bardziej szczegółowe, odnoszące się do poszczególnych składników ceny za realizację przedmiotu zamówienia, które Izba rozpatrywała niezależnie od omawianego w tym miejscu zarzutu ogólnego.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia postawionego zarzutu należy podkreślić, że zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 6 ustawy PZP, odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wezwanie skierowane do wykonawcy, w trybie art. 224 ustawy Pzp, oznacza, że jest on zobowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wykonawca ma więc obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, a złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Są one bowiem składane celem stwierdzenia, że podejrzenie zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do przedstawienia argumentów dotyczących zaoferowanej ceny ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Zgodnie z ugruntowaną już linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej "wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2664/19).

Ze względu na objęcie znacznej części wyjaśnień ceny Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba odniesie się do nich w sposób ogólny.

Zdaniem Izby, przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami były na tyle wyczerpujące, że zamawiający miał prawo stwierdzić wypełnienie przez przystępującego obowiązku wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz dowodów do nich załączonych, a także uwzględniając stanowiska przedstawione w toku postępowania

odwoławczego stwierdziła, że stopień szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego oraz poparcie poszczególnych elementów wyjaśnień dowodami nie pozwalają na stwierdzenie, że wyjaśnienia Przystępującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w stopniu pozwalającym na odrzucenie oferty.

Powyższe twierdzenie postawione jest oczywiście z zastrzeżeniem odesłania do uzasadnienia zarzutów bardziej szczegółowych, które odnosiły się do poszczególnych składników ceny oferty Przystępującego, które Izba rozpatrywała indywidualnie.

Wobec powyższego przedmiotowy zarzut należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołanie, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie (z wyjątkiem zarzutu 1.5, który był zarzutem wynikowym), okazało się zasadne w części 3/5 oraz chybione w części 2/5. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi zatem Odwołujący w części 2/5 i Zamawiający w części 3/5. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 3.600,00 zł ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 23.600,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 9 440,00 zł ( $23.600,00 \text{ zł} \times 2/5$ ). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14 160,00 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi przez odwołującego, a kosztami za jakie odwołujący odpowiadał w świetle jego wyniku.

#### **Uzasadnienie prawne (sygn. akt: KIO 1093/23):**

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu 1 i 2, skierowanych wobec ofert wykonawców Strabag Sp. z o.o. oraz PORR S.A. Izba pragnie wskazać, że zarzuty sformułowane przez Odwołującego zostały oparte na jedynie wybiórczej analizie fragmentów dokumentacji projektowej. Odwołujący tak naprawdę pomija kluczowe zapisy dokumentacji, które po prostu nie pasują do tezy przez niego postawionej.

Jak przyznał sam Zamawiający, jedynie w celu zachowania czytelności i optymalizacji dokumentacji nie przedstawiał on na rysunkach i w kosztorysie wszystkich możliwych konstrukcji pala spełniających stawiane przez niego wymogi. Powyższe nie oznacza jednak, że różne technologie wykonania pala nie zostały przez niego dopuszczone.

Wymagania dotyczące pali zostały szczegółowo opisane w dokumentacji postępowania, tj. w Projekcie Budowlanym, Projekcie Wykonawczym oraz Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych SST-02.06 (roboty kafarowe).

Zważywszy na skomplikowaną naturę realizowanego zamówienia oraz złożoność dokumentacji projektowej zasadnym było przypisanie poszczególnym dokumentom określonej hierarchii, co też Zamawiający uczynił, wskazując we wzorze umowy w §24 ust. 13, że w razie rozbieżności między umową a załącznikami do niej, należy stosować określoną hierarchię dokumentów. Z ww. Zamawiający najwyżej wskazał na Projekt Wykonawczy (PW), następnie na Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót (SST), a na końcu na Projekt Budowlany (PB).

Nie ulega wątpliwości, że ww. dokumentacja w wielu miejscach nie była zbieżna. Przykładowo powoływany przez Odwołującego punkt 6.2 PB przewiduje jedynie możliwość zaoferowania i wyceny pali przemieszczeniowych, a zmianę zaoferowanego typu pala dopuszcza dopiero na etapie realizacyjnym. Stojąca wyżej w hierarchii SST dla robót kafarowych (02-06) w punkcie 2.3 potwierdza, że w PB przyjęto pale przemieszczeniowe. Konstrukcję tego typu pala pokazano w Dokumentacji Projektowej oraz przyjęto jako podstawę do wyceny. Jednak jak wskazuje dalej: „*Nie mniej jednak ze względu na mnogość technologii prowadzących do wykonania pala dopuszcza się zastosowanie pali:*

- *wierconych wykonanych bez wstrząsowo;*
- *przemieszczeniowych wykonanych bez wstrząsowo.*

*przy zachowaniu wymogów niniejszego opracowania.”*

Z PW (punkt 3.2), stojącego najwyżej w hierarchii ww. dokumentów, bezsprzecznie wynika, że Zamawiający dopuścił realizację pali w technologii wierconej oraz przemieszczeniowej. Zamawiający wskazał przy tym, jakie są kluczowe parametry pali, które muszą pozostać zachowane lub przewyższone, zdefiniował co rozumie przez nośność wewnętrzną i zewnętrzną pala oraz wprowadził wymóg by pale (zarówno wiercone jak i przemieszczeniowe) zostały wykonane zgodnie z normami.

Dopuszczenie do zaoferowania oraz wyceny obu rodzajów pali zostało również potwierdzone wprost odpowiedziami na pytania do SWZ nr 249 i 250, gdzie Zamawiający stwierdza, że *„Na etapie składania ofert Wykonawca może przyjąć typy pali wskazane w projekcie wykonawczym przy zachowaniu wskazanych poziomów i parametrów.”* Jak wskazane zostało wcześniej, w PW dopuszczono oba rodzaje pali, a zatem ww. odpowiedź jednoznacznie potwierdza wymagania Zamawiającego w tym zakresie.

Z powyższego wynika, że przygotowując ofertę, wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogli zaoferować i wycenić realizację pali zarówno przemieszczeniowych, jak i wierconych. Kluczowym było, by dla określonego rodzaju realizowanych pali zachować parametry wskazane przez Zamawiającego w dokumentacji.

Na oddalenie zasługiwał również ewentualny zarzut rażąco niskiej ceny skierowany wobec wykonawców PORR S.A. oraz Strabag Sp. z o.o. Argumentację zarzutu Odwołujący sprowadził tak naprawdę do wskazania, że obaj ww. wykonawcy wycenili roboty związane z wykonaniem zaoferowanych pali na zbyt niskim poziomie, a treść przedłożonych przez nich wyjaśnień nie uzasadnia przy tym aż tak ogromnego obniżenia kosztów wykonania tego elementu zamówienia.

W treści odwołania nie sposób natomiast znaleźć szczegółowych obliczeń oraz dowodów zebranych przez Odwołującego, które wskazywałyby na nierynkową wartość wycenionych przez ww. wykonawców prac. Co równie istotne, Odwołujący nie wskazuje w odwołaniu na żadne konkretne okoliczności faktyczne, w tym kalkulacje lub dowody, które miałyby uzasadniać postawiony zarzut.

Słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 10 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 1038/20, że obciążenie wykonawcy składającego wyjaśnienia ciężarem wykazania prawidłowości ceny, zarówno w odniesieniu do wyjaśnień składanych zamawiającemu, jak i w postępowaniu odwoławczym, nie zwalnia wykonawcy, który kwestionuje w odwołaniu prawidłowość zaoferowanej przez innego wykonawcę ceny, z obowiązku precyzyjnego sformułowania zarzutów i przedstawienia okoliczności faktycznych, na których te zarzuty się opierają. Zmiana rozkładu ciężaru dowodu w przypadku zarzutu rażąco niskiej ceny nie oznacza, że odwołujący może poprzestać na ogólnikowym zanegowaniu prawidłowości złożonych wyjaśnień, bez wyspecyfikowania, na czym ich wadliwość polega i bez przedstawienia wyводу uzasadniającego te twierdzenia. Badaniu Izby podlega dokonana przez zamawiającego ocena złożonych wyjaśnień, ale w granicach okoliczności faktycznych stanowiących podstawę zarzutów, przy ogólnikowo sformułowanym zarzucie nie jest natomiast zobowiązana samodzielnie poszukiwać braków w wyjaśnieniach i ich wpływu na

rzetelność kalkulacji ceny. Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, a granice zarzutów wyznaczają m.in. okoliczności faktyczne, z których odwołujący wywodzi naruszenie przepisów prawa.

Zważywszy, że z treści odwołania nie wynikają żadne okoliczności faktyczne, które miałyby uzasadniać lub nawet uprawdopodobniać zasadność postawionego zarzutu, mając na uwadze treść art. 555 ustawy PZP, Izba postanowiła o jego oddaleniu.

Na oddalenie zasługiwał również zarzut 3 i 4 skierowany wobec ofert wykonawców Strabag Sp. z o.o. oraz BUDIMEX S.A. Za kluczowe w zakresie rozpoznania przedmiotowego zarzutu Izba uznała odpowiedzi Zamawiającego nr 249 i 250, z których wynika, że *Na etapie składania ofert Wykonawca może przyjąć inny typ elementów składowych systemu kombinowanego wskazanego w dokumentacji projektowej przy zachowaniu wskazanych poziomów i parametrów.*

Z cytowanej odpowiedzi wynika więc, że Zamawiający dopuścił możliwość zaoferowania stalowej ścianki szczelnej kombinowanej z innym typem elementów składowych przy zachowaniu określonych poziomów i parametrów.

Nie jest okolicznością wymagającą szerszego wyjaśnienia, że wszystkie wyjaśnienia treści SWZ udzielone wykonawcom w toku postępowania, a także dokonane zmiany treści SWZ wiążą zarówno zamawiającego, jak i wykonawców. Traktowane są one bowiem jak integralna część SWZ. Zamawiający w toku postępowania nie może odstąpić od interpretacji treści SWZ, jaką zaprezentował poprzez udzielanie wyjaśnień, wykonawcy natomiast muszą brać pod uwagę udzielone wyjaśnienia i nie mogą powoływać się na własną wykładnię treści SWZ – odmienną od zaprezentowanej przez zamawiającego w wyjaśnieniach (tak: D. Grześkowiak-Stojek w Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 135 pod red. M. Jaworskiej, CH Beck, Warszawa 2022).

Biorąc pod uwagę powyższe, nawet gdyby twierdzenia Odwołującego dotyczące typu ścianki zaoferowanej przez ww. wykonawców były trafione, chociaż zdaniem Izby nie zostały one jednoznacznie wykazane, to zarzut odwołania oparty jest na błędnym założeniu, że niedopuszczalnym jest zaoferowanie ścianki szczelnej składającej się z innego typu elementów składowych systemu kombinowanego niż ten wskazany wprost w dokumentacji projektowej.

Z powyższych względów zarzut należało oddalić.

W zakresie zarzutu nr 5 Izba przyjmuje za własną argumentację wskazaną dla zarzutu 1.6 ze sprawy odwoławczej prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1090/23. W sprawie 1093/23 Odwołujący postawił co prawda jedynie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX S.A., jednak okoliczności faktyczne dotyczące przedmiotowego zarzutu są takie same.

Zamawiający w Rozdziale 21 pkt 21.1. SWZ zobowiązał wykonawców do określenia ceny „za wykonanie przedmiotu zamówienia, poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ) łącznej ryczałtowej ceny ofertowej (netto i brutto), stanowiącej sumę cen ofertowych, ustalonej na podstawie Formularza cenowego (Załącznik nr 2A do SWZ).

Wskazać należy, że wykonawca BUDIMEX S.A. posłużył się nieobowiązującym wzorem formularza cenowego, a tym samym nie ma możliwości ustalenia czy dokonał on wyceny prac wprowadzonych przez Zamawiającego przy odpowiedziach na pytanie do SWZ nr 238 i 239. Skoro zatem wykonawca ten zaprezentował koszty wykonania poszczególnych świadczeń składających się na cenę ofertową, w sposób niezgodny z kategorycznym wymaganiami sformułowanym w SWZ, uznać należy, że zaistniała przesłanka do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Słusznie wskazywał Odwołujący, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia przejawia się nie tylko w niezgodności zobowiązania, co do którego wykonawca składa oświadczenie woli w swojej ofercie, i przez jej złożenie przyjmuje do wykonania, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje od wykonawcy, ale także może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia.

Co więcej, brak prezentacji wyceny ww. elementów traktować należy w kategoriach braku zaoferowania ich wykonania przez wykonawcę BUDIMEX S.A. Na podstawie samej treści oferty wykonawcy nie można bowiem ustalić, że zaoferował on również wykonanie prac objętych pozycjami 200-209. Oświadczenie woli wykonawcy wskazuje bowiem, że zaoferował on zakres prac, który nie pokrywa się z zakresem określonym przez Zamawiającego, a więc niezgodność z warunkami zamówienia jest jednoznaczna i niewątpliwa.

Słusznie powoływał Odwołujący § 16 ust. 2 wzoru umowy, wskazując że skorzystanie przez wykonawcę BUDIMEX S.A. z nieobowiązującego wzoru formularza cenowego spowoduje niemożność dokonania rozliczeń z wykonawcą na etapie realizacji umowy w sprawie



zamówienia publicznego, co również potwierdza niezgodność jego oferty z warunkami zamówienia.

Zdaniem Izby powyższe okoliczności świadczą o zasadności postawionego zarzutu, a zatem odwołanie w tym zakresie należało uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołanie, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie okazało się zasadne w części 1/6 oraz chybione w części 5/6. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi zatem Odwołujący w części 5/6 i Zamawiający w części 1/6. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu i noclegu w łącznej kwocie 4 979,35 zł. ustalone na podstawie spisu kosztów (łącznie 24 979,35 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 24 979 zł, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 20 816. Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 4 163 zł 00 gr stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi przez odwołującego, a kosztami za jakie odwołujący odpowiadał w świetle jego wyniku.

### **III. KIO 1226/23**

W dniu 2 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, dalej jako: „Odwołujący III” wobec czynności Zamawiającego polegających na wadliwym wyborze oferty STRABAG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz zaniechaniu odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Kwestionując ww. czynności Zamawiającego, Odwołujący III zarzucił mu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust 2 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, pomimo iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentacji przetargowej (SWZ z wyjaśnieniami Zamawiającego, Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy, przedmiar robót), w

zakresie robót budowlanych dotyczących wykonania prac branży hydrotechnicznej: Roboty budowlane – wykonanie pali przemieszczeniowych poz. 4.3 Formularza cenowego (poz. 59-72 przedmiaru robót) – poprzez zaoferowanie przez STRABAG rozwiązania niespełniającego warunków zamówienia, które nie uwzględnia odpowiedniej ilości zbrojenia pali, wymaganej dla osiągnięcia parametrów nośności wewnętrznej opisanych w dokumentacji projektowej oraz w wyjaśnieniach na pytania opublikowanych przez Zamawiającego;

- 2) art. 226 ust. 1 pkt. 8) w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez STRABAG, pomimo iż oferta ta zawiera rażąco niską cenę istotnych elementów składowych wyceny robót, tj.:
  - a. Roboty budowlane – prace kafarowe poz. 4.2 Formularza cenowego (poz. 53-58 przedmiaru robót)
  - b. Roboty budowlane – wykonanie pali przemieszczeniowych poz. 4.3 Formularza cenowego (poz. 59-72 przedmiaru robót);
  
- 3) ewentualnie art. 101 ust. 5 i 6 PZP poprzez jego niezastosowanie i nieodrzućenie oferty STRABAG w sytuacji gdy zawiera ona rozwiązanie niezgodne z warunkami zamówienia a w ofercie Wykonawca nie wykazał odpowiednimi dowodami, a w szczególności przedmiotowymi środkami dowodowymi spełnianie warunków równoważności swojego rozwiązania.

a w konsekwencji naruszenie:

- 4) Art. 239 PZP w zw. z art. 226 ust 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 226 ust 1 pkt 8 PZP poprzez wybór oferty STRABAG i zaniechanie odrzucenia oferty tego Wykonawcy z uwagi na okoliczności przedstawione w niniejszym odwołaniu,
- 5) Art. 239 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, pomimo iż oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert wskazanych w SWZ,
- 6) Art. 16 ust. 1 PZP poprzez promowanie wykonawcy, który złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, nie uzasadnił poprawności wyceny i nie zastosował się do norm obowiązujących w budownictwie.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący III wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy STRABAG dokonanego w dniu 20 kwietnia 2023 roku, przeprowadzenie ponownego badania i oceny

oferty STRABAG oraz odrzucenie oferty STRABAG z uwagi na fakt, że treść tejże oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę.

#### Stanowisko Odwołującego III:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący III wskazywał, co następuje:

Odwołujący III w pierwszej zwrócił uwagę na zapisy dokumentacji, z których wynikają poszczególne wymagania, jakie dla oferowanych pali przewidział Zamawiający oraz na treść pytań i odpowiedzi do SWZ (pytanie nr 239).

Jak kontynuował Odwołujący III, w wyjaśnieniach STRABAG oświadczył, że zastosuje pale, które spełniają wymagania określone w dokumentacji projektowej m.in. nośność, układ palowania, liczby, długości i średnicy pali. Jednak z treści wyjaśnień wynika, że wymagane parametry pali opisane w dokumentacji projektowej (nośność wewnętrzna) nie zostaną spełnione. Wykonawca STRABAG w wyjaśnieniach potwierdził, że przyjął zbrojenie konstrukcyjne pala sześcioma prętami  $\phi$  16mm ( $6 \cdot 1,58$  kg/m pala) oraz zbrojenie rozdzielcze prętami  $\phi$  8mm (waga 3,8 kg/mb pala). Z powyższego wynika, że STRABAG określił zbrojenie pala na poziomie 13,28 kg/mb pala.

Odwołujący III podkreślił, że rozwiązanie STRABAG budzi oczywiste wątpliwości techniczne z uwagi na ilość zbrojenia objętego ofertą, która to jest rażąco niska w stosunku do ilości stali przewidzianej w dokumentacji Zamawiającego.

Weryfikacja ilości stali powinna nastąpić w oparciu o projekt wykonawczy oraz o wskazane normy:

- PN-EN 12699 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale przemieszczeniowe”,
- PN-EN 1536 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale wiercone”.

W powyżej wskazanych normach, zarówno w normie PN-E 12699 pkt. 7.8.2.9 jak i w normie PN-EN 1536 pkt. 7.5.2.2, zawarty jest warunek minimalnego zbrojenia w odniesieniu do średnicy pala: „Jeżeli wymagane jest zbrojenie, to jeżeli nie zostało inaczej wskazane w projekcie, należy przyjąć minimalny przekrój zbrojenia pala”, które wynoszą:

- wg normy PN-EN 12699 minimalnie 0,5% nominalnego przekroju poprzecznego pala,
- wg normy PN-EN 1536 dla pala o przekroju  $A_c \leq 0,5m^2$ , minimalna średnica zbrojenia podłużnego wynosi  $A_s \geq 0,5\%A_c$ .

STRABAG w swojej ofercie przyjął zbrojenie główne pali  $6 \cdot \phi$  16mm, co daje przekrój zbrojenia wynoszący:  $3,1416 \cdot 1,6cm \cdot 1,6cm \cdot 0,25 = 2,011cm^2$

$2,011cm^2 \times 6 \text{ szt.} = 12,066cm^2$ .

STRABAG wskazał w wyjaśnieniach, że przyjął pale o średnicy 560mm (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego). W warunkach zamówienia zbrojenie minimalne dla tych pali wg przytoczonych norm powinno wynosić:

$$3,1416 \cdot 56\text{cm} \cdot 56\text{cm} \cdot 0,25 \cdot 0,005 = 12,315 \text{ cm}^2$$

Tak więc, wartość minimalnego zbrojenia dla pali o średnicy 560mm powinna wynosić 12,315 cm<sup>2</sup>, a STRABAG przyjął w swojej ofercie wartość niższą- 12,066 cm<sup>2</sup>. To oznacza, że warunek minimalnego przekroju wg wyżej wymienionych norm nie jest spełniony.

Odwołujący III dodał, że zakładana przez STRABAG ilość zbrojenia 13,28 kg na metr bieżący pala nie pozwala na wykonanie pali, które spełniają wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji projektowej co do nośności wewnętrznej pala opisanych w przytoczonych powyżej parametrów z pkt. 3.2 projektu wykonawczego. W konsekwencji, przyjęte w ofercie STRABAG rozwiązanie techniczne dla pali poprzez niewystarczającą ilość stali zbrojeniowej prowadzi do obniżenia nośności pali względem warunków zamówienia opisanych w pkt. 3.2 projektu wykonawczego dotyczących osiągnięcia wymaganych parametrów nośności pali oraz jest niezgodne z wymaganiami dotyczącymi zachowania zgodności z normami PN-EN 12699 oraz PN-EN 1536.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny Odwołujący III wskazywał, że oferta Strabag nie obejmuje rozwiązań przewidzianych wymaganiami Zamawiającego i kosztów, które zgodnie z warunkami zamówienia powinny być objęte ofertą. Stanowi to o niezgodność oferty z warunkami zamówienia, ale powoduje także że cena oferty jest rażąco niska i nie daje gwarancji należytego wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego warunkami.

Odwołujący III przedstawił stosowne wyliczenia, z których wynika, że zakładając cenę stali zbrojeniowej wraz z prefabrykacją koszy wskazaną przez Strabag w wyjaśnieniach ( 6800 zł netto za tonę), uwzględniając ilość niedoszacowanej stali (15,08 kg/mb) oraz ilość metrów bieżących wszystkich pali (9359,20 mb) należy uznać, że oferta tego wykonawcy jest niedoszacowana o kwotę 959 852,21 zł.

Jednocześnie Odwołujący III zauważył, że kwota przyjęta przez Strabag w pozycji 4.3, tj. 3 118 482,30 zł netto, podzielona przez ilość metrów bieżących pala daje cenę za 1 metr bieżący pala w wysokości 333,20 zł/mb.

Z kolei w wyjaśnieniach ceny Strabag wskazał na cenę 287,06 zł/mb, która to cena została skalkulowana przy założeniu źle dobranego stopnia zbrojenia.

Jeśli jednak skalkulować ilość zbrojenia stali zgodnie z projektem, koszt wykonania 1 mb pala przez Wykonawcę STRABAG powinien wynosić 389,62 zł.

Odwołujący III wskazał również na pozostałe braki wyjaśnień ceny wykonawcy Strabag i przedstawił stosowne wyliczenia, które jego zdaniem powinny uzasadniać odrzucenie oferty ww. wykonawcy. Zdaniem Odwołującego w pozycji dotyczącej wykonania pali przemieszczeniowych powinny być uwzględnione także inne koszty dotyczące m.in. wykonania platformy roboczej, wywozu i utylizacji urobku, skucia pali, kosztów związanych z przeprowadzeniem próbnych obciążeń pali (wykonanie projektu próbnego obciążenia, sprowadzenie i odprowadzenie niezbędnego sprzętu, montaż i demontaż konstrukcji urządzenia do próbnych obciążeń, wykonanie próbnego obciążenia, wykonanie dokumentacji z wynikami i analizą próbnego obciążenia), które nie zostały uwzględnione w wycenie STRABAG, co jednoznacznie wskazuje, że oferta STRABAG ma niedoszacowaną pozycję dotyczącą tych robót.

Odwołujący III dodał, że uwzględniając treść wyjaśnień Strabag oraz mając na uwadze warunki rynkowe, realna cena rynkowa powinna wynosić ok. 418,23 zł/mb.

Odwołujący III dodał, że oferta Strabag jest rażąco niska także z uwagi na niedoszacowanie ceny za roboty kafarowe. Cena za roboty kafarowe opiera się na niedoszacowaniu robót i pominięciu istotnych czynności będących w zakresie prac kafarowych. Pozycja ta odbiega znacznie od cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów, jak również od cen wskazanych przez Zamawiającego w kosztorysie inwestorskim, a w wyjaśnieniach STRABAG nie przedstawił kalkulacji dotyczących kosztów robocizny, zakupu paliwa do sprzętu, zakupu i montażu stalowych ściągów, materiałów i sprzętu pomocniczego niezbędnego do realizacji robót. Ponadto, STRABAG pominął w ofercie czynności i elementy będące w zakresie prac kafarowych.

Zdaniem Odwołującego III również kalkulacje Strabag dotyczące metody pograżenia ścianki szczelnej są niewystarczające dla wykonania prac przy wykorzystaniu metody „z wody”.

Odwołujący III wskazał również, że jego zdaniem koszt wykonania ściągów kotwiących został zaniżony w kalkulacji Strabag.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 16 maja 2023 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający zwrócił uwagę, że określił w dokumentacji przetargowej i budowlanej parametry, jakie mają zostać zachowane. W parametrach tych Zamawiający intencjonalnie nie umieścił ilości stali zbrojeniowej wskazanej wprost, bo stal zbrojeniowa ma być wbudowana przez wykonawcę w takiej ilości, by spełnić warunek nośności. Celem zamówienia jest bowiem wykonanie nabrzeża o określonej nośności, a nie nabrzeża z określoną masą stali zbrojeniowej w palach.

Jak kontynuował Zamawiający, w jego ocenie obliczanie nośności przez Odwołującego i podawanie wyników tych obliczeń jako argumentacji, i to bez znajomości konstrukcji pała, ale także bez podania przez Odwołującego przyjętych do obliczeń założeń np. dotyczących nośności gruntu czy współczynników bezpieczeństwa, jest całkowicie irrelevantne dla przedmiotowego postępowania.

Zamawiający uzyskał od Strabag zapewnienie, że pale ujęte w jego ofercie spełniają wszystkie parametry z w/w projektu wykonawczego, w tym typ, nośność wewnętrzną i zewnętrzną, a Odwołujący nie przedstawił żadnych wiarygodnych dowodów, które pozwalałyby na podważenie tego zapewnienia.

Zamawiający odniósł się również do zarzutu rażąco niskiej ceny, który jego zdaniem jest nieuprawniony, przedstawiając stosowną argumentację.

Zamawiający wskazał, że koszty wykonania platformy roboczej oraz próbnych obciążeń zostały ujęte w poz. 71 i 72 Działu 4.3 przedmiaru, który ma charakter wyłącznie informacyjno-pomocniczy, co wskazano wprost w pkt 5.5 OPZ przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający poinformował jednocześnie wykonawców, że przedmiar jest materiałem pomocniczym. Oznacza to, iż wykonawca według własnego doświadczenia i wiedzy może dokonać wyceny. Wskazywanie, w której pozycji wykonawca ujął koszty wykonania platformy roboczej oraz próbnych obciążeń, nie jest niezbędne ani potrzebne Zamawiającemu, szczególnie przy ryczałtowym modelu rozliczaniu robót, który występuje w przedmiotowym zamówieniu.

Jak kontynuował Zamawiający, Strabag również i w/w zakresie oświadczył, że za zaoferowaną cenę wykona te elementy Przedmiotu Zamówienia, a Zamawiający nie znalazł żadnych podstaw, by to oświadczenie w tym zakresie również zakwestionować. Odwołujący w tym zakresie także nie przedstawił żadnych dowodów poza dowolnymi wywodami, na których potwierdzenie nie przedstawił żadnych dowodów.

Zamawiający odniósł się także do pozostałych elementów kwestionowanych w treści odwołania wskazując, że nie zasługują one na uwzględnienie.

W ramach postępowania odwoławczego zostały dodatkowo złożone następujące pisma procesowe, zawierające merytoryczne odniesienie się do zarzutów odwołania:

- pismo procesowe z dnia 17 maja 2023 r. wykonawcy Strabag Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

- wykonawcę PORR S.A., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,

- wykonawcę Strabag Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

1. Dowody Odwołującego:

a. Zestawienie stali zbrojeniowej pali (załącznik nr 15 do odwołania)

2. Dowody Przystępującego Strabag Sp. z o.o.:

a. Dowód nr 1 – porównanie ofert (załącznik do pisma procesowego z dnia 17 maja 2023 r.);

b. Dowód nr 4 – wykaz robót budowlanych wykonanych przez Strabag Sp. z o.o. w zakresie budownictwa hydrotechnicznego (załącznik do pisma procesowego z dnia 17 maja 2023 r.);

c. Dowód nr 5 – zestawienie fragmentów wyjaśnień przedłożonych przez wykonawców Budimex, PORR, DORACO (załącznik do pisma procesowego z dnia 17 maja 2023 r.).

Na podstawie art. 534 ust. 2 ustawy PZP Izba postanowiła z urzędu włączyć w poczet materiału dowodowego niniejszej sprawy dowody, których przeprowadzenie wnioskował Odwołujący w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1239/23, tj. dowody wskazane i załączone do wniosku z dnia 17 maja 2023 r.:

- Opinię techniczną wydaną przez dr inż. W. W. oraz mgr. inż. B. M. na okoliczność wykazania, że oferta Strabag Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ

przyjęte w ofercie wykonawcy Strabag Sp. z o.o. rozwiązanie techniczne dotyczące pali, poprzez założenie niewystarczającej ilości stali zbrojeniowej, prowadzi do obniżenia nośności pali względem warunków zamówienia opisanych w pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego (Tom II Projekt Wykonawczy - Teczka 1 - Konstrukcja nabrzeża) dotyczących osiągnięcia wymaganych parametrów nośności pali oraz jest niezgodna z wymaganiami dotyczącymi zachowania zgodności z normami PN-EN 12699 oraz PN-EN 1536 opisanymi w pkt. 3.2 Projektu Wykonawczego, a także na okoliczność wykazania, że oferta Strabag sp. z o.o. zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnych części składowych obejmujących wykonania prac branży hydrotechnicznej: (1) pali (poz. 4.3 Formularza cenowego, poz. 59-72 przedmiaru robót) z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie ilości zbrojenia pali, która jest wymagana dla osiągnięcia parametrów nośności opisanych w warunkach zamówienia.

Izba wydając rozstrzygnięcie oparła się tylko na niektórych ww. dowodach, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia wyroku.

#### **IV. KIO 1239/23**

W dniu 2 maja 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie, dalej jako: „Odwołujący IV” wobec czynności Zamawiającego polegających na badaniu i ocenie ofert, w tym wyborze oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.

Kwestionując ww. czynności Zamawiającego, Odwołujący IV zarzucił mu naruszenie:

1.1 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, Projekcie Wykonawczym oraz Przedmiarze robót w zakresie dotyczącym wykonania prac branży hydrotechnicznej – robót budowlanych (poz. 4 Formularza Cenowego, poz. 51-133 przedmiaru robót), na które składa się wykonanie m.in.: (1) pali (poz. 4.3 Formularza cenowego, poz. 59-72 przedmiaru robót) - poprzez zastosowanie przez Strabag rozwiązania niespełniającego wymagań Zamawiającego dot. nośności pali poprzez nieuwzględnienie w ofercie ilości zbrojenia pali, która jest wymagana dla osiągnięcia parametrów nośności wewnętrznej opisanych w warunkach zamówienia, tj. dokumentacji projektowej i dookreślonych w ramach wyjaśnień treści SWZ opublikowanych przez Zamawiającego;



(2) prac kafarowych (poz. 4.2 Formularza Cenowego, poz. 53-58 przedmiaru robót) – poprzez nieuwzględnienie w ofercie zakresu prac dotyczącego pogrążania stalowych ścianek szczelnych i zakładania ściągów kotwiących oraz nieuwzględnienie w ofercie jednostek sprzętu wymaganych dla pogrążania ścianki szczelnej metodą „z wody” tj. przy wykorzystaniu sprzętu pływającego.

1.2 art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z 224 ust. 1, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi to, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny całkowitej, a oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnych części składowych obejmujących wykonanie prac branży hydrotechnicznej:

(1) pali przemieszczeniowych (poz. 4.3 Formularza cenowego, poz. 59-72 przedmiaru robót) z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie ilości zbrojenia pali, która jest wymagana dla osiągnięcia parametrów nośności opisanych w warunkach zamówienia;

(2) prace kafarowe (poz. 4.2 Formularza Cenowego, poz. 53-58 przedmiaru robót) z uwagi na nieuwzględnienie w ofercie zakresu prac dotyczących pogrążania stalowych ścianek szczelnych i zakładania ściągów kotwiących oraz nieuwzględnienie w ofercie jednostek sprzętu wymaganych dla pogrążania ścianki szczelnej metodą „z wody” tj. przy wykorzystaniu sprzętu pływającego.

1.3 art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. art. 224 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Strabag, który nie przedstawił wyjaśnień wraz z dowodami, które obejmowałyby swoim zakresem całość ceny ofertowej oraz z których wynikałoby, że wykonawca Strabag jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego za zaoferowaną cenę, podczas gdy złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

a w konsekwencji

1.4 art. 239 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5) 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 Strabag i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na zarzuty wskazane powyżej,

1.5 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Doraco z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym i Projekcie Wykonawczym, zgodnie z którymi Zamawiający wymaga wykonania prac dotyczących robót kafarowych – pogrążania ścianki szczelnej metodą „z wody” tj przy zastosowaniu sprzętu pływającego, którego koszty

należało doliczyć do ceny oferty, podczas gdy Doraco oświadczyło, że zamierza pograżyć ściankę szczelną metodą „z ładu”,

1.6 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP oraz w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Doraco z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Projekcie Budowlanym i Projekcie Wykonawczym dotyczącymi wykonania pali, co do parametrów betonu palowego oraz poprzez prowadzenie z wykonawcą Doraco niedozwolonych negocjacji prowadzących do zmiany treści oferty w zakresie dotyczącym parametrów ww. materiału,

1.7 art. 224 ust. 5 i 6 PZP w zw. z art. art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP w zw. z art. art. 224 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Doraco, 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.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący IV wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 20 kwietnia 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty Strabag, przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert oraz: 1) nakazanie odrzucenia oferty Strabag z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz z uwagi na fakt, iż oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia oraz z uwagi na to, że złożone przez wykonawcę Strabag wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny; 2) nakazanie odrzucenia oferty Doraco z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia oraz z uwagi na fakt, że złożone przez wykonawcę Doraco wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

#### Stanowisko Odwołującego IV:

##### Zarzuty nr 1.1 oraz 1.2 petitum odwołania:

Niezgodność treści oferty STRABAG dotycząca pali:

Zdaniem Odwołującego IV analiza wyjaśnień przedkładanych w toku postępowania przez wykonawcę STRABAG prowadzi do wniosku, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentach zamówienia, w tym Projekcie Budowlanym, Projekcie Wykonawczym oraz Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, a jednocześnie wykonawca ten nie obalił domniemania zaoferowania ceny rażąco niskiej w zakresie kluczowych części zamówienia (roboty hydrotechniczne).

Jak wskazywał Odwołujący IV, z wyjaśnień 1S (wyjaśnienia z dnia 24.11.2022 r.) wynika, że wymagane parametry pali opisane w dokumentacji projektowej (nośność wewnętrzna) nie zostaną spełnione. Wykonawca Strabag potwierdził, że przyjął zbrojenie konstrukcyjne pala sześcioma prętami fi 16mm (6\*1,58kg/mb pala) oraz rozdzielcze prętami fi 8 (waga 3,8 kg/mb pala). Z powyższego wynika, że Strabag określił ilość zbrojenia pala na poziomie 13,28kg/mb pala, przy jednoczesnej rezygnacji ze stali profilowej w postaci rur fi 406/12,5mm oraz „buta” tj. podstawy trzonu pala. W Wyjaśnieniach 1 Strabag nie przedstawił bowiem wyceny dla ww. elementów.

Jak kontynuował Odwołujący IV, rozwiązanie Strabag budzi oczywiste wątpliwości techniczne z uwagi na ilość zbrojenia wskazaną w Wyjaśnieniach 1S, która to jest rażąco niska w stosunku do ilości stali przewidzianej w dokumentacji Zamawiającego. Weryfikacja ilości stali powinna nastąpić w oparciu o pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego tj. pale muszą być wykonane zgodnie z wymaganiami określonymi w normach:

– PN-EN 12699 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale przemieszczeniowe”.

– PN-EN 1536 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale wiercone”.

Obie normy zawierają warunek minimalnego zbrojenia w odniesieniu do średnicy pala. „Jeżeli wymagane jest zbrojenie, to jeżeli nie zostało inaczej wskazane w projekcie, należy przyjąć minimalny przekrój zbrojenia pala”, które wynoszą dla pierwszej z nich: minimalnie 0,5% nominalnego przekroju poprzecznego pala oraz dla drugiej z norm: dla pala o przekroju  $A_c \leq 0,5m^2$ , minimalna średnica zbrojenia podłużnego wynosi  $A_s \geq 0,5\%A_c$ .

Zbrojenie główne pali, które zaoferował Strabag 6 x fi 16mm daje przekrój zbrojenia wynoszący: Pole przekroju pręta #16mm:  $3,1416 \cdot 1,6cm \cdot 1,6cm \cdot 0,25 = 2,011cm^2$

6szt x 2,011cm<sup>2</sup> = 12,066 cm<sup>2</sup>.

Dla pala o średnicy 560mm (średnica wymagana przez Zamawiającego) zbrojenie minimalne wynosi  $3,1416 \cdot 56cm \cdot 56cm \cdot 0,25 \cdot 0,005 = 12,315 cm^2$ , (gdzie: 3,1416 – liczba  $\pi$ , 56cm – średnica pala, 0,005 – warunek normy 0,5%) co stanowi wartość wyższą niż 12,066cm<sup>2</sup> – tym samym warunek minimalnego przekroju zbrojenia wg. wyżej wymienionych norm nie jest spełniony.

Dla pala o średnicy 600mm (średnica przyjęta przez Strabag w Wyjaśnieniach nr 1, pkt. I.1. lit. b) zbrojenie minimalne wynosi  $3,1416 \cdot 60cm \cdot 60cm \cdot 0,25 \cdot 0,005 = 14,14 cm^2$ , (gdzie: 3,1416 – liczba  $\pi$ , 60cm – średnica pala, 0,005 – warunek normy 0,5%) co również jest wartością wyższą niż 12,066 cm<sup>2</sup> – tym samym warunek minimalnego przekroju zbrojenia wg. wyżej wymienionych norm nie jest spełniony.

Nadto, jak kontynuował Odwołujący IV, niezależnie od powyższego zakładana przez Strabag ilość zbrojenia na metr bieżący (mb) pała (13,28kg/mb) nie pozwala na wykonanie pali, które spełniają wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji projektowej co do nośności wewnętrznej pała, opisanej w pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego.

W treści Wyjaśnień 1S Strabag, brak jest danych dotyczących elementów pali przemieszczeniowych zaproponowanych przez autora dokumentacji projektowej takich jak: rury stalowe ze szwem, but staliwny czy zaczyn cementowy do iniekcji. Dodatkowo przywołana w Wyjaśnieniach 1S ilość zbrojenia koszem znacznie odbiega od ilości określonej w dokumentacji projektowej. Stąd wniosek, że wyjaśnienia zawarte w piśmie nie odnoszą się do rozwiązania podstawowego – pale przemieszczeniowe Tubex, a do innego rozwiązania technologicznego.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący I przedstawił stosowną analizę, z której wynika, że proponowane pale o średnicy 600mm zbrojone 6 prętami #16 oraz strzemionami z prętów średnicy 8mm nie spełniają wymagań nośności dla żadnego z przypadków obliczeniowych, zaprezentowanych w pkt 3.2 Projektu Wykonawczego.

W konsekwencji, jak podsumował Odwołujący IV, przyjęte w ofercie wykonawcy Strabag rozwiązanie techniczne dla pali, poprzez niewystarczającą ilość stali zbrojeniowej prowadzi do obniżenia nośności wewnętrznej pali względem warunków zamówienia opisanych w pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego (Tom II Projekt Wykonawczy - Teczka 1 - Konstrukcja nabrzeża) dotyczących osiągnięcia wymaganych parametrów nośności pali oraz jest niezgodna z wymaganiami dotyczącymi zachowania zgodności z normami PN-EN 12699 oraz PN-EN 1536 opisanymi w pkt. 3.2 Projektu Wykonawczego.

#### Rażąco niska cena oferty STRABAG dotycząca pali:

Jak podkreślił Odwołujący IV przyjmując parametry pali opisane w dokumentacji projektowej wynikające z rysunków ilość stali zbrojeniowej powinna wynosić 28,68kg/mb pała. Różnica pomiędzy założeniami Strabag (13,28 kg stali zbrojeniowej na mb pała) oraz ilości wynikającej z dokumentacji projektowej (bez rury stalowej) wynosi 15,11 kg/mb (28,39 kg/mb – 13,28 kg/mb). Przyjmując cenę stali zbrojeniowej wraz z prefabrykacją koszy wskazaną przez Strabag w Wyjaśnieniach 1S (4 600,00 zł netto za tonę stali zbrojeniowej oraz 2 200,00 zł netto za prefabrykację kosza zbrojeniowego), „brakujące” 15,11 kg/mb oraz liczbę metrów bieżących (9 359,2mb) pali wynikającą z dokumentacji projektowej tj. rysunków projektu wykonawczego, należy uznać, że oferta Strabag w Formularzu Cenowym pozycja 4.3 Pale jest niedoszacowana o kwotę:  $15,11\text{kg} \cdot 9359,2\text{mb} \cdot 6,8\text{zł/kg} = 961\,639,08\text{ zł netto}$ .

#### Zarzut niezgodności treści oferty Strabag dotyczącej prac kafarowych:

Odwołujący IV wskazał, że Strabag wycenił prace kafarowe (poz. 4.2) na kwotę 472 999,38 zł netto. W Wezwaniu 1S Zamawiający wymagał określenia kosztów sprzętu wymaganego dla wykonania pograżenia elementów stalowych ścianki szczelnej. W Wyjaśnieniach 1S Strabag nie przedstawił kalkulacji pograżenia ścianki szczelnej (poz. 53-57 przedmiaru robót) wskazując jedynie na koszty pracy sprzętu. W Wyjaśnieniach 1S Strabag twierdzi, że rzekomo uwzględnił w wycenie koszty sprzętu pływającego (207 480,00 zł jako łączny koszt holownika i pontonu), przy czym koszty tego sprzętu zostały ujęte nie pozycji 4.2 Formularza Cenowego, ale w kosztach ogólnych budowy (KOB). Dodatkowo, koszty sprzętu do robót kafarowych określił podając stawki godzinowe.

Pozycja 4.2 Formularza Cenowego obejmuje również m.in. zakładanie ściągów stalowych w ilości 59 948,72 kg. Wartość wyrobu warsztatowego (zgodnie z zapisami specyfikacji) można szacować na 1 079 076,96 zł (18zł/kg ustalone na podstawie oferty uzyskanej podczas przygotowania oferty przez Odwołującego). Oznacza to, że szacowana wartość montażu ściągów dwukrotnie przewyższa wartość całej pozycji 4.2 Formularza Cenowego – Roboty kafarowe wycenionej przez Strabag.

Jak kontynuował Odwołujący IV przypomnienia wymaga, że z wyjaśnień 1S wynika, że koszty prac kafarowych wycenione w poz. 4.2 Formularza Cenowego to: 472 999,38 zł netto. Z Wyjaśnień 1S (pkt. ad. 4) wynika również, że Strabag zamierza wykorzystać do wykonania prac dot. pograżania ścianki szczelnej (poz. 4.2 Formularza Cenowego):

a) wibromłot z agregatem – 120 zł/h + mobilizacja: 3 000 zł

b) żuraw gąsiennicowy 100t – 250 zł/h + mobilizacja: 20 000 zł

Strabag celowo nie wskazał rzeczywistych kosztów pracy, ale wyłącznie koszty wg. stawki godzinowej. Niemniej, biorąc pod uwagę wskazany w Wyjaśnieniach 1S czas pracy wskazany dla holownika i pontonu (28 dni \* 10 godzin) (przy czym Strabag nie uwzględnił kosztów pracy tego sprzętu w poz. 4.2 Formularza Cenowego, ale rzekomo w kosztach ogólnych budowy) należy szacować koszt pracy sprzętu wymienionego w punkcie 2.35 a) i b) na kwotę: nie mniejszą niż 103 600 zł netto.

Mając na uwadze Wyjaśnienia 1S – od całkowitych kosztów wskazanych w poz. 4.2 Formularza Cenowego (tj. od kwoty 472 999,38 zł netto) należy odjąć:

a) 23 000 zł netto (koszt mobilizacji wynikające z Wyjaśnień 1S)

b) 103 600 zł netto – koszty pracy wibromłota i dźwigu

Tym samym odejmując od łącznych kosztów prac dla poz. 4.2 Formularza Cenowego tj. 472 999,38 zł netto koszty pracy sprzętu wskazanego powyżej, do dyspozycji Strabag pozostaje: 346 399,38 zł netto.

Następnie Odwołujący IV odwołał się do wyjaśnień składanych przez wykonawcę Strabag obejmujących prace kafarowe, w postępowaniu „Rozbudowa Nabrzeża Rudowego III w Porcie Gdańsk”.

Zdaniem Odwołującego IV, uwzględniając założenia ww. wykonawcy z przywołanego postępowania, łączne koszty wynoszą: 444 326,40 zł netto, a więc są niższe niż łączna wartość pozycji 4.2 Formularza Cenowego tj. 472 999,38 zł netto jedynie o 28 672,98zł netto.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Strabag, po odliczeniu kosztów pograżenia ścianki szczelnej, ma do dyspozycji jedynie 28 672,98 zł netto. Kwota ta byłaby jeszcze niższa w przypadku uwzględnienia w poz. 4.2 Formularza Cenowego podanych w Wyjaśnieniach 1S kosztów sprzętu pływającego koniecznego do wykonania prac metodą „z wody” tj. ponton (182 000 zł netto) i holownik (25 480 zł netto), łącznie: 207 480 zł netto (o czym szerzej w pkt. 2.45 odwołania).

Z powyższego wynika, że Strabag nie uwzględnił w swojej wycenie wszystkich kosztów związanych z realizacją prac objętych pozycją 4.2 Formularza Cenowego w zakresie poz. 53 – 58 przedmiaru robót, w tym m.in. kosztów sprzętu pływającego (Strabag twierdzi, że uwzględnił te koszty w kosztach ogólnych budowy), oraz przede wszystkim kosztów wykonania ściągów stalowych (poz. 58 przedmiaru).

Wartość ściągów stalowych, które wykonawca powinien uwzględnić w poz. 4.2 Formularza Cenowego, jako wartość wyrobu warsztatowego (zgodnie z zapisami specyfikacji) można szacować na 1 079 076,96 zł (18zł/kg ustalone na podstawie oferty uzyskanej podczas przygotowania oferty przez Odwołującego), co przewyższa kwotę, którą dysponuje Strabag ponad 37-krotnie (3763%).

Wykonawca Strabag nie odniósł się w Wyjaśnieniach 1S i 2S do kosztów ww. pozycji (montaż ściągów stalowych). Skoro łączne koszty wykazane w pkt. 2.40 niemal w całości pokrywają wartość wskazaną w poz. 4.2 Formularza Cenowego, to należy stwierdzić, że Strabag nie uwzględnił w cenie swojej oferty kosztów wykonania ściągów stalowych, a więc wszystkich prac koniecznych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Z tego względu oferta Strabag jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W dalszej kolejności Odwołujący IV zwrócił uwagę, że odnosząc się do niezgodności oferty Strabag z SWZ należy zauważyć, że pograżenie ścianki szczelnej musi nastąpić metodą „z wody” (pkt. 6.2 Projektu Budowlanego). Z tego względu, w celu ustalenia zgodności oferty

wykonawców z dokumentacją postępowania, Zamawiający prosił wykonawców (w tym Strabag – Wezwanie 1S) o wyjaśnienie czy w ofercie uwzględnili pogrążanie ścianki szczelnej metodą „z wody” czy „z ładu”.

Wykonawca Strabag w Wyjaśnieniach 1S wskazał, że wycenił w ofercie pogrążanie ścianki szczelnej metodą „z wody”. Jednocześnie, w odpowiedzi na pytanie Zamawiającego dotyczące wyceny kosztów prac kafarowych Strabag wyjaśnił, że przyjął do wyceny koszty pracy sprzętu pływającego tj.

a) Holownik – 182 000,00 zł netto

b) Ponton – 25 480 zł netto

oraz zaznaczył, że koszty tego sprzętu zostały ujęte w KOB czyli Kosztach Ogólnych Budowy.

W ocenie Odwołującego powyższe wyjaśnienia są niewiarygodne z następujących względów. Po pierwsze, konstrukcja Formularza Cenowego wskazuje, że w ramach danej pozycji formularza (tutaj: poz. 4.2) należy przypisać prace związane z wykonaniem danych pozycji kosztorysowych wynikających z przedmiaru robót – jak wynika z opisu kolumn w formularzu cenowym, poz. 4.2 obejmuje poz. 53-58 kosztorysu/ przedmiaru robót.

Po drugie, wycena pozycji 4.2 w ofercie Strabag jest zbyt niska (wynosi raptem 472 979,38 zł netto, a tym samym nie uwzględnia wszystkich kosztów związanych z wykonaniem robót w poz. 4.2 Formularza Cenowego, w tym ściągów stalowych, co zostało wykazane powyżej). Powyższe oznacza, że Strabag przy przygotowaniu oferty pominął wymagania wynikające z dokumentacji projektowej, z których wynikało, że pogrążenie ścianki szczelnej musi nastąpić „z wody” (pkt. 6.2 Projektu Budowlanego).

Z tego względu, w związku z konkretnym pytaniem Zamawiającego wynikającym z Wezwania 1S dotyczącym wyceny kosztów sprzętu koniecznego do wykonania robót w poz. 53-58 związanych z wbijaniem (pogrążeniem) ścianki szczelnej oraz pytaniem: jaką metodą Wykonawca będzie pogrążał ściankę szczelną – z ładu czy z wody? Strabag nie był w stanie wykazać ujęcia kosztów wszystkich prac (materiałów, sprzętu i robocizny) w ramach pozycji 4.2 Formularza Cenowego, dlatego w Wyjaśnieniach 1S stwierdza, że koszty sprzętu pływającego (holownik, ponton) zostały ujęte w kosztach ogólnych budowy. Innymi słowy, dopiero po otrzymaniu Wezwania 1 i pytania Zamawiającego o metodę pogrążenia ścianki szczelnej („z ładu” czy „z wody”) wykonawca Strabag stwierdził, że nie uwzględnił w kosztach wymagań Zamawiającego dotyczących pogrążenia ścianki szczelnej „z wody”.

Koszty sprzętu niezbędnego do wykonania danego zakresu prac są kosztem bezpośrednim, który uwzględnia się w kosztach wykonania danej pozycji kosztorysu/ przedmiaru – potwierdza to z resztą sam Strabag twierdząc, że w poz. 4.2 Formularza Cenowego przewidział koszty pracy sprzętu tj. wibromłot z agregatem czy żuraw gąsienicowy.

Zgodnie z pkt. 21.5 SWZ [Sposób obliczenia ceny] Wynagrodzenie należało obliczyć w oparciu o przedmiar (załącznik nr 6c) do Opisu przedmiotu zamówienia) oraz informacje zawarte w załącznikach 6a), 6b) OPZ i na ich podstawie sporządzić kosztorys ofertowy, a następnie wartość kosztorysu powiększoną o podatek VAT należy przenieść do formularza oferty.

Jeżeli zatem koszty określone przez Strabag dla poz. 4.2 Formularza Cenowego nie uwzględniają kosztów bezpośrednich sprzętu pływającego (sam Strabag twierdzi, że rzekomo uwzględnił ten koszt w kosztach ogólnych budowy – co wynika z faktu, iż Strabag nie byłby w stanie wykazać, że uwzględnił je w poz. 4.2 Formularza Cenowego w kwocie 472 999,38 zł netto). To oznacza, że pozycja 4.2 Formularza Cenowego nie zawiera kosztów sprzętu pływającego, a więc wszystkich kosztów niezbędnych do wykonania prac kafarowych metodą „z wody”, ponieważ jak należy wnioskować na podstawie wyceny poz. 4.2 Formularza Cenowego Strabag w ogóle nie zakłada konieczności wykonania prac metodą „z wody”. W konsekwencji, również całkowita cena oferty nie uwzględnia tego kosztu, skoro Zamawiający wymagał, aby do oferty przenieść wartość z kosztorysu (Formularza Cenowego).

Gdyby faktycznie Strabag wycenił ofertę uwzględniając wymagania wynikające z pkt. 6.2 Projektu Budowlanego (wykonanie prac kafarowych z wody dot. pograżania ścianki szczelnej z wody), to byłby w stanie uzasadnić ujęcie kosztów sprzętu pływającego w poz. 4.2 Formularza Cenowego – tak się jednak nie stało.

W zakresie zarzutu rażąco niskiej ceny prac kafarowych Odwołujący IV podtrzymał dotychczasową argumentację. Dodał, że zgodnie z pkt. 4.2 Formularza Cenowego całkowite koszty związane z pracami kafarowymi Strabag oszacował na kwotę 472 999,38 zł netto. Uwzględniając pozycje składające się na poz. 4.2 oraz założenia przyjęte w wyjaśnieniach 1S oraz przez analogię wysokość kosztów dla analogicznego zakresu prac w postępowaniu PR/NS/2022/009, przyjąć należy, że wycena poz. 4.2 Formularza Cenowego Strabag jest niedoszacowana o kwotę 178 807,02 zł netto.

Do powyższej kwoty należy jednak dodać jeszcze koszty wykonania prac z poz. 58 przedmiaru (montaż ściągów kotwiących - wartość wyrobu warsztatowego zgodnie z Dokumentacją Projektową można szacować na 1 079 076,96 zł (18zł/kg ustalone na podstawie oferty uzyskanej podczas przygotowania oferty przez Odwołującego).



Przypomnienie wymaga, że łączna wartość pozycji 4.2 Formularza Cenowego to 472 999,38 zł netto. Uwzględniając koszty zaprezentowane powyżej należy uznać, że oferta Strabag jest w poz. 4.2 zaniżona co najmniej o kwotę: 1 050 403,98 zł netto oraz w przypadku uwzględnienia kosztów sprzętu pływającego (wykonania „z wody”) 1 257 883,98 zł netto.

Powyższe prowadzi do konkluzji, iż oferta Strabag, w zakresie wykonania prac objętych poz. 4.2, Formularza Cenowego, w tym w szczególności poz. przedmiaru 57-58 nie uwzględnia wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Rzeczywiste koszty wykonania prac przekraczają bowiem znacząco wycenę prac wskazaną przez Strabag.

#### Ogólny zarzut rażąco niskiej ceny:

W ramach argumentacji dla ww. zarzutu Odwołujący IV zwrócił uwagę na treść wezwania Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, Strabag w ramach składanych wyjaśnień nie wykazał w sposób bezsprzeczny i wystarczający, iż zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska. Jak podkreślił Odwołujący, wykonawca Strabag skupił się wyłącznie na wykazaniu poprawności wyceny w zakresie dotyczącym szczegółowych pytań Zamawiającego, podczas gdy wyjaśnienia RNC dotyczyły ceny całkowitej oferty.

Przedłożona przez Strabag tabela w sposób oczywisty nie obejmuje całego zakresu opisanego w SWZ oraz w formularzu cenowym, stanowiącym załącznik do formularza ofertowego. Nawet wyliczenia w pozycjach wyszczególnionych w tabeli nie zostały poparte żadnymi dowodami, a wykonawca Strabag poprzestał na wskazaniu łącznych kwot powołując się na kalkulacje własne – i jednocześnie nieprzedstawiająca ani takich kalkulacji ani dowodów potwierdzających ich poprawność.

Odwołujący IV dodał, popierając argumentację cytataми z piśmiennictwa oraz orzecznictwa, że wykonawca Strabag nie obalił domniemania, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, które powstało w momencie skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień. Choć wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczyło wykazania sposobu wyceny całej oferty, to Wykonawca Strabag ograniczył się zasadniczo do odpowiedzi na szczegółowe pytania Zamawiającego, które na marginesie również nie potwierdzają prawidłowej wyceny oferty. W pozostałym zakresie Strabag udzielił wybiórczych odpowiedzi, przedstawiając również zbiorcze kwoty oparte rzekomo na kalkulacjach własnych - bez zaprezentowania szczegółowego rozbicia tych kwoty czy też dowodów potwierdzających zasadność wyceny czy też wskazując na okoliczności, które pozwoliły na osiągnięcie atrakcyjnej ceny, ale bez wskazania w jaki konkretnie sposób te okoliczności przekładają się na wycenę oferty.

To zdaniem Odwołującego I prowadzi do wniosku, iż Zamawiający bezzasadnie uznał, iż wykonawca Strabag wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska, pomimo że Strabag nie

wyjaśnił w sposób wyczerpujący i szczegółowy sposobu kalkulacji ceny, a jego wyjaśnienia wyraźnie wskazują na niedoszacowanie istotnych zakresów prac.

Zarzut niezgodności oferty DORACO z warunkami zamówienia w zakresie metody pogrążania ścianki szczelnej:

Zgodnie z pkt. 6.2 Projektu Budowlanego pogrążenie ścianki szczelnej musi nastąpić metodą „z wody”, a nie z ładu (tj. przy użyciu sprzętu pływającego). Zostało to potwierdzone również w pkt 5.3 Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót w części SST-02.05 Roboty kafarowe, zgodnie z którym Ściankę stalową nabrzeża należy wbijać sprzętem pływającym, a ściankę tymczasową sprzętem łądowym. Dodatkowo pogrążenie ścianki szczelnej z wody zostało ujęte przez Projektanta w założeniach do obliczeń i fazowaniu robót, co opisane zostało w punkcie 12.1 Projektu Budowlanego.

W konsekwencji, Wykonawca musiał do wyceny założyć wykorzystanie maszyn/ sprzętu, które pozwalają na wykonania robót w sposób opisany przez Zamawiającego w dokumentacji projektowej. Powyższe potwierdza również treść Wezwania 1D, w którym Zamawiający wprost oczekiwał wskazania, czy Wykonawca wycenił pogrążanie elementów stalowej ścianki szczelnej przy użyciu metody „z wody” czy „z ładu”.

W Wyjaśnieniach 1D wykonawca Doraco wprost wyjaśnił, że wycenił prace obejmujące pogrążanie stalowej ścianki szczelnej przy użyciu metody „z ładu”, a nie z „z wody” oraz w ramach zestawiania sprzętu deklarowanego do wykonania prac pominął sprzęt pływający (zestawienia w punkcie 5.4 niniejszego odwołania).

Skoro sposób realizacji zamówienia, który deklaruje Doraco (pogrążanie ścianki szczelnej „z ładu”) jest w sposób ewidentny niezgodny z warunkami zamówienia (pogrążanie ścianki szczelnej „z wody” - pkt. 6.2 Projektu Budowlanego), oznacza to, że oferta wykonawcy Doraco jest niezgodna z warunkami zamówienia co do sposobu jego realizacji i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP.

Zarzut niezgodności treści oferty Doraco w zakresie wymagań dla betonu konstrukcyjnego oraz zarzut niedozwolonych negocjacji treści oferty:

Wykonawca Doraco wraz z Wyjaśnieniami 1D dotyczącymi ceny oferty oraz zgodności oferty z warunkami zamówienia przedstawił ofertę podwykonawcy lub dostawcy dotyczącą betonu konstrukcyjnego wraz ze wskazaniem parametrów materiału, który zostanie użyty do wykonania zamówienia w zakresie konstrukcji żelbetowych.

Oferta podwykonawcy/ dostawcy została zastrzeżona jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa i nie jest znana Odwołującemu. Niemniej jednak, jak wynika z Wezwania 2D Zamawiający wskazał na niezgodność parametrów betonu konstrukcyjnego wynikających

z oferty podwykonawcy/ dostawcy z parametrami betonu konstrukcyjnego opisanymi w dokumentacji projektowej.

W Wyjaśnieniach nr 2D wykonawca Doraco poinformował, iż założył wykonanie pali zgodnie z dokumentacją, tj. C35/45, czego dowodem miał być załącznik nr 1 do Wyjaśnień nr 2D (oferta podwykonawcy) – dokument zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Jak zostało wskazane powyżej, zarówno oferta dotycząca betonu konstrukcyjnego załączona do Wyjaśnień 1D oraz oferta załączona do Wyjaśnień 2D zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa Doraco i nie są znane Odwołującemu. Niezależnie od tego, jak wynika wprost z treści Wezwania 2D, na podstawie dokumentów i ofert przedłożonych przez wykonawcę Doraco w ramach wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny oferty oraz oceny zgodności oferty z warunkami zamówienia, Zamawiający stwierdził niezgodność parametrów betonu konstrukcyjnego, który zamierza zastosować wykonawca Doraco z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej, a więc warunkami zamówienia. Dopiero na skutek Wezwania 2D wykonawca Doraco dokonał korekty pierwotnych wyjaśnień, a więc de facto zmienił treść oferty, tak aby usunąć niezgodność z warunkami zamówienia.

Oferta podwykonawcy dotycząca betonu konstrukcyjnego oraz jego parametrów przedłożona przez Doraco w ramach Wyjaśnień 1D miała na celu wykazanie sposobu wyceny materiałów, które wykonawca Doraco zamierza wykorzystać do realizacji zamówienia. Skoro zatem w Wyjaśnieniach 1a przedstawiono materiały, które nie są zgodne z wymaganiami opisanymi w dokumentacji projektowej (co potwierdził sam Zamawiający w Wezwaniu 2D), to zachodzi oczywista niezgodność oferty Doraco z warunkami zamówienia, co stanowi podstawę do odrzucenia oferty Doraco.

#### Ogólny zarzut rażąco niskiej ceny oferty DORACO:

Wezwanie 1D Zamawiającego dotyczyło wykazania przez wykonawcę Doraco sposobu kalkulacji całej ceny brutto przedstawionej w ofercie. W ocenie Odwołującego, wykonawca Doraco w ramach Wyjaśnień 1D oraz Wyjaśnień 2D nie wykazał w sposób bezsporny i wystarczający, iż zaoferowana cena za wykonanie przedmiotu zamówienia nie jest rażąco niska. Treść Wyjaśnień nr 1D nie zawiera żadnej merytorycznej wartości, która uzasadniałaby, przy uwzględnieniu dowodów, że zaproponowana przez wykonawcę Doraco cena oferty nie jest rażąco niska. Choć wezwanie Zamawiającego dotyczyło wykazania przez wykonawcę, że całkowita cena oferty nie jest rażąco niska, w wyjaśnieniach Doraco nie sposób znaleźć jakichkolwiek szczegółowych informacji (poza wprost wskazanymi przez Zamawiającego w Wezwaniu 1D zagadnień), które uzasadniałyby kalkulację ceny ofertowej Doraco.

W ramach Wyjaśnień 1D Doraco załączył jedynie trzy oferty wraz z cenami zaoferowanymi przez poszczególnych kontrahentów zewnętrznych oraz dwa wykazy sprzętu i maszyn stanowiących rzekomo dowody kalkulacji ceny oferty. Jak wyżej wskazano, Odwołujący nie ma dostępu do tych dokumentów, ponieważ zostały zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa, jednak z samej ich liczby oraz ogólnikowego charakteru Wyjaśnień 1D można z łatwością przyjąć, że wykonawca Doraco nie zdołał obalić domniemania rażąco niskiej ceny.

Z załącznika nr 5 do wyjaśnień 1D nie sposób jednak wywnioskować o sposobie dokonanej przez wykonawcę Doraco kalkulacji ceny ofertowej. W dokumencie tym znajduje się jedynie spis sprzętu, które wykonawca Doraco zamierza wykorzystać na etapie realizacji zamówienia. Nie podane zostały przy tym żadne wartości finansowe związane z użytkowaniem takiego sprzętu, w tym szczegółowe koszty i czas pracy sprzętu. Ponadto, należy zaznaczyć, że wykonawca Doraco nie przewidział w treści Załącznika nr 5 do Wyjaśnień 1D sprzętu niezbędnego do pogrążania ścianki szczelnej metodą „z wody”, co oznacza, że nie wycenił tych prac zgodnie z warunkami zamówienia.

Odwołujący IV dodał, że można przyjąć, iż wykonawca DORACO odniósł się w przedkładanych wyjaśnieniach wyłącznie do następujących pozycji: prace rozbiórkowe nabrzeża (poz. 2.1 oraz 2.2), pogrążanie elementów ścianki szczelnej (poz. 4.2), wykonanie pali przemieszczeniowych (poz. 4.3).

Zsumowanie kosztów wykonania powyższych pozycji daje kwotę: 8 203 485,78 zł netto, podczas gdy wartość całej oferty wykonawcy Doraco to: 37 927 035,91 zł netto. Tym samym wykonawca Doraco nie uzasadnił i nawet nie podjął próby uzasadnienia kalkulacji w pozostałym zakresie na kwotę ponad 29 mln zł netto.

Odwołujący podsumował, że w związku z powyższą argumentacją, nie można uznać, iż DORACO obalił domniemanie rażąco niskiej ceny, a jego oferta powinna zostać odrzucona w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 5 i 6 ustawy PZP.

#### Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 16 maja 2023 r. odpowiedź na odwołanie wniósł Zamawiający, wnioskując o jego oddalenie w całości oraz przedstawiając stosowną argumentację, która tożsama była z argumentacją zaprezentowaną przy sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt KIO 1090/23.

W ramach postępowania odwoławczego zostały dodatkowo złożone następujące pisma procesowe, zawierające merytoryczne odniesienie się do zarzutów odwołania:

- pismo procesowe z dnia 17 maja 2023 r. wykonawcy Strabag Sp. z o.o. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

- pismo procesowe Odwołującego z dnia 17 maja 2023 r.
- dodatkowe pismo procesowe wykonawcy Strabag Sp. z o.o. złożone w dniu posiedzenia do akt sprawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła istnienie przesłanek materialnoprawnych do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Ponadto Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym:

- wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- wykonawcę Strabag Sp. z o.o., zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia:

1. Dowody Odwołującego:
  - a. Zestawienie ilości i długości pali przemieszczeniowych;
  - b. Załącznik do wyjaśnień RNC Strabag w postępowaniu Zamawiającego NPR/NS/2022/009;
  - c. opinia techniczna wydana przez dr. inż. W. W. oraz mgr. inż. B. M.;
  - d. Rysunek zatytułowany: „Przekrój projektowany” (dotyczący palowania),
2. Dowody Przystępującego Strabag Sp. z o.o.:
  - a. Dowód nr 1 – porównanie ofert (załącznik do pisma procesowego z dnia 17 maja 2023 r.);

- b. Dowód nr 4 – zestawienie wyjaśnień złożonych przez wykonawców Budimex, PORR, DORACO (załącznik do pisma procesowego z dnia 17 maja 2023 r.);
- c. Dowód nr 5 – wykaz robót budowlanych wykonanych przez Strabag Sp. z o.o. w zakresie budownictwa hydrotechnicznego (załącznik do pisma procesowego z dnia 17 maja 2023 r.);
- d. Dowód nr 6 – koszty wewnętrzne agregatu (załącznik do pisma procesowego z dnia 17 maja 2023 r.);
- e. Dowód nr 7 – dokument wewnętrzny obciążeniem wibromłotem (załącznik do pisma procesowego z dnia 17 maja 2023 r.).

Izba wydając rozstrzygnięcie oparła się tylko na niektórych dowodach, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia wyroku.

### **Stan faktyczny sprawy:**

W zakresie spraw odwoławczych prowadzonych pod sygnaturą akt KIO 1226/23 oraz KIO 1239/23, tj. dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Rozbudowa Nabrzeża Bytomskiego na odcinku ok. 204 mb w Porcie Gdańsk”, Izba uznała następujące okoliczności faktyczne sprawy za istotne:

Wykonawcy Strabag Sp. z o.o. oraz Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. zostali pismami z dnia 17 listopada 2022 r. wezwani do złożenia wyjaśnień ceny. Zamawiający zadał wykonawcom szczegółowe pytania, tj. poprosił o:

- przekazanie szczegółowego wyliczenia oferowanych cen z poz. „Roboty rozbiórkowe – nabrzeże płytowe” oraz poz. „Roboty rozbiórkowe – nabrzeże skarpowe”;
- wskazanie sprzętu przyjętego do rozbiórki istniejącego oczepu i płyty nabrzeża oraz do wyrwania istniejącej żelbetowej i drewnianej ścianki szczelnej oraz do wyrwania istniejących pali żelbetowych;
- wskazanie czy wykonawca wycenił rozbiórki przy użyciu metody „z wody” czy „z lądu”;
- wskazanie kosztów sprzętu przyjętego do pograżenia elementów stalowej ścianki szczelnej (...);
- wskazanie sposobu wyceny pograżenia elementów ścianki szczelnej przy użyciu metody „z wody” czy „z lądu”;

- wskazanie ceny jednostkowej netto wykonania 1mb pala przyjętego w ofercie z wyszczególnieniem ceny jednostkowej materiałów (...).

Tym samym pismem, działając w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający prosił wykonawców o potwierdzenie, że przyjęte w formularzu cenowym pale spełniają wymogi dokumentacji projektowej. Zamawiający sprecyzował przy tym szczegółowe pytania dotyczące zagadnienia.

Wykonawcy złożyli stosowne wyjaśnienia pismami z dnia 24 listopada 2022 r.

Kolejne wezwanie Zamawiającego zostało sformułowane w piśmie z dnia 20 grudnia 2022 r.

Wykonawca DORACO został zapytany o potwierdzenie, że założył w ofercie wykonanie pali zgodnie z dokumentacją projektową. Zamawiający zwrócił uwagę wykonawcy, że jedna z ofert podwykonawczych wskazywała na beton palowy inny niż wynikający z dokumentacji projektowej. Odpowiedź na to wezwanie wykonawca przedłożył w dniu 22 grudnia 2022 r.

Z kolei wobec wykonawcy Strabag Zamawiający sformułował dodatkowe szczegółowe pytania nawiązujące do treści uprzednio złożonych wyjaśnień. Dodatkowe wyjaśnienia zostały złożone przez wykonawcę 23 grudnia 2022 r.

Procedura wyjaśnień dotycząca ww. wykonawców kontynuowana była pismami z dnia 4 stycznia 2023 r. Zamawiający prosił przede wszystkim o potwierdzenie, że w swoich ofertach wykonawcy, zgodnie z dokumentacją przetargową i projektową, uwzględnili wykonanie liczby i długości pali wskazanej w projekcie pod płytą Nabrzeża Bytomskiego oraz pod maszty M1-M4.

Wobec wykonawcy DORACO Zamawiający sformułował dodatkowe pytanie, w związku z wcześniejszymi wyjaśnieniami, które dotyczyły rodzaju betonu zastosowanego do wykonania pali przemieszczeniowych.

Wykonawca Strabag i DORACO przedłożyli stosowne wyjaśnienia pismami odpowiednio z dnia 9 i 10 stycznia 2023 r.

W dniu 20 kwietnia 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Strabag.

Zgodnie z zapisami dokumentacji:

Punkt 3.2 Projektu Wykonawczego: *„Ze względu na mnogość technologii prowadzących do wykonania pala dopuszcza się zastosowanie pali:*

- wierconych wykonanych bez wstrząsowo;
- przemieszczeniowych wykonanych bez wstrząsowo. (...)

*Pale należy wykonać zgodnie z wymaganiami:*

- PN-EN 12699 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale przemieszczeniowe”.
- PN-EN 1536 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Pale wiercone”.

*stanowiących w świetle zapisów Prawa Budowlane obligatoryjny dokument dla uczestników procesu budowlanego.”*

Pytanie nr 232 do SWZ:

*„W związku z tym, że zgodnie z p. 2.2.1 Opisu technicznego (branża hydrotechniczna) dopuszcza się "zmianę układu pali w planie i w przekroju przy zachowaniu ich nośności zewnętrznych oraz wewnętrznych opisanych w punkcie [3.2] niniejszego opracowania" Wykonawca prosi o wyjaśnienie, do jakich wartości nośności pali należy się odnieść, jeśli Wykonawca zamierza zmienić (np. zwiększyć) rozstaw pali w planie i / lub zmienić ilość rzędów pali i / lub ich nachylenie i / lub ilość pali.”*

Odpowiedź na pytanie nr 232 do SWZ:

*„Zgodnie z zapisami projektu wykonawczego, specyfikacji oraz projektowanych postanowień umowy Zamawiający informuje, iż na etapie składania oferty należy uwzględnić ilości, długości oraz średnice pali wskazane w dokumentacji projektowej. Na etapie składania ofert Wykonawca może przyjąć typy pali wskazane w projekcie wykonawczym przy zachowaniu wskazanych poziomów i parametrów, w tym nośności określonych w punkcie 3.2 „Pale” (Projekt wykonawczy, Tom II, Teczka 01, br.hydrotechniczna) akapit 4, przy czym nośności wewnętrzne oraz zewnętrzne przyjętych rozwiązań mają być równe lub wyższe od wskazanych w projekcie. Na etapie realizacji robót Zamawiający dopuszcza przedstawienie przez Wykonawcę dedykowanego projektu technologicznego dotyczącego zmiany ilościowej układu pali w planie i przekroju przy zachowaniu wytycznych projektu wykonawczego i specyfikacji. Procedura dotycząca robót zamiennych określona została w § 16 projektowanych postanowień umowy. Ewentualne zmniejszenie ilości oraz długości pali będzie podlegało rozliczeniu (pomniejszeniu wynagrodzenia) na podstawie kosztorysu różnicowego.”*



Pytanie nr 239 do SWZ:

*„Zważywszy, że udostępnione przez Zamawiającego przedmiary mają wyłącznie charakter informacyjny (pkt. 21.3 SWZ), prosimy o informację, czy w ofercie należy ująć wartość prac z zakresu pali przemieszczeniowych i ścianki szczelnej wyliczoną w oparciu o ilości i długości podane w dokumentacji projektowej (np. projekt budowlany - punkt 4.2.1 opisu technicznego do projektu budowlanego, plan palowania – rys. II\_01\_4\_PLAN ROBÓT KAFAROWYCH*

*Czy może dopuszczalne jest skalkulowanie w Ofercie wartości ww. prac z zachowaniem projektowej technologii ale z przyjęciem mniejszych ilości/długości, wynikających z rzeczywistych warunków gruntowych, zgodnie ze sztuką budowlaną i zasadami charakterystycznymi dla przyjętej technologii wzmocnienia podłoża gruntowego?”*

Odpowiedź na pytanie nr 239 do SWZ:

*„Zgodnie z zapisami projektu wykonawczego, specyfikacji oraz projektowanych postanowień umowy dotyczących Nabrzeża Bytomskiego Zamawiający informuje, iż na etapie składania oferty należy uwzględnić ilości, długości oraz średnice pali wskazane w dokumentacji projektowej. Na etapie składania ofert Wykonawca może przyjąć typy pali wskazane w projekcie wykonawczym przy zachowaniu wskazanych poziomów i parametrów. Na etapie realizacji robót Zamawiający dopuszcza przedstawienie przez Wykonawcę dedykowanego projektu technologicznego dotyczącego zmiany ilościowej układu pali w planie i przekroju przy zachowaniu wytycznych projektu wykonawczego i specyfikacji. Procedura dotycząca robót zamiennych określona została w § 16 projektowanych postanowień umowy. Ewentualne zmniejszenie ilości oraz długości pali będzie podlegało rozliczeniu (pomniejszeniu wynagrodzenia) na podstawie kosztorysu różnicowego. W stosunku do ścianki szczelnej należy odnieść się analogicznie tj. zgodnie z zapisami projektu wykonawczego, specyfikacji oraz projektowanych postanowień umowy. Zamawiający informuje, iż na etapie składania oferty należy uwzględnić ilości/długości wskazane w dokumentacji projektowej. Na etapie składania ofert Wykonawca może przyjąć inny typ elementów składowych systemu kombinowanego wskazanego w dokumentacji projektowej przy zachowaniu wskazanych poziomów i parametrów. Na etapie realizacji robót Zamawiający dopuszcza przedstawienie przez Wykonawcę dedykowanego projektu technologicznego dotyczącego innego rodzaju ścianki kombinowanej przy zachowaniu wytycznych projektu i specyfikacji. Procedura dotycząca robót zamiennych określona została w § 16 projektowanych postanowień umowy. Ewentualne zmniejszenie ilości/ długości elementów ścianki szczelnej będzie podlegało rozliczeniu (pomniejszeniu wynagrodzenia) na podstawie kosztorysu różnicowego.”*

Punkt 6.2 Projektu Budowlanego (Teczka 3):

*„Po wykonaniu robót rozbiórkowych fazy II, należy pogrążyć stalową ściankę szczelną o  $Wx \geq 9\ 735\ \text{cm}^3/\text{m}$  lub  $Wx \geq 7\ 745\ \text{cm}^3/\text{m}$  w zależności od sekcji, zgodnie z technologią właściwą dla danego typu ścianki. Ścianka pogrążana będzie z wody. Szczegółowy sposób pogrążania ścianki, będzie uzgodniony w ramach Nadzoru Autorskiego.”*

Punkt 5.3 SST-02.05 Roboty kafarowe:

*„Ściankę stalową nabrzeża należy wbijać sprzętem pływającym, a ściankę tymczasową sprzętem lądowym. Elementy ścianki należy wbijać parami. Każdą parę wbijanych elementów ścianki należy dokładnie ustawić i wypionować. Przed wbiciem, zamki brusów powinny być dokładnie oczyszczone i ewentualnie posmarowane tłuszczem mineralnym.”*

#### **Uzasadnienie prawne (sygn. akt: KIO 1226/23):**

##### Zarzut nr 1:

Wymagania dotyczące pali zostały szczegółowo opisane w dokumentacji postępowania, tj. w Projekcie Budowlanym, Projekcie Wykonawczym oraz Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych SST-02.05 (roboty kafarowe).

Z Projektu Wykonawczego (punkt 3.2) wynika, że Zamawiający dopuścił realizację pali w technologii wierconej oraz przemieszczeniowej. Zamawiający wskazał przy tym, jakie są kluczowe parametry pali, które muszą pozostać zachowane lub przewyższone, zdefiniował co rozumie przez nośność wewnętrzną i zewnętrzną pala oraz wprowadził wymóg by pale (zarówno wiercone jak i przemieszczeniowe) zostały wykonane zgodnie z normami.

Z powyższego wynika, że przygotowując ofertę, wykonawcy biorący udział w postępowaniu musieli dla określonego rodzaju realizowanych pali przyjąć pewne parametry, których spełnienie było obligatoryjne. Stwierdzenie, że zaoferowane pale nie spełniają ww. wymagań musi natomiast skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zdaniem Izby, zebrany w sprawie materiał dowodowy potwierdza, że pale zaoferowane przez Przystępującego Strabag nie spełniają warunku minimalnej ilości zbrojenia wymaganej normami, czego konsekwencją jest stwierdzenie, że nie został także spełniony warunek nośności wewnętrznej pali przy wskazanych w dokumentacji projektowej założeniach.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia postawionego zarzutu, w pierwszej kolejności Izba pragnie uwypuklić kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego, co wynika m.in. z treści art. 534 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak m.in.: wyrok KIO z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 315/22).

W niniejszej sprawie Odwołujący już w samej treści odwołania przedstawił stosowne wyliczenia, z których wynikało, że przyjęte przez Strabag założenia dotyczące ilości zbrojenia pala są niewystarczające by spełniony został warunek minimalnego przekroju zbrojenia według norm, do których w dokumentacji odwoływał się Zamawiający. Następnie twierdzenia te znalazły oparcie w materiale dowodowym sprawy i potwierdzały, że oferta Strabag jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ przyjęte w ofercie tego wykonawcy rozwiązanie techniczne dotyczące pali, poprzez założenie niewystarczającej ilości stali zbrojeniowej, prowadzi do obniżenia nośności pali względem warunków zamówienia opisanych w pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego dotyczących osiągnięcia wymaganych parametrów nośności pali oraz jest niezgodne z wymaganiami dotyczącymi zachowania zgodności z normami PN-EN 12699 oraz PN-EN 1536 opisanymi w pkt. 3.2 Projektu Wykonawczego.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jego wartość oraz profesjonalny charakter działalności Przystępującego, który w zasadzie bronił swojej oferty (choć pomimo braku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, spór w zasadzie toczył się między Zamawiającym, a Odwołującym), oczekiwać należało, że wobec zebranego w sprawie materiału dowodowego przedstawi on własne dowody, które obalą lub przynajmniej poddadzą w wątpliwość twierdzenia Odwołującego i zebrane w sprawie dowody. Jedynie Przystępujący wskazał w jednym z pism procesowych, że: *„ustalenie nośności wewnętrznej elementu konstrukcyjnego wymaga wykonania obliczeń, dla których założenia przyjmowane są indywidualnie”*. Jednakże podkreślić należy, że obliczenia Odwołującego oparte zostały właśnie o indywidualne założenia Przystępującego. Tymczasem Przystępujący ani Zamawiający nie twierdzili w zasadzie, że wykonane obliczenia są błędne czy też oparte na nieprawidłowych założeniach wynikających z odpowiednich norm.

Uwzględniając powyższe, mając na uwadze stanowiska stron, a także oceniając stosownie do treści art. 542 wiarygodność i moc zebranych dowodów, Izba nie znalazła podstaw by twierdzeniom Odwołującego, które znalazły oparcie w materiale dowodowym, odmówić wiarygodności. Przede wszystkim powodów takich nie dostarczył Izbie Przystępujący i Zamawiający, na których Odwołujący przerzucił ciężar dowodu w zakresie wykazania, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia.

W następnej kolejności odnosząc się do poszczególnych argumentów przedstawianych przez Zamawiającego i Przystępującego w pismach procesowych, Izba pragnie wskazać, że nie znalazły one uznania oczach składu orzekającego.

Z obliczeń Odwołującego popartych opinią znajdującą się w materiale dowodowym wynika, że założenia przyjęte przez Przystępującego dotyczące ilości zbrojenia nie są zgodne z wymaganiami norm. Podkreślić przy tym należy, że niezależnie od typu pala oferowanego przez Przystępującego (przemieszczeniowy czy też wiercony) materiał dowodowy wskazuje na to, że przyjęte założenia nie spełniają wymagań obu norm dla obu typów pali. Co istotniejsze, twierdzenia Odwołującego oparte są o założenia Przystępującego, które opisywał on Zamawiającemu w treści wyjaśnień ceny. Nie ma zatem znaczenia jaki typ pala zaoferował Przystępujący, skoro twierdzenia Odwołującego oparte są właśnie o założenia opisane w szczegółach przez Przystępującego, a więc odnoszące się do konkretnego zaoferowanego typu pala.

Następnie wskazać należy na treść dokumentacji projektowej oraz treść wezwania jakie skierował Zamawiający do Przystępującego. Projekt wykonawczy w punkcie 3.2 wskazywał na konkretne parametry nośności, które muszą zostać spełnione dla pala (Zamawiający zdefiniował co rozumie przez nośność zewnętrzną i wewnętrzną pala). W tym samym punkcie PW wskazuje, że to pale muszą zostać wykonane zgodnie z wymaganiami określonych norm (które odnoszą się m. in. do minimalnej ilości zbrojenia pala). Także w treści wezwań kierowanych do Przystępującego Zamawiający prosił o potwierdzenie określonych parametrów pali (wezwanie nr 1 z dnia 17 listopada 2022 r.)

Treść wezwania Zamawiającego nie budzi wątpliwości. Zamawiający prosił o potwierdzenie zgodności oferowanych pali z warunkami zamówienia m. in. w zakresie nośności oraz zgodności z pozostałymi wymogami dokumentacji. Trzeba więc uznać, że pytanie dotyczyło nie tylko pozycji 4.3 Pale, ale w ogólności odnosiło się do elementu przedmiotu zamówienia, jakim jest wykonanie pali. Przystępujący powinien więc kompleksowo odnieść się do zagadnienia przedstawiając Zamawiającemu niezbędne założenia.

Uwzględniając powyższe, niezrozumiały jest argument Przystępującego o zapewnieniu dodatkowej nośności dzięki pozycji „NADBUDOWA”. Przede wszystkim twierdzenie to nie pojawiło się w przedkładanych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Nie ma zatem podstaw by na obecnym etapie uznać zasadność takiego argumentu.

Ponadto z dokumentacji postępowania, zdaniem Izby, wynika wprost, że to pale muszą spełniać określone parametry i to konstrukcja pala, a nie innych elementów, musi zapewnić ich spełnienie. Przede wszystkim więc pale muszą być zgodne z określonymi normami, które to normy określają minimalną ilość zbrojenia wykonanego pala, a która w efekcie wpływa również na inne jego parametry, jak np. nośność.

Co więcej, zdaniem Izby, twierdzenie Przystępującego, że z dokumentacji nie wynika jednoznacznie, że zachowanie parametru nośności musi być zapewnione wyłącznie przez stal zbrojeniową, jest nietrafione. Z dokumentacji wynika wprost, że pale muszą być wykonane zgodnie z normą, a norma określa minimalną ilość zbrojenia pala. Dokumentacja precyzyjnie wskazuje więc w jaki sposób pale powinny być wykonane i jaką ilość zbrojenia powinny mieć, a co ostatecznie przekłada się również na spełnianie przez nie parametru nośności, który również Zamawiający odnosił do pala, a nie do innych elementów.

Zdaniem Izby argument o tym, że Przystępujący przyjął zbrojenie, które nie jest równomiernie rozłożone, tj. że większa jego ilość została zastosowana w górnej części pala, połączonego konstrukcyjnie (zbrojeniem) z płytą (nadbudowa), co powinno uzasadniać rozłożenie kosztów wzmocnienia również na pozycję „NADBUDOWA”, nie zostało przez Przystępującego nawet uprawdopodobnione. Nawet gdyby przyjąć prawdziwość ww. twierdzenia, co jednak nie wynika z wyjaśnień Przystępującego ani nie zostało w żaden sposób wykazane, to nie ulega wątpliwości, że przyjęte założenia dotyczące ilości stali zbrojeniowej w palu (a nie w NADBUDOWIE) nie spełniają wymagań norm, a co zostało bezspornie wykazane w odwołaniu, a następnie poparte złożonymi dowodami. Ponadto w przypadku wymaganej ilości stali zbrojeniowej nie ma znaczenia rozkład zbrojenia, a po prostu ilość stali, która w przypadku Przystępującego jest mniejsza niż wynikająca z norm. Zaznaczyć przy tym należy, że wszystkie obliczenia oraz dowody Odwołującego opierały się na założeniach przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach ceny.

Uwzględniając zatem zebrany materiał dowodowy oraz oceniając całokształt stanowisk zajętych przez strony w pismach procesowych, a także na rozprawie, zdaniem Izby zarzut należało uwzględnić.

Zarzut nr 2:

a) Jak sam przyznał Odwołujący w treści odwołania, Zamawiający nie wezwał STRABAG do udowodnienia, że ta kluczowa dla zamówienia pozycja nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający zadał Przystępującemu szereg szczegółowych pytań, na które uzyskał odpowiedzi, jednak nie wymagał od Przystępującego przedstawienia szczegółowej kompleksowej kalkulacji prac dla pozycji „Roboty budowlane – prace kafarowe”.

Nie można zatem uznać, w kontekście zaistniałego stanu faktycznego, że na obecnym etapie możliwym do przesądzenia jest to czy cena zaoferowana przez Przystępującego za pozycje „Roboty budowlane – prace kafarowe” jest rażąco niska. W pierwszej kolejności w stosunku do ww. pozycji Przystępujący musiałby złożyć stosowne szczegółowe wyjaśnienia, a dopiero ich negatywna ocena mogłaby ewentualnie doprowadzić do odrzucenia jego oferty z uwagi na rażąco niską cenę oferty.

Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, że istnieją pewne wątpliwości w zakresie wyceny spornych pozycji, jednak uwzględniając okoliczności stanu faktycznego oraz treść zarzutów odwołania, nie można z całą pewnością stwierdzić, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

b) Uwzględnienie wyżej wskazanego zarzutu jest konsekwencją podzielenia przez Izbę argumentacji Odwołującego w zakresie zarzutu z punktu 1 petitum odwołania. Podstawa faktyczna obu zarzutów jest taka sama i prowadzi do wniosku, że Przystępujący przyjął do wyceny robót palowych zaniżone ilości stali zbrojeniowej, a tym samym jego oferta w tym zakresie jest niedoszacowana. Odwołujący wykazał, że nieobjęcie ofertą konkretnych elementów przedmiotu zamówienia wpływa również na zniżenie ceny wykonawcy za tę część prac. Uznać zatem należy, że oprócz art. 226 ust. 1 pkt 5 zastosowanie znajdzie również art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Dodatkowo wskazać należy, że w wezwaniu z dnia 17 listopada 2022 r. Zamawiający wprost zapytał o koszty wykonania 1mb pala z wyszczególnieniem m. in. cen materiałów. Z tego względu odpowiadając na tak sformułowane wezwanie, obowiązkiem Przystępującego było kompleksowe odniesienie się do kwestii kosztów związanych z palami. Jeśli Przystępujący zakładał, jak twierdzi obecnie, że koszty związane z palami skalkulował także w pozycji „Nadbudowa”, to właśnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego takie twierdzenie powinno było się znaleźć, co jednak nie miało miejsca. Biorąc więc pod uwagę treść przedłożonych wyjaśnień należy uznać, że całość kosztów związanych z palami została skalkulowana właśnie w pozycji 4.3.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała postawiony zarzut za zasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołanie, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie okazało się zasadne całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi zatem Zamawiający w całości. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz noclegu w wysokości 4665,87 ustalone na podstawie rachunków oraz spisu kosztów (łącznie 24 665,87 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 24 665,87 zł, tymczasem w całości odpowiadał za nie zamawiający. Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego ww. kwotę.

#### **Uzasadnienie prawne (sygn. akt: KIO 1239/23):**

##### **Zarzut 1.1 (1):**

Wymagania dotyczące pali zostały szczegółowo opisane w dokumentacji postępowania, tj. w Projekcie Budowlanym, Projekcie Wykonawczym oraz Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych SST-02.05 (roboty kafarowe).

Z Projektu Wykonawczego (punkt 3.2) wynika, że Zamawiający dopuścił realizację pali w technologii wierconej oraz przemieszczeniowej. Zamawiający wskazał przy tym, jakie są kluczowe parametry pali, które muszą pozostać zachowane lub przewyższone, zdefiniował co rozumie przez nośność wewnętrzną i zewnętrzną pala oraz wprowadził wymóg by pale (zarówno wiercone jak i przemieszczeniowe) zostały wykonane zgodnie z normami.

Z powyższego wynika, że przygotowując ofertę, wykonawcy biorący udział w postępowaniu musieli dla określonego rodzaju realizowanych pali przyjąć pewne parametry, których spełnienie było obligatoryjne. Stwierdzenie, że zaoferowane pale nie spełniają ww. wymagań musi natomiast skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zdaniem Izby, w niniejszej sprawie Odwołujący wykazał, że pale zaoferowane przez Przystępującego Strabag nie spełniają warunku minimalnej ilości zbrojenia wymaganej

normami, czego konsekwencją jest stwierdzenie, że nie został także spełniony warunek nośności wewnętrznej pali przy wskazanych w dokumentacji projektowej założeniach.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia postawionego zarzutu, w pierwszej kolejności Izba pragnie uwypuklić kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego, co wynika m.in. z treści art. 534 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak m.in.: wyrok KIO z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 315/22).

W niniejszej sprawie Odwołujący dla poparcia swoich twierdzeń dotyczących niezgodności oferty wykonawcy Strabag z warunkami zamówienia w zakresie pali przedstawił szereg dowodów. Odwołujący już w samej treści odwołania przedstawił stosowne wyliczenia, z których wynikało, że przyjęte przez Strabag założenia dotyczące ilości zbrojenia pala są niewystarczające by spełniony został warunek minimalnego przekroju zbrojenia według norm, do których w dokumentacji odwoływał się Zamawiający. Następnie twierdzenia te poparte zostały przedłożonymi opiniami, których wnioski popierały tezę odwołania, że oferta Strabag jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ przyjęte w ofercie tego wykonawcy rozwiązanie techniczne dotyczące pali, poprzez założenie niewystarczającej ilości stali zbrojeniowej, prowadzi do obniżenia nośności pali względem warunków zamówienia opisanych w pkt. 3.2. Projektu Wykonawczego dotyczących osiągnięcia wymaganych parametrów nośności pali oraz jest niezgodne z wymaganiami dotyczącymi zachowania zgodności z normami PN-EN 12699 oraz PN-EN 1536 opisanymi w pkt. 3.2 Projektu Wykonawczego.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jego wartość oraz profesjonalny charakter działalności Przystępującego, który w zasadzie bronił swojej oferty (choć pomimo braku uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, spór w zasadzie toczył się między Zamawiającym, a Odwołującym), oczekiwać należało, że przeciwstawi on wyliczeniom i opiniom Odwołującego własne wyliczenia i dowody, które obalą lub przynajmniej poddadzą w wątpliwość twierdzenia i dowody Odwołującego. Jedynie Przystępujący wskazał w jednym z pism procesowych, że: *„ustalenie nośności wewnętrznej elementu konstrukcyjnego wymaga wykonania obliczeń, dla których założenia przyjmowane są indywidualnie”*. Jednakże podkreślić należy, że obliczenia Odwołującego oparte zostały właśnie o



indywidualne założenia Przystępującego. Tymczasem Przystępujący ani Zamawiający nie twierdzili w zasadzie, że wykonane obliczenia są błędne czy też oparte na nieprawidłowych założeniach wynikających z odpowiednich norm.

Uwzględniając powyższe, mając na uwadze stanowiska stron, a także oceniając stosownie do treści art. 542 wiarygodność i moc dowodów, Izba nie znalazła podstaw by twierdzeniom i dowodom przedstawionym przez Odwołującego odmówić wiarygodności. Przede wszystkim powodów takich nie dostarczył Izbie Przystępujący i Zamawiający, na których Odwołujący przerzucił ciężar dowodu w zakresie wykazania, że oferta Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia.

W następnej kolejności odnosząc się do poszczególnych argumentów przedstawianych przez Zamawiającego i Przystępującego w pismach procesowych, Izba pragnie wskazać, że nie znalazły one uznania oczach składu orzekającego.

Z obliczeń Odwołującego popartych opiniami wynika, że założenia przyjęte przez Przystępującego dotyczące ilości zbrojenia nie są zgodne z wymaganiami norm. Podkreślić przy tym należy, że niezależnie od typu pala oferowanego przez Przystępującego (przemieszczeniowy czy też wiercony) Odwołujący wykazał, że przyjęte założenia nie spełniają wymagań obu norm dla obu typów pali. Co istotniejsze, twierdzenia i dowody Odwołującego oparte są o założenia Przystępującego, które opisywał on Zamawiającemu w treści wyjaśnień ceny. Nie ma zatem znaczenia jaki typ pala zaoferował Przystępujący, skoro twierdzenia Odwołującego oparte są właśnie o założenia opisane w szczegółach przez Przystępującego, a więc odnoszące się do konkretnego zaoferowanego typu pala.

Następnie wskazać należy na treść dokumentacji projektowej oraz treść wezwania jakie skierował Zamawiający do Przystępującego. Projekt wykonawczy w punkcie 3.2 wskazywał na konkretne parametry nośności, które muszą zostać spełnione dla pala (Zamawiający zdefiniował co rozumie przez nośność zewnętrzną i wewnętrzną pala). W tym samym punkcie PW wskazuje, że to pale muszą zostać wykonane zgodnie z wymaganiami określonych norm (które odnoszą się m. in. do minimalnej ilości zbrojenia pala). Także w treści wezwania z dnia 18 listopada 2023 r. Zamawiający prosił Przystępującego o potwierdzenie określonych parametrów pali.

Treść wezwania Zamawiającego nie budzi wątpliwości. Zamawiający prosił o potwierdzenie zgodności oferowanych pali z warunkami zamówienia m. in. w zakresie nośności oraz zgodności z pozostałymi wymogami dokumentacji. Trzeba więc uznać, że pytanie dotyczyło nie tylko pozycji 4.3 Pale, ale w ogólności odnosiło się do elementu przedmiotu zamówienia,

jakim jest wykonanie pali. Przystępujący powinien więc kompleksowo odnieść się do zagadnienia przedstawiając Zamawiającemu niezbędne założenia.

Uwzględniając powyższe, niezrozumiały jest argument Przystępującego o zapewnieniu dodatkowej nośności dzięki pozycji „NADBUDOWA”. Przede wszystkim twierdzenie to nie pojawiło się w przedkładanych Zamawiającemu wyjaśnieniach. Nie ma zatem podstaw by na obecnym etapie uznać zasadność takiego argumentu.

Ponadto z dokumentacji postępowania, zdaniem Izby, wynika wprost, że to pale muszą spełniać określone parametry i to konstrukcja pala, a nie innych elementów, musi zapewnić ich spełnienie. Przede wszystkim więc pale muszą być zgodne z określonymi normami, które to normy określają minimalną ilość zbrojenia wykonanego pala, a która w efekcie wpływa również na innego jego parametry, jak np. nośność.

Co więcej, zdaniem Izby, twierdzenie Przystępującego, że z dokumentacji nie wynika jednoznacznie, że zachowanie parametru nośności musi być zapewnione wyłącznie przez stal zbrojeniową, jest nietrafione. Z dokumentacji wynika wprost, że pale muszą być wykonane zgodnie z normą, a norma określa minimalną ilość zbrojenia pala. Dokumentacja precyzyjnie wskazuje więc w jaki sposób pale powinny być wykonane i jaką ilość zbrojenia powinny mieć, a co ostatecznie przekłada się również na spełnianie przez nie parametru nośności, który również Zamawiający odnosił do pala, a nie do innych elementów.

Zdaniem Izby argument o tym, że Przystępujący przyjął zbrojenie, które nie jest równomiernie rozłożone, tj. że większa jego ilość została zastosowana w górnej części pala, połączonego konstrukcyjnie (zbrojeniem) z płytą (nadbudowa), co powinno uzasadniać rozłożenie kosztów wzmocnienia również na pozycję „NADBUDOWA”, nie zostało przez Przystępującego nawet uprawdopodobnione. Nawet gdyby przyjąć prawdziwość ww. twierdzenia, co jednak nie wynika z wyjaśnień Przystępującego ani nie zostało w żaden sposób wykazane, to nie ulega wątpliwości, że przyjęte założenia dotyczące ilości stali zbrojeniowej w palu (a nie w NADBUDOWIE) nie spełniają wymagań norm, a co zostało bezspornie wykazane w odwołaniu, a następnie poparte złożonymi dowodami. Ponadto w przypadku wymaganej ilości stali zbrojeniowej nie ma znaczenia rozkład zbrojenia, a po prostu ilość stali, która w przypadku Przystępującego jest mniejsza niż wynikająca z norm. Zaznaczyć przy tym należy, że wszystkie obliczenia oraz dowody Odwołującego opierały się na założeniach przedstawionych przez Przystępującego w wyjaśnieniach ceny.

Uwzględniając zatem inicjatywę dowodową podjętą przez strony postępowania odwoławczego oraz oceniając całokształt stanowisk przez nie zajętych w pismach procesowych, a także na rozprawie, zdaniem Izby zarzut należało uwzględnić.

### Zarzut 1.1 (2):

Za zasadny Izba uznała również zarzut z punktu 1.1 (2) w części dotyczącej nieuwzględnienia w ofercie Strabag jednostek sprzętu wymaganych dla pogrążania ścianki szczelnej metodą „z wody” tj. przy wykorzystaniu sprzętu pływającego.

W części opisowej wyjaśnień z dnia 24 listopada 2022 r. Przystępujący wskazał wprost, że wycenił pogrążanie elementów stalowej ścianki szczelnej metodą „z wody”, a koszty pracy sprzętu pływającego wycenił w kosztach ogólnych budowy.

Jednocześnie powyższe założenie jest niezgodne z ogólną metodologią wyceny jaką przyjął i opisał w wyjaśnieniach ceny Przystępujący oraz ze szczegółowymi metodami wyceny dla konkretnych pozycji kosztorysowych. Zauważyć bowiem należy, że w tych samych wyjaśnieniach Przystępujący wskazał na str. 12, że do kosztów ogólnych realizacji Inwestycji, zaliczają się takie koszty jak: zaplecze budowy, kosztów ochrony, dostaw mediów, kosztów personelu technicznego, kosztów geodezji, badań betonu, nadzorów i opracowań niezbędnych w trakcie prowadzonych prac oraz narzutów i zysku przedsiębiorstwa. Nie ma wyszczególnionych tutaj kosztów pracy sprzętu, co nakazuje twierdzić, że koszt ten jest kosztem bezpośrednim wykonania określonej pozycji.

O niewiarygodności wyjaśnień Przystępującego dotyczących ujęcia kosztów sprzętu pływającego dla pogrążenia ścianki metodą „z wody” w kosztach ogólnych budowy świadczy również to, że w treści tych samych wyjaśnień, odpowiadając na punkt Ad. 4, wskazuje koszty sprzętu przyjętego do pogrążania elementów stalowych ścianki szczelnej jako koszt bezpośredni. W przypadku tego punktu nie pojawia się adnotacja, że koszty te zostały ujęte w kosztach ogólnych budowy.

Z powyższego wynika, że na etapie wypełniania formularza cenowego oraz składania wyjaśnień ceny, Przystępujący koszty sprzętu traktował jak koszty bezpośrednie. Dopiero w wyniku wątpliwości zasygnalizowanych przez Zamawiającego, Przystępujący zmienił podejście i wyjaśniał, że koszty sprzętu niezbędnego do pogrążenia ścianki metodą „z wody” kalkulował w kosztach ogólnych budowy. Przyczynę zmiany podejścia można upatrywać jedynie w tym, że po prostu kosztów tych na etapie kalkulowania oferty nie uwzględnił we właściwej pozycji formularza cenowego, odsyłającej do odpowiedniej pozycji kosztorysowej.

Tymczasem Zamawiający wymagał od oferentów wypełnienia formularza cenowego poprzez przypisanie do danej pozycji formularza – kosztów związanych z wykonaniem danego zakresu prac. Jednocześnie koszty takie były powiązane z zakresem prac szczegółowo opisanym w przedmiarze robót. Z powyższego wynika, że koszty wykonania prac

składających się na daną pozycję, powinny być skalkulowane właśnie w ramach tejże pozycji.

O prawidłowości przyjęcia wyżej wskazanego zapatrywania świadczą również postanowienia wzoru umowy, która w § 9 pkt 16 w zw. z § 15 ust. 3 pkt 1 precyzuje, że m. in. wynagrodzenie za roboty dodatkowe będzie ustalane w oparciu o ceny jednostkowe wskazywane uprzednio przez wykonawców w formularzu cenowym. Zatem ww. sposób kalkulacji stanowił bezwzględny obowiązek wykonawców składających ofertę.

Z tego względu Izba podzieliła zapatrywanie Odwołującego, że biorąc pod uwagę koszty wskazane w formularzu cenowym Przystępującego dla prac z pozycji 4.2 i przedkładane przez niego wyjaśnienia ceny należy stwierdzić, że jego oferta w ramach tejże pozycji nie uwzględnia kosztów sprzętu niezbędnych do wykonania pogrążenia ścianki szczelnej metodą „z wody”, a tym samym jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wskazać bowiem należy, że ocena oferty wykonawcy powinna być skorelowana z wymaganiami Zamawiającego, ustalonymi w SWZ, co do sposobu prezentacji oferty oraz informacji potwierdzających, iż spełnia ona te właśnie wymagania. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, że oferta Przystępującego nie spełniała wymagań Zamawiającego wyszczególnionych w SWZ, a tym samym należy ją uznać za niezgodną z warunkami zamówienia, co stanowi podstawę do jej odrzucenia.

Z kolei za niewykazany Izba uznała ww. zarzut w części dotyczącej nieuwzględnienia w ofercie zakresu prac dotyczącego pogrążania stalowych ścianek szczelnych i zakładania ściągów kotwiących.

Jak wskazuje się w orzecznictwie niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ. Ponadto zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia.

W ramach niniejszego zarzutu Odwołujący opiera twierdzenie o niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia jedynie na nieprawidłowej jego zdaniem wycenie określonych prac, dodatkowo posiłkując się danymi zaczerpniętymi z wyjaśnień ceny tego wykonawcy przedkładanych w innym postępowaniu. Powyższe stanowi ewentualną

podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, a nie w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Dla skutecznego postawienia zarzutu niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, Odwołujący musiałby wykazać, że przyjęte przez jego konkurenta założenia albo dane do kalkulacji ceny potwierdzają, że w istocie zaoferowane przez niego świadczenie na rzecz Zamawiającego nie jest tym, którego Zamawiający oczekiwał (tak jak w przypadku zarzutu z punktu 1.1 (2) w części dotyczącej pogrążenia ścianki metodą „z wody”, tj. przy wykorzystaniu sprzętu pływającego), tj. że przedstawiona przez niego wycena nie obejmowała wszystkich warunków realizacji zamówienia.

W niniejszej sprawie Odwołujący nie wykazał bezspornie, że Przystępujący nie zaoferował zakresu prac dotyczącego pogrążania stalowych ścianek szczelnych i zakładania ściągów kotwiących, a jedynie podjął próbę wykazania, że cena za wykonanie ww. elementów jest zbyt niska, co jednak nie świadczy o tym, że oferta Przystępującego w tym zakresie jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wobec powyższego, zdaniem Izby, zarzut należało oddalić.

#### Zarzut 1.2 (1):

Uwzględnienie wyżej wskazanego zarzutu jest konsekwencją podzielenia przez Izbę argumentacji Odwołującego w zakresie zarzutu z punktu 1.1 (1). Podstawa faktyczna obu zarzutów jest taka sama i prowadzi ona do wniosku, że Przystępujący przyjął do wyceny robót palowych zaniżone ilości stali zbrojeniowej, a tym samym jego oferta w tym zakresie jest niedoszacowana. Odwołujący wykazał, że nieobjęcie ofertą konkretnych elementów przedmiotu zamówienia wpływa również na zniżenie ceny wykonawcy za tę część prac. Uznać zatem należy, że oprócz art. 226 ust. 1 pkt 5 zastosowanie znajdzie również art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP.

Dodatkowo wskazać należy, że w wezwaniu z dnia 17 listopada 2022 r. Zamawiający wprost zapytał o koszty wykonania 1mb pala z wyszczególnieniem m. in. cen materiałów. Z tego względu odpowiadając na tak sformułowane wezwanie, obowiązkiem Przystępującego było kompleksowe odniesienie się do kwestii kosztów związanych z palami. Jeśli Przystępujący zakładał, jak twierdzi obecnie, że koszty związane z palami skalkulował także w pozycji „Nadbudowa”, to właśnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego takie twierdzenie powinno było się znaleźć, co jednak nie miało miejsca. Biorąc więc pod uwagę treść przedłożonych wyjaśnień należy uznać, że całość kosztów związanych z palami została skalkulowana właśnie w pozycji 4.3.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała postawiony zarzut za zasadny.

### Zarzut 1.2 (2):

W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący podjął próbę wykazania, że cena za wykonanie ww. elementów jest zbyt niska, co miałyby stanowić podstawę do odrzucenia oferty Przystępującego jako zawierającej cenę rażąco niską. Wskazać jednak należy, że zasadnicza część argumentacji Odwołującego opiera się na założeniach przyjętych przez wykonawcę Strabag, ale w innym toczącym się postępowaniu. W procedurze wyjaśnień ceny prowadzonej w ramach postępowania, którego dotyczy rozpatrywane odwołanie, wykonawca Strabag w zasadzie nie wyjaśniał kwestionowanych przez Odwołującego elementów. Z tego względu stwierdzenie, że zaoferowana za nie cena jest rażąco niska, nie jest możliwe na obecnym etapie. Zgodnie przyjmuje się w orzecznictwie, że odrzucenie oferty z uwagi na rażąco niską cenę możliwe jest po uprzednim umożliwieniu oferentowi złożenia wyjaśnień. Skoro więc de facto kwestionowane przez Odwołującego elementy nie podlegały wyjaśnieniu, nie ma obecnie podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy Strabag na wnioskowanej podstawie.

Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, że istnieją pewne wątpliwości w zakresie wyceny spornych pozycji, jednak uwzględniając okoliczności stanu faktycznego oraz treść zarzutów odwołania, nie można z całą pewnością stwierdzić, że mamy do czynienia z ceną rażąco niską. Wobec powyższego zarzut należało oddalić.

### Zarzut 1.3:

W pierwszej kolejności zasadnym jest podkreślenie, że ww. zarzut miał charakter ogólny i odnosił się do całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych przez Przystępującego Strabag. Odwołujący przedmiotowy zarzut potraktował kompleksowo, starając się uzasadnić tezę, że składane przez Przystępującego wyjaśnienia nie uzasadniały podanej w ofercie ceny, a tym samym były niezgodne z dyspozycją art. 224 ust. 6 ustawy PZP. Jednocześnie Odwołujący, oprócz ww. ogólnego zarzutu, stawiał również zarzuty bardziej szczegółowe, odnoszące się do poszczególnych składników ceny za realizację przedmiotu zamówienia, które Izba rozpatrywała niezależnie od omawianego w tym miejscu zarzutu ogólnego.

Przechodząc do merytorycznego rozpatrzenia postawionego zarzutu należy podkreślić, że zgodnie z dyspozycją art. 224 ust. 6 ustawy PZP, odrzuceniu jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu. Wezwanie skierowane do wykonawcy, w trybie art. 224 ustawy Pzp, oznacza, że jest on zobowiązany do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wykonawca ma więc obowiązek złożenia wyczerpujących wyjaśnień, a

złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Są one bowiem składane celem stwierdzenia, że podejrzenie zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Wykonawca zobowiązany jest nie tylko do przedstawienia argumentów dotyczących zaoferowanej ceny ale również do przedstawienia dowodów na ich poparcie, tak aby na ich podstawie zamawiający mógł zweryfikować złożone wyjaśnienia. Zgodnie z ugruntowaną już linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej "wyjaśnienia wykonawcy nie mogą stanowić jedynie formalnej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, zawierającej ogólne informacje o działalności wykonawcy lub deklaracje co do realizacji zamówienia za zaoferowaną cenę, niepoparte stosownymi dowodami. Wyjaśnienia wykonawcy muszą być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać." (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 2664/19).

Ze względu na objęcie znacznej części wyjaśnień ceny Przystępującego tajemnicą przedsiębiorstwa, Izba odniesie się do nich w sposób ogólny.

Zdaniem Izby, przedstawione przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami były na tyle wyczerpujące, że zamawiający miał prawo stwierdzić wypełnienie przez przystępującego obowiązku wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Izba po analizie wyjaśnień złożonych przez przystępującego oraz dowodów do nich załączonych, a także uwzględniając stanowiska przedstawione w toku postępowania odwoławczego stwierdziła, że stopień szczegółowości wyjaśnień złożonych przez Przystępującego oraz poparcie poszczególnych elementów wyjaśnień dowodami nie pozwalają na stwierdzenie, że wyjaśnienia Przystępującego nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w stopniu pozwalającym na odrzucenie oferty.

Powyższe twierdzenie postawione jest oczywiście z zastrzeżeniem odesłania do uzasadnienia zarzutów bardziej szczegółowych, które odnosiły się do poszczególnych składników ceny oferty Przystępującego, które Izba rozpatrywała indywidualnie.

Wobec powyższego przedmiotowy zarzut należało oddalić.

#### Zarzut 1.5:

Zważywszy na skomplikowaną naturę realizowanego zamówienia oraz złożoność dokumentacji projektowej zasadnym było przypisanie poszczególnym dokumentom określonej hierarchii, co też Zamawiający uczynił, wskazując we wzorze umowy w §24 ust. 13, że w razie rozbieżności między umową a załącznikami do niej, należy stosować

określoną hierarchię dokumentów. Z ww. Zamawiający najwyżej wskazał na Projekt Wykonawczy (PW), następnie na Specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót (SST), a na końcu na Projekt Budowlany (PB).

W niniejszej sprawie zapisy o metodzie pogrążania ścianki znajdują się jedynie w PB (punkt 6.2) oraz SST (punkt 5.3), które wprost wskazują, że ścianka pogrążana będzie z wody przy użyciu sprzętu pływającego.

W zasadzie nie było spornym, że stojący najwyżej w hierarchii ww. dokumentów PW, nie zawiera żadnych zapisów dotyczących metody pogrążania ścianki. Za obowiązujące w tym zakresie uznać więc należy zapisy PB oraz SST.

W związku z powyższym należy dojść do wniosku, że w przypadku nabrzeża bytomskiego, odmiennie niż w przypadku nabrzeża rudowego, jedyną dopuszczoną metodą pogrążenia ścianki szczelnej, jest metoda „z wody”. Zdaniem Izby zupełnie nieuprawnione są twierdzenia, jakoby brak zapisów zabraniających wykonanie pogrążenia metodą „z wody” w PW, świadczył o dopuszczeniu tej metody. Zamawiający ani przystępujący nie wskazali na zapisy PW, które odmiennie niż PB i SST opisywałyby metody pogrążenia.

Należy więc uznać, że w braku uregulowania danej kwestii w PW, należy brać pod uwagę zapisy dokumentów znajdujących się niżej w hierarchii. Te z kolei wprost wskazują na metodę „z wody” jako jedyną dopuszczoną dla pogrążenia ścianki szczelnej.

W wyjaśnieniach z dnia 24 listopada 2022 r. wykonawca Doraco wprost wyjaśnił, że wycenił prace obejmujące pogrążanie stalowej ścianki szczelnej przy użyciu metody „z ładu”.

Skoro sposób realizacji zamówienia, który deklaruje Doraco jest w sposób ewidentny niezgodny z warunkami zamówienia, oznacza to, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia co do sposobu jego realizacji i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy PZP.

Wobec tego zarzut należało uwzględnić.

#### Zarzut 1.6:

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy PZP w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.



Z powyższego przepisu wynika, że w przypadku gdy zamawiający poweźmie jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty, może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty (tak: wyrok KIO z 20 grudnia 2021 r., KIO 3555/21).

W niniejszej sprawie wątpliwości, jakie powziął Zamawiający wynikały z tego, że jedna z ofert podwykonawczych załączonych do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mająca potwierdzić rzetelność poziomu wyceny betonu, wskazywała na parametry betonu inne niż wynikające z dokumentacji projektowej.

W odpowiedzi na pytanie Zamawiającego wykonawca DORACO potwierdził zgodność oferowanego betonu z wymaganiami określonymi w dokumentacji projektowej, załączając stosowne dowody. W żadnym miejscu składanych wyjaśnień Przystępujący nie dokonał zmiany pierwotnie złożonej oferty, a jedynie rozwiął wątpliwości Zamawiającego, czemu właśnie służy procedura przewidziana w art. 223 ust. 1 ustawy PZP.

Po analizie złożonych wyjaśnień i załączonych do nich dowodów, Izba doszła do przekonania, że jedynym skutkiem wyjaśnień złożonych przez Przystępującego było wykazanie prawidłowości treści złożonej przez niego oferty, bez wykroczenia poza jej granice. Tym samym nie miały miejsca niedozwolone na gruncie art. 223 ust. 1 negocjacje treści oferty, a sama procedura wyjaśnień była przeprowadzona w zgodzie z przepisami.

#### Zarzut 1.7:

Zdaniem Izby na uwzględnienie zasługiwał także ogólny zarzut rażąco niskiej ceny skierowany wobec oferty wykonawcy DORACO.

W pierwszej kolejności Izba pragnie zwrócić uwagę na pewne naczelne zasady dotyczące składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz ich późniejszej oceny przez instytucję zamawiającą.

Przede wszystkim wyjaśnienia składane przez wykonawców ubiegających się o uzyskanie zamówienia w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP powinny w sposób wyczerpujący i konkretny wykazywać możliwość wykonania zamówienia na warunkach określonych w SWZ za cenę wskazaną w ofercie. Wykonawca wezwany w trybie art. 224 ust. 1 ww. ustawy jest zobowiązany na tyle szczegółowo wyjaśnić względy, dla

których był uprawniony zaoferować taką cenę, by Zamawiający nie miał już podstaw mieć w tej sprawie wątpliwości (tak: wyrok z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 113/22).

Po drugie, wyjaśnienia powinny być poparte dowodami. Dowody te powinny potwierdzać ponoszone przez wykonawcę koszty i okoliczności umożliwiające ich obniżenie o konkretną wartość w stosunku do poziomu rynkowego/oszacowanego przez zamawiającego (tak: wyrok z dnia 4 lutego 2022 r., KIO 115/22).

Po trzecie, składane wyjaśnienia powinny być precyzyjne i rzeczowe. Mnożenie ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożenia niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnym położeniu jego bazy czy siedziby, etc. (...) przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Informacja taka może być traktowana jedynie jako dopełnienie i tło dla bardziej konkretnych i wymiernych danych podawanych w ramach wyjaśnień, a nie ich podstawa czy zasadnicza treść. Informacje podawane w wyjaśnieniach powinny być więc na tyle konkretne, aby możliwe było ich przynajmniej przybliżone przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności (tak: wyrok z dnia 25 lutego 2015 r., KIO 178/15).

Istotną okolicznością jest również to, że wyjaśnienia mają odpowiadać treści wezwania sformułowanego przez Zamawiającego. Ze względu na doniosłe skutki, jakie wywołać może procedura wyjaśniania rażąco niskiej ceny (odrzućenie oferty, następstwem czego jest brak możliwości uzyskania zamówienia i zysku z jego realizacją) wykonawca nie może się domyślać podstaw skierowanego do niego wezwania. Przeciwnie - treść wezwania powinna wykonawcy pozwolić na dobór odpowiedniej argumentacji i dowodów, które łącznie pozwolą przekonać zamawiającego o braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na rażąco niską cenę (tak: wyrok z dnia 17 marca 2021 r., KIO 520/21).

W związku z powyższym, wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywaniemu do wyjaśnień wykonawcy, spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać (tak: wyrok z dnia 16 marca 2021 r., KIO 293/21). Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane

oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny, pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczególności wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania.

Przechodząc od powyższych ogólnych uwag na grunt analizowanej sprawy, w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na treść wezwania skierowanego przez Zamawiającego do wykonawcy DORACO. Zamawiający oprócz szczegółowych pytań od 1 do 6, wyraził swoje wątpliwości w stosunku do całej ceny oferty. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że wykonawca ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia w zakresie kosztów pracy i zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy oraz dodał, czego zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy PZP mogą dodatkowo dotyczyć wyjaśnienia.

Nie ulega wątpliwości, że wykonawca DORACO lakonicznie, ale jednak adekwatnie do treści zadanych pytań, odpowiedział na szczegółowe zagadnienia poruszone przez Zamawiającego. Nie ma zatem podstaw by z tego powodu wyciągać wobec niego konsekwencje, skoro treścią wezwania nie był zobowiązany do obszerniejszych odpowiedzi na zadane pytania.

Jeśli chodzi o pozostałą część wyjaśnień wykonawcy DORACO, zdaniem Izby wyjaśnienia złożone przez tego wykonawcę w reakcji na wezwanie Zamawiającego były lakoniczne i ogólnikowe, nic nie wносиły do sprawy i w zasadzie nie uzasadniły całkowitej ceny oferty, wobec której swoje wątpliwości wyraził Zamawiający, a zatem zostały złożone w sposób, który nie odpowiada wyżej opisanym zasadom wyjaśniania ceny.

Tak naprawdę wyjaśnienia wykonawcy w stosunku do całkowitej ceny oferty sprowadzają się do ogólnych twierdzeń, że oferowana przez tego wykonawcę cena nie jest rażąco niska, a przyjęte założenia kalkulacyjne pozwolą mu na uzyskanie zysku.

Nie sposób jednak uznać, że tego typu twierdzenia precyzyjnie i w sposób rozwiewający wątpliwości Zamawiającego, wyjaśniają dlaczego wykonawca DORACO zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w formularzu ofertowym.

W następnej kolejności DORACO odpowiada na szczegółowe pytania Zamawiającego, wskazując przy tym na dowody potwierdzające przyjęte założenia. Co istotne, spośród 5 dowodów, 4 dotyczą szczegółowych pytań Zamawiającego. Tylko odtajniony załącznik nr 5 odnosi się do wyjaśnień ceny całkowitej, jednak zdaniem Izby, nie można go traktować jako rzetelnego dowodu na poparcie przyjętej kalkulacji ceny całkowitej oferty – jest to bowiem wykaz sprzętu przeznaczonego na realizację zadania. Dysponowanie określonym sprzętem

stanowi zapewne istotny element kalkulacyjny, jednak nawet z treści załącznika nr 5 nie wiadomo w jaki sposób dysponowanie określoną ilością sprzętu pozwoliło wykonawcy na obniżenie ceny całkowitej. Dowód ten potwierdza jedynie to, że wykonawca dysponuje określonym sprzętem.

W punkcie 7 wyjaśnień, dotyczącym kosztów pracy, wykonawca DORACO wskazuje, że ilość zatrudnianych przez niego wykwalifikowanych pracowników jest optymalna, a przyjęte koszty pracy nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę ani od minimalnej stawki godzinowej. Nie sposób uznać, że tego typu wyjaśnienia stanowią wystarczające wyjaśnienie kosztów pracy. Wykonawca DORACO nie dołożył choćby minimalnych starań by powyższe twierdzenie wykazać i przykładowo: wskazać jacy pracownicy będą skierowani do realizacji zamówienia lub załączyć jako dowód przykładową umowę o pracę czy też przedstawić kalkulację jak wyglądają koszty pracy na tle całkowitej ceny oferty. Wyjaśnienia wykonawcy nic nie wnoszą do sprawy i tak naprawdę nie tłumaczą niczego, a na pewno nie rozwiewają wątpliwości jakich nabral Zamawiający kierując wezwaniem do wyjaśnienia ceny.

Dalsze punkty wyjaśnień tylko utwierdzają Izbę w przekonaniu, że ogólny zarzut rażąco niskiej ceny jest w pełni uzasadniony. Treść wyjaśnień jest ogólnikowa i nieadekwatna do skomplikowanego charakteru zamówienia, ale również do poziomu wyjaśnień przedkładanych w toku postępowania przez innych wykonawców.

Wykonawca DORACO nie podjął nawet minimalnego wysiłku by przedstawić jakąkolwiek szczegółową kalkulację ceny czy też uzasadnić co wpłynęło na możliwość jej obniżenia. Znamienne są również wyjaśnienia kosztów pracy, których Zamawiający obligatoryjnie wymagał od wykonawcy, a które swoim poziomem nie odpowiadają profesjonalnemu charakterowi działalności, jaką prowadzi wykonawca.

Wobec powyższego Izba uznała, że wykonawca DORACO nie obalił ciężącego na nim domniemania ceny rażąco niskiej, a tym samym jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Jak bowiem stanowi art. 224 ust. 6 ustawy PZP odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Wobec powyższego postawiony zarzut należało uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych

rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Odwołanie, w zakresie rozpoznawanym merytorycznie okazało się zasadne w części 4/6 oraz niezasadne w części 2/6. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi zatem Odwołujący w części 2/6 i Zamawiający w części 4/6. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w łącznej kwocie 3.600,00 zł ustalone na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy (łącznie 23.600,00 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 23.600,00 zł tytułem wpisu od odwołania oraz kosztów pełnomocnika, tymczasem odpowiadał za nie do wysokości 7 867 zł (23 600 x 2/6). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 733 zł stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami postępowania odwoławczego poniesionymi przez odwołującego, a kosztami za jakie odwołujący odpowiadał w świetle jego wyniku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....