

Sygn. akt: KIO 3034/23

WYROK

z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz
Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2023 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Gülermak sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Adýr Sanayi Ýnaat ve Taahhüt A.. z siedzibą w Ankara, Turcja** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale **wykonawcy PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Gülermak sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Adýr Sanayi Ýnaat ve Taahhüt A.. z siedzibą w Ankara, Turcja i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Gülermak sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Adýr Sanayi Ýnaat ve Taahhüt A.. z siedzibą w Ankara, Turcja tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Gülermak sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Adýr Sanayi Ýnaat ve Taahhüt A.. z siedzibą w Ankara, Turcja na rzecz zamawiającego Centralnego Portu Komunikacyjnego sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Port Komunikacyjny sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Budowa konstrukcji oporowej komory „Retkinia” oraz konstrukcji oporowej komory rozjazdowej „Fabryczna” w ramach Projektu wew.: „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14” (nr postępowania FZA.2510.47.2023/RP/48)*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 lipca 2023 r., za numerem 2023/S 130-413481.

W dniu 12 października 2023 r. odwołanie wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Gülermak sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Gülermak Ađır Sanayi Ýnřaat ve Taahhüt A.ř. z siedzibą w Ankara, Turcja – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec: wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie – dalej Przystępujący BUDIMEX oraz zaniechania odrzucenia oferty tego Wykonawcy, mimo iż jego oferta zawiera rażąco niską ceną, nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia i jest niezgodna z warunkami zamówienia, zawiera błąd w obliczeniu ceny, a ponadto Budimex S.A. nie wykazał spełnienia warunków udziału.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 6 i 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A., a w konsekwencji jej wybór, pomimo iż Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (nie uzasadnił podanej w ofercie ceny), a zatem nie sprostował nałożonemu na niego obowiązkowi, co winno skutkować przyjęciem przez Zamawiającego, iż wskazana przez Budimex cena za przedmiot zamówienia jest rażąco niska, dlatego też oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona w postępowaniu;
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, a w konsekwencji jej wybór, pomimo iż złożona przez tego Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską ceną, dlatego powinna zostać odrzucona w postępowaniu;
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez brak odrzucenia oferty Budimex, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia (SWZ), gdyż – po pierwsze - nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia – po drugie – Wykonawca, wbrew wyraźnemu zakazowi Zamawiającego, dopuścił się przenoszenia części kosztów pomiędzy

poszczególnymi pozycjami Formularza, zawyżając przy tym wartość jednej pozycji kosztem innej, a także wyceniając je wbrew rzeczywistemu kosztowi poszczególnych prac/ robót (adekwatności) i nie rozkładając proporcjonalnie kosztów ogólnych, co jest wprost sprzeczne z postanowieniami SWZ, dlatego oferta Budimex powinna zostać odrzucona;

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 116 oraz art. 124 i 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez wybór oferty Budimex jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia (zdolności technicznej lub zawodowej), gdyż przedłożony przez Wykonawcę protokół odbioru nie potwierdza należytego wykonania zamówienia, a zatem Budimex powinien być wezwany do uzupełnienia w tym zakresie, a w przypadku braku wywiązania się z tego obowiązku, jego oferta powinna zostać odrzucona;

5. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp i art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez brak odrzucenia oferty Budimex, a w konsekwencji jej wybór, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż Wykonawca wbrew wyraźnym postanowieniom SWZ nie obliczył wynagrodzenia za przestój według ściśle określonych w SWZ przez Zamawiającego reguł, ale przyjął własną, być może rzeczywistą cenę w tym zakresie, co nie uprawniało Zamawiającego do dokonania poprawy oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, dlatego też oferta Budimex powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia i zawierająca błędy w obliczeniu ceny;

a w konsekwencji

6. art. 16 ustawy pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty Przystępującego Budimex jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez Budimex z uwagi na rażąco niską cenę oferty, brak uzasadnienia ceny oferty oraz jej niezgodność z warunkami zamówienia.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w treści postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) Zamawiający potwierdził m.in., że oferta musi obejmować całość zamówienia, być zgodna z SWZ i zostać przygotowana ściśle według wymagań określonych w SWZ (Rozdział XIII pkt 3, 5 i 6 SWZ). Ponadto w Rozdziale XVII pkt 1 SWZ wskazano, iż podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie

wymagania SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). Zgodnie natomiast z treścią Rozdziału XIV SWZ, wykonawcy oprócz Formularza Oferty zobowiązani byli złożyć również Formularze cenowe dla Zadania nr 1 i 2, stanowiące odpowiednio Załącznik nr 3a i 3b do SWZ. Z kolei jak wynika z treści wspomnianych powyżej Formularzy cenowych dla poszczególnych Zadań (komora Fabryczna oraz Retkinia), mają one być podstawą dokonywanych płatności i służyć przedstawieniu przez wykonawcę sposobu obliczenia ceny oferty. Niedopuszczalne jest przy tym przenoszenie części kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami Formularza, a także celowe zawyżanie jednej pozycji kosztem innej. Wykonawca zobowiązany jest wycenić wszystkie pozycje w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót/prac do wykonania. Niedopuszczalne jest również przenoszenie tzw. kosztów ogólnych całego przedsięwzięcia do jednej lub paru wybranych pozycji Formularza. Koszty te ze swej natury powinny być ujmowane we wszystkich jego pozycjach proporcjonalnie do ich wartości netto. Oferty w postępowaniu złożyło pięciu wykonawców. Spośród wszystkich najtańsza okazała się oferta Budimex S.A. opiewająca pierwotnie na kwotę 169 119 700, 97 zł. Kolejna w rankingu, złożona przez Odwołującego, wyniosła 220 928 965, 14 zł. Wszystkie pozostałe oferty (3) mieściły się natomiast w przedziale do 258 606 827,80 zł (poziomu najdroższej oferty, którą złożył wykonawca Polbud – Pomorze sp. z o.o.). Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 318 789 422, 55 zł. W związku z tym, że pierwotnie zaoferowana przez Budimex cena stanowiła niewiele ponad 50% kwoty, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie Zamówienia, pismem z dnia 8 września 2023 roku Wykonawca została wezwany – na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp – do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny. Co przy tym ważne, Zamawiający w wezwaniu podkreślił, że Budimex zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać na jakiej podstawie Wykonawca zaoferował cenę na takim poziomie. W szczególności przy tym Zamawiający poprosił o wyjaśnienie kalkulacji Formularza Cenowego dla zadania nr 2 (budowa konstrukcji oporowej komory „Retkinia”), dotyczącego następujących głównych pozycji:

- 1) Prace projektowe, w tym w szczególności poz. 1.1.8; 1.2; 1.3,
- 2) Koszty Wymagań ogólnych,
- 3) Tymczasowa organizacja ruchu,
- 4) Monitoring i nadzór, obsługa geodezyjna inwestycji,
- 5) Roboty budowlane, w tym w szczególności poz. 5.2.

Jednocześnie jednak zaznaczył, że wymienione wyżej elementy cenotwórcze są elementami przykładowymi. Wykonawca powinien wskazać w wyjaśnieniach wszystkie czynniki cenotwórcze. W końcu Zamawiający wskazał, że złożone wyjaśnienia Wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje, w szczególności, gdy Wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się Wykonawca, faktycznie zachodzą. Zamawiający wyraźnie zatem wskazał, że nie tylko oczekuje „szczegółowych i konkretnych” wyjaśnień, ale także dowodów, gdyż w przeciwnym razie nie będzie w stanie ocenić, w jaki sposób Wykonawcy udało się osiągnąć taką cenę. Pismem z dnia 22 września 2023 roku Budimex złożył wyjaśnienia w zakresie RNC. Celem uprawdopodobnienia zaoferowanej ceny Wykonawca ten wskazał, iż uwzględnił w treści oferty wszystkie koszty wynagrodzenia pracowników, powołał się na „korzystne ceny” ze strony podwykonawców czy też dostawców (s. 21 wyjaśnień), wskazał na założenie „wykorzystania wykwalifikowanej kadry technicznej i ekonomicznej”, „zawarcie umów na znacznie korzystniejszych warunkach niż konkurencja”, a także „optymalne rozwiązania”, m.in. w zakresie metody budowy (s. 23). Odnosząc się do „Wybranych rozwiązań technicznych” (AD. 5), o co w wezwaniu prosił Zamawiający, wskazał na „dysponowanie” „sprzętem”, „materiałami” czy „zasobami osobowymi”, a ponadto na „współpracę z podwykonawcami/ dostawcami”. Ponownie przy tym powołał się na „preferencyjne warunki handlowe” czy też „bardzo korzystne oferty cenowe, co ma istotny wpływ na oferowaną cenę przedmiotowego zamówienia” (s. 24). Odnosząc się natomiast do poszczególnych pozycji, o które wnioskował Zamawiający, w tym dotyczących komory Retkinia (Zadania 2), ograniczył się zasadniczo do ogólnego rozbicia cenowego (bez wskazania np. na koszty materiału, robocizny, sprzętu etc.). Wraz z wyjaśnieniami przedłożył też pięć ofert podwykonawców/ dostawców. Pismem z dnia 29 września 2023 roku Zamawiający wezwał Budimex do wyrażenia zgody na poprawę w ofercie omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poprzez zmianę w Formularzu cenowym dla Zadania 1 stawki jednostkowej za zawieszenie oraz całkowitej wartości netto i brutto za realizację Zadania nr 1, obejmującej zamówienie podstawowe, opcję oraz zawieszenie realizacji zadania. W wyniku tych zmian, które zostały zaakceptowane przez Wykonawcę, ostateczna cena zaoferowana przez Budimex ukształtowała się na poziomie 180 756 779, 59 zł. Pismem z dnia 2 października 2023 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Budimex jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego, Budimex nie tylko nie wykazał, iż jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, ale ponadto jest ona sprzeczna z SWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny. W końcu, w ocenie Odwołującego, brak jest również podstaw do przyjęcia, że Budimex

wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej. Dokument, który przedłożył w tym celu (protokół odbioru), nie potwierdza bowiem w żadnym miejscu należytego wykonania zamówienia.

II. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

II.1. Zarzut dotyczący braku uzasadnienia (wykazania) podanej w ofercie ceny.

Na wstępie Odwołujący wskazał, iż w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wypracowano szereg zasadniczo niekwestionowanych reguł, którymi rządzą się wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny. Po pierwsze, już samo zwrócenie się do wykonawcy przez zamawiającego z wnioskiem o złożenie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny ustanawia domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej w stosunku do przedmiotu zamówienia. Rodzi to ten skutek, że to wykonawca „posądzony” o zaoferowanie ceny rażąco niskiej domniemanie to musi obalić. Wynika to wprost z treści ustawy pzp (art. 224 ust. 5). Potwierdza to także rozległe orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 15 marca 2018 r, sygn. KIO 393/18 oraz stanowisko prezentowane przez sądy powszechne, np. w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 1 kwietnia 2005 roku, Sygn. VI Ca 464/05. Polski ustawodawca wyszedł z założenia, że przekroczenie progu 30% czyni założenie o wystąpieniu rażąco niskiej ceny co najmniej prawdopodobnym (przy czym nawet bez spełnienia wymogu 30%, domniemanie w zakresie ceny rażąco niskiej istnieje w każdym przypadku, w którym zamawiający zdecyduje się skierować wezwanie do wyjaśnień). Po drugie, konsekwencją powyższego jest nałożenie na wykonawcę ciężaru dowodu w zakresie wykazania, że wątpliwości zamawiającego co do poziomu cenowej oferty są niesłuszne. Istotne jest, że wyjaśnienia wykonawcy nie mogą mieć zdawkowego, lakonicznego charakteru. Powołał się na wyrok KIO z dnia 23 marca 2017 r., Sygn. KIO 422/17. Po trzecie, wyjaśniając, iż możliwe jest wykonanie zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, wykonawca zobligowany jest on do poparcia swoich twierdzeń wiarygodnymi, potwierdzającymi twierdzenia ujęte w wyjaśnieniach, dowodami. W przeciwnym razie będziemy mieć do czynienia z wyjaśnieniami, które (nawet jeśli w warstwie powiązanej z argumentacją spełniają wymogi dotyczące odpowiedniego poziomu skonkretyzowania) stanowić będą w istocie twierdzenia jedynie głoślowe, a zatem niedające „gospodarzowi postępowania” gwarancji w zakresie możliwości wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę (a ta przecież budzi jego wątpliwości). Powołał się na wyrok KIO z 30 kwietnia 2021 r., Sygn. KIO 805/21. Wskazał, że obowiązkiem wykonawcy względem, którego zrodziło się domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej jest: a) wskazanie konkretnych okoliczności, które przemawiają za możliwością zaoferowania ceny na określonym poziomie, b) wykazanie w jaki sposób okoliczności te rzutują na poziom cenowy oferty (poprzez określenie wygenerowanych w ten sposób oszczędności); c) poparcie powyższego materiałem dowodowym.

Odnosząc się do powyższych kwestii, podkreślił, iż Budimex, który został zasadniczo wezwany do wyjaśnień RNC, zobowiązany był do wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Brak wywiązania się z tego obowiązku powinien skutkować odrzuceniem oferty. Wyjaśniając natomiast zaoferowaną cenę, Budimex powinien m.in. wskazać na okoliczności, które są właściwe zasadniczo jemu i które pozwoliły mu poczynić oszczędności, a przez to właśnie obniżyć cenę (zaoferować ją na niższym poziomie niż konkurencja). W ten sposób bowiem Wykonawca jest w stanie wyjaśnić, dlaczego faktycznie udało mu się uzyskać cenę istotnie niższą od konkurencji. Potwierdza to także treść art. 224 ustawy pzp, który w ust. 3 wskazuje na treść wyjaśnień, w tym właśnie na „wyjątkowo korzystne warunki dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych” czy też „oryginalność dostaw, usług i robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę”. Powyższe wydaje się tym bardziej aktualne w sytuacji takiej, jak ta w przedmiotowej sprawie, w której Budimex nie tylko zaoferował cenę znacznie odbiegającą od kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia (cena Wykonawcy stanowi zaledwie ok. 55-60% wartości Zamawiającego), ale również cen wszystkich pozostałych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Budimex bowiem jako jedyny zaoferował kwotę poniżej 200 mln zł, odbiegającą od ofert pozostałych oferentów o ok. 40 - 80 mln zł. Co istotne, różnica między cenami czterech pozostałych wykonawców zamyka się w kwocie ok. 40 mln zł. Ceny te są zasadniczo do siebie zbliżone. Natomiast cena Budimex jest wyraźnie niższa od pozostałych. W takiej sytuacji, w sposób oczywisty pojawia się pytanie, co sprawiło, że Budimex udało się uzyskać taką cenę, znacznie niższą nawet od przedsiębiorców (jak np. Keller), którzy specjalizują się w robotach objętych przedmiotem zamówienia. W wyjaśnieniach Budimex próżno jednak szukać takich informacji. Nie tylko są one ogólnikowe, lakoniczne i zasadniczo niczego nie tłumaczące, ale ponadto pozbawione dowodów, na które wskazuje nie tylko ustawodawca, ale których domagał się sam Zamawiający w wezwaniu. Są to także wyjaśnienia ograniczające się do dodatkowego rozbicia poszczególnych cen, które zasadniczo nie pozwalają jednak na uchwycenie (a przez to wyjaśnienie) np. przyjętych kosztów materiałów, robocizny, sprzętu etc. w zakresie cen jednostkowych. W końcu, jeśli wyczytać się w ich treść, są to bardziej wyjaśnienia zgodności oferty z SWZ (art. 223 ustawy pzp), a nie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W tym zakresie akcenty natomiast powinny być położone zupełnie inaczej (odwrotnie). Budimex zasadniczo ogranicza się w wyjaśnieniach do zapewnień o objęciu swoją ofertą poszczególnych elementów czy też kosztów, nie tłumacząc jednak, w jaki sposób udało mu się je osiągnąć na zaproponowanym poziomie. Nie budzi przy tym wątpliwości, że wyjaśnienia składane w trybie art. 223 ustawy pzp są czymś innym od wyjaśnień z art. 224 ustawy pzp. W wielu miejscach Budimex w ogóle nie odpowiada na oczekiwania Zamawiającego wprost wyrażone w treści wezwania (np. co do kosztów pracy czy też technologii wykonania, która pozwoliła na osiągnięcie takiej ceny). Złożone przez Budimex wyjaśnienia niczego nie tłumaczą, a z pewnością – gdyby zapytać kogokolwiek po zapoznaniu się z nimi, dlaczego Wykonawcy udało się osiągnąć taką cenę –

osoba taka nie byłaby w stanie wyjść poza ogólnikowe stwierdzenia o „korzystnych cenach”, „wyjątkowym doświadczeniu” etc. Świadczy to o braku stosownych wyjaśnień.

II.2. Ogólnikowy charakter wyjaśnień Budimex. Brak przedłożenia dowodów.

Odwołujący podniósł, że wezwanie Zamawiającego jest – z jednej strony – dość konkretne (CPK wskazuje, czego m.in. oczekuje do Wykonawcy) – z drugiej natomiast – kategorię (Zamawiający w sposób wyraźny informuje bowiem Budimex, jakie konsekwencje będzie rodzić np. brak przekazania stosownych dowodów).

W ocenie Odwołującego nie sposób uznać, aby Budimex złożył szczegółowe i konkretne wyjaśnienia w zakresie zaproponowanej ceny. Sprowadzają się one do powtarzanych – niekiedy wielokrotnie – ogólników o wielkim doświadczeniu wykonawcy, jego znakomitej organizacji produkcji, optymalizacji kosztów, wdrożeniu niezwykle nowoczesnych i energooszczędnych technologii, posiadaniu wykwalifikowanej acz taniej kadry, korzystnych warunkach finansowych pozyskanych od dostawców, położeniu siedziby etc. przeważnie nic nie wnosi do sprawy i nie niesie informacji o żadnych możliwych do uchwycenia wartościach ekonomicznych. Wyjaśnienia Budimex zasadniczo zawarte zostały na 13 stronach (s. 19-32). Na kartach tych Wykonawca powtarza „w koło” te same, ogólne, niepoparte dowodami twierdzenia i argumenty, dotyczące wieloletniego doświadczenia, w tym lokalnego, wyjątkowych metod zarządzania (produkcji) czy współpracy z podwykonawcami, dzięki czemu możliwe jest osiągnięcie korzystnych cen. Niekiedy ujmuje je innymi słowami, a czasami wręcz kopiuje je (powiela na różnych stronach wyjaśnień) 1:1. Przykładowo: 1) s. 22, 25, 2) s. 21, 25, 24, 3) s. 21, 25, 4) s. 22, 25, 5) s. 23, 25, 26. Budimex powtarza wkoło to samo, posługując się ogólnikami, które niczego nie wyjaśniają. Stanowią one raczej zapewnienia Wykonawcy, a nie wyjaśnienia, w jaki konkretnie sposób udało mu się osiągnąć zaoferowaną cenę (tak znacznie ją obniżyć; z czego ta obniżka/ oszczędności wynikają etc.). Wyjaśnienia te równie dobrze można by przedłożyć w każdym innym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe, w tym ogólnikowość i brak konkretów, potwierdza również zasadniczy brak przedłożenia jakichkolwiek dowodów, na okoliczności, na które powołuje się Budimex (np. upusty i wyjątkowe warunki handlowe, „efektywne rozwiązania techniczne”), a które miały pomóc osiągnąć wskazaną w ofercie cenę. Faktycznie zatem Budimex poprzestaje na głośnych zapewnieniach, nie tyle nie wykazując, co nawet nie uprawdopodobniając opisanych okoliczności. Co przy tym ważne, kwestie obowiązku przedłożenia dowodów przez Wykonawcę w wezwaniu – dosłownie – podkreślił Zamawiający. Ich brak natomiast, jak wskazał, będzie traktował jako brak możliwości zweryfikowania realności ceny (sprzyjających Wykonawcy warunków). Przykładowo: Wykonawca powołuje się na przyjęte przez niego rozwiązania techniczne, które miały pomóc mu osiągnąć wskazaną w ofercie cenę. W wyjaśnieniach brak jest jednak nie tylko informacji opisujących, jakie są to rozwiązania, ale także jakie oszczędności po stronie Budimex udało się w ten sposób wypracować. Nic przy tym nie stało na przeszkodzie, aby Wykonawca taki

element w swoich wyjaśnieniach zawarł. Próżno go jednak szukać w omawianym dokumencie. Trzeba przy tym pamiętać, że zamówienie to realizowane jest w formule „Buduj” a nie „Projektuj i buduj”, co oczywiście znacznie ogranicza możliwość działania wykonawców, a zatem – przynajmniej pośrednio – podważa twierdzenia Budimex o jakichś specjalnych rozwiązaniach technicznych. Dalej: Wykonawca w swoich wyjaśnieniach powołuje się na rozbudowaną siatkę współpracowników, w tym lokalnych, wskazując m.in., że ma zawartych ponad 300 umów ramowych na dostawy. Niezależnie od tego, że nie podaje choćby nazw lokalnych podwykonawców, działających na terenie Łodzi i okolic, gdzie będzie realizowana inwestycja, nie przedkłada także – choćby przykładowo – otrzymanych od nich ofert, a przecież zapewnia, że będzie z tych podmiotów korzystał na potrzeby realizacji inwestycji. Przedłożone przez niego oferty pochodzą – w zdecydowanej większości – od przedsiębiorców, którzy jako siedzibę swojej działalności wskazują Warszawę czy też np. Gdańsk (obsługa geodezyjna). Za rażące niedbalstwo należy w ocenie Odwołującego uznać brak przedłożenia przykładowych umów ramowych, których stroną rzekomo jest Budimex (ok. 300), a z których to – należy zakładać – mają wynikać jakieś preferencyjne warunki handlowe dla tego Wykonawcy. Trudno zrozumieć, co stało na przeszkodzie, aby takie przykładowe umowy złożyć, szczególnie w świetle wyraźnie wyartykułowanych oczekiwań Zamawiającego, których Budimex był w pełni świadom. Także odnosząc się do poszczególnych, wprost wskazanych przez Zamawiającego elementów, co do których oczekiwał wyjaśnień, Budimex poprzestał wyłącznie na ogólnikowych, gołosłownych, lakonicznych, pozbawionych dowodów wyjaśnieniach.

II.3. Faktyczny brak odniesienia się do wezwania Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że w wezwaniu wystosowanym do Budimex, Zamawiający oczekiwał m.in. wyjaśnień dotyczących kosztów pracy. Element ten, wynikający notabene również z przepisu prawa, został wyszczególniony przez Zamawiającego. Podobnie jak miało to jednak miejsce w opisanych już powyżej sytuacjach, trudno uznać odpowiedź Wykonawcy jako cokolwiek wyjaśniającą w powyższym zakresie czy też wykazującą stosowne okoliczności. Wyjaśnienia w tym zakresie ograniczają się bowiem do: 1) zapewnienia Budimex, że oferta uwzględnia wszystkie przepisy 2) tabeli, która opisuje koszty pracy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa 3) ponownego zapewnienia, że oferta uwzględnia koszty wynagrodzenia dla pracowników, a wartości przyjęte nie są niższe od minimalnego wynagrodzenia za pracę lub też stawki za godzinę (także po zmianach). Na tym wyjaśnienia Budimex dotyczące kosztów pracy kończą się. Nie tylko są one ogólnikowe, ale Wykonawca nawet nie podjął trudu – jak to zwykle ma miejsce – wykazania, choćby poprzez przykładowe umowy o pracę/ współpracę, że osoby, które zostaną zatrudnione/ zaangażowane do realizacji zamówienia rzeczywiście mają stawki wyższe niż minimalne. W tym zakresie ogranicza się wyłącznie do twierdzenia (zapewnienia). Nie mówiąc już o innych elementach, które zwykle (standardowo) w odniesieniu do kosztów pracy w kontekście RNC

przedstawiają rzetelnie wykonawcy, tj.: ilu pracowników Wykonawca zamierza zatrudnić przy budowie, jakich, jakie mają oni wynagrodzenie, jak to przekłada się na zaoferowaną cenę etc. Są to podstawowe (elementarne wręcz) informacje, które pozwalałyby przyjąć, że w tym zakresie cena została uprawdopodobniona.

Odwołujący wskazał, że podobnie, jak w powyższym przypadku dotyczącym kosztów pracy, rzecz przedstawia się w zakresie wyjaśnień dotyczących „wybranych rozwiązań technicznych”, co do których również Zamawiający zwrócił się do Budimex z prośbą o wyjaśnienie. W tym zakresie Budimex ograniczył się do: 1) ogólnych informacji o sobie, 2) wskazanie na dysponowanie określonym sprzętem, 3) wskazanie na podpisanie ponad 300 umów ramowych m.in. na dostawy materiałów, 4) przywołanymi już „ogólnikami” dotyczącymi podwykonawców, wyceny oferty na podstawie OPZ, doświadczenia etc., 5) zarządzaniu procesem zakupów, logistyce etc., 6) powołanie się na współpracę „z firmami projektowymi i specjalistycznymi”, co jest „kluczowe dla osiągnięcia doskonałych wyników i spełnienia oczekiwań Zamawiającego”. Powyższe wyjaśnienia niewiele mają wspólnego z „wybranymi rozwiązaniami technicznymi”. Choć Budimex w innych częściach powołuje się, że takie rozwiązania przewidział, w odpowiedzi na konkretne zapytanie Zamawiającego w tym zakresie nie wyjaśnia niczego. Opisuje posiadany sprzęt, dostęp do materiałów, współpracę z podwykonawcami etc., nie prezentując żadnych informacji (nie odpowiadając na wezwanie Zamawiającego) w zakresie rozwiązań technicznych, nie mówiąc już nawet o dowodach na tę okoliczność. Opisane kwestie nie mają nic wspólnego z rozwiązaniami technicznymi. Jest to kolejny przykład ogólnikowości, braku szczegółowości i konkretów, jeśli chodzi o wyjaśnienia Budimex. Co więcej, przykład ten pokazuje w sposób ewidentny, że Budimex nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego. Zauważył, że tym punkcie Wykonawca powołuje się na współpracę „z firmami projektowymi i specjalistycznymi”, aby jednocześnie w dalszej części wyjaśnień (dotyczącej projektowania) wskazać, iż na potrzeby realizacji zamówienia będzie korzystał z zasobów własnych.

II.4. Wyjaśnienia ceny w zakresie poszczególnych komór – „Retkinia” i „Fabryczna”.

W wezwaniu do wyjaśnień Zamawiający wskazał również, iż oczekuje wyjaśnień co do wskazanych pozycji Formularza cenowego w zakresie komory „Retkinia”. Jak zaznaczył jednak (kilkukrotnie) Budimex nie powinien ograniczać się do wyjaśnień wyłącznie w tym zakresie, gdyż są to jedynie „elementy przykładowe”. Wykonawca powinien zatem wskazać w wyjaśnieniach „wszystkie czynniki cenotwórcze”, co należy rozumieć, iż odnieść powinien się również do drugiej komory (Fabryczna) w sposób, który – choćby w świetle wiedzy i doświadczenia życiowego - pozwoli przyjąć, że zaoferowana cena jest rzeczywiście realna. Nie sposób jednak w ocenie Odwołującego uznać, aby Budimex wywiązał się z wezwania również w tym zakresie. Wyjaśnienia do powyższych pozycji najczęściej odgraniczają się do jednego, dwóch krótkich akapitów (czasami nawet tego brakuje, jak w przypadku poz. „Roboty budowlane”) oraz przedstawienia zestawienia (rozbicia) kosztów. O ile w ogóle

pojawiają się jakiegokolwiek informacje dotyczące poszczególnych pozycji, ograniczają się one do zapewnienia, że koszty zostały w ofercie uwzględnione. Na tym kończą się w tym zakresie wyjaśnienia Wykonawcy co do rażąco niskiej ceny (wykazanie, że z taką ceną nie mamy do czynienia). Jeśli chodzi o same załączone tabele to w świetle zawartych w piśmie wyjaśnień, niczego nie wyjaśniają. Po pierwsze, nie stanowią one nawet szczegółowego rozbicia poszczególnych pozycji kosztorysowych, z których to – jak w przypadku robót budowlanych – można by wyczytać, ile w cenie jednostkowej jest ujęte materiału, ile robocizny (robocizogodzin), a ile sprzętu, co ewentualnie pozwoliłoby na zweryfikowanie wskazanych kwot (czy Wykonawca uwzględnił odpowiednią ilość materiału, czy przyjął odpowiednie koszty pracy etc.). Na obecnym etapie weryfikacja taka nie jest możliwa. Są to czyste liczby (kwoty), które nic nie mówią o rzetelności kalkulacji i realności cen. Równie dobrze w każdej z pozycji można by wpisać zupełnie inną (abstrakcyjną) liczbę. Wyjaśniałaby ona tyle samo, co obecnie. Na bazie powyższych tabel żadna osoba, w tym Zamawiający, nie jest w stanie wskazać (wyjaśnić) na podstawie czego kwota np. za przyłącze elektryczne została przyjęta na poziomie 5 tys. zł. Podobnie, jeśli chodzi np. o „Remont dróg po kontrakcie”. W miejscu 900 tys. zł mogłaby się równie dobrze pojawić kwota 800 czy nawet 700 tys. zł i miałyby ona taką samą wartość informacyjną. Nie tłumaczy przy tym, dlaczego i na jakiej podstawie Budimex przyjął taką właśnie kwotę oraz jak udało mu się to osiągnąć. Co do podobnych (analogicznych) tabel (wyjaśnień) wielokrotnie wypowiedała się już Krajowa Izba Odwoławcza. W sposób szczególny warto tu jednak zwrócić uwagę na wyrok Izby z dnia 16 listopada 2020 roku, sygn. KIO 2519/20, w którym Izba uznała, że tego typu rozbicia, jak zaprezentowane przez Budimex, nie pozwalają na zweryfikowanie ceny - oferty obu wykonawców, którzy w podobny sposób złożyli wyjaśnienia, ograniczając się do wskazania w tabelach jedynie „abstrakcyjnych” kwot, w żaden sposób niewyjaśnionych a także nierozbitych na poszczególne składowe, zostały odrzucone, mimo pierwotnej ich akceptacji przez zamawiającego. Powyższe jest tym bardziej zasadne, gdyż wiele pozycji w wycenie Budimex jawi się jako skrajnie niedoszacowane, znacznie odbiegające choćby od ofert konkurentów, co powinno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego, a co wyjaśnić powinien ten Wykonawca w zajęтым stanowisku. Tak się jednak nie stało.

Jako przykład Odwołujący wskazał Koszty Wymagań Ogólnych, co do których wyjaśnienia został wezwany Budimex. Już tylko pobieżna analiza zestawienia cen pokazuje, że zaoferowana przez tego Wykonawcę cena w tym zakresie w sposób skrajny odbiega od cen pozostałych oferentów (i to w zakresie obu komór – Zadań). Cena zaoferowana przez Budimex jest aż sześciokrotnie mniejsza od ceny zaoferowanej przez kolejnego wykonawcę (Polbud) i około 10-krotnie mniejsza od oferty Odwołującego (kolejna najniższa). Podobnie sytuacja wygląda na komorze Retkinia, z tym, że tam różnice są jeszcze większe (np. oferta Porr opiewa na ponad 25 mln zł, natomiast Budimex znowu na 0,5 mln zł – notabene kwota

jest tożsama na obu komorach, co też budzi wątpliwości). Jeśli przemnożyć wyłącznie powyższe koszty przez dwa (pomijając, iż na komorze Retkinia są one zasadniczo wyższe), wychodzi, że na zorganizowanie i utrzymanie zaplecza Budimex przeznaczył ok. 1 mln zł. Natomiast inni Wykonawcy od ok. 6,5 do nawet 45 mln zł. Zamawiający określił, co w Formularzu cenowym w tym miejscu należy wycenić: przygotowanie zaplecza oraz jego utrzymanie i likwidację. To z kolei zostało opisane w dokumentacji postępowania, w tym PFU i stosownych specyfikacjach. Zasadniczo nie ma zatem w tym zakresie dowolności. Zamawiający nie dopuścił natomiast przenoszenia kosztów między poszczególnymi pozycjami. Pewnym wytłumaczeniem, jak udało się Budimex osiągnąć taką cenę, jest analiza poszczególnych wycenionych pozycji, niekiedy skrajnie niedoszacowanych. Przykładowo Wykonawca ten na potrzeby ogrodzenia placu budowy przyjął koszt 60 tys. zł. Zgodnie z Załącznikiem 10A do PFU, w ofercie Wykonawcy powinni przewidzieć koszty związane z wykonaniem jednolitego, estetycznego i zgodnego z Decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach (załącznik nr 7A do PFU) ogrodzenia całego Placu budowy. Zgodnie z postanowieniami Decyzji nr 26/2016 z dnia 20 października 2016 r. zmieniającymi Decyzję nr 25/2012, należy zastosować szczelne ogrodzenie placu budowy, przy użyciu barier pełnych o minimalnej wysokości 4m (...). Biorąc pod uwagę, że dostępne na rynku i szeroko stosowane systemy nie występują dla wysokości większych niż ~2.1 m, konstrukcja ogrodzenia pełnego o wysokości 4 m powinna opierać się na indywidualnym projekcie zapewniającym estetykę i stateczność w I strefie wiatrowej. Bezpieczeństwo tak wysokiego ogrodzenia można zapewnić wyłącznie poprzez zastosowanie wystarczająco mocnej konstrukcji wsporczej oraz odpowiedniego posadowienia. Z uwagi na etapowanie prac ogrodzenie powinno być również przestawne, a co z tym związane, należy stosować fundament/ podstawę, która może być relokowana. Takie specjalne, wysokie ogrodzenie jest stosowane w Łodzi na budowie pozostałych komór, realizowanej nie przez Zamawiającego, ale przez PKP PLK S.A. w ramach Udrożnienia Łódzkiego Węzła Kolejowego (dokumentacja zdjęciowa). Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 65 z dnia 24.08.2023 r. wprowadził dopuścić możliwość uzgodnień z Regionalną Dyrekcją Ochrony Środowiska alternatywnych w stosunku do zapisów PFU i Decyzji Środowiskowej rozwiązań w tym zakresie, niemniej jednak – o ile jeszcze w przypadku komory Fabryczna mogłoby to wystąpić – o tyle z uwagi na czas podpisania umowy i niezwłoczne rozpoczęcie prac, nie ma takiej możliwości w przypadku komory Retkinia. Natomiast koszt opisanego ogrodzenia wraz z jego montażem, przemieszczeniem i demontażem wynosi ok. 500 tys. zł (dotyczy tylko komory Retkinia). Jak nietrudno zauważyć, kwota ta niemal w całości pochłania wartość przyjętą przez Budimex na wszystkie koszty ogólne związane z organizacją i utrzymaniem zaplecza. Nawet gdyby przyjąć, że Budimex z jakichś powodów ma dostęp do niższej ceny za ogrodzenie, okoliczności te powinien opisać w swoich wyjaśnieniach (nie mówiąc już o przedłożeniu dowodów na wyliczenie ceny). Próżno jednak szukać w stanowisku Wykonawcy zarówno jakichkolwiek informacji o ogrodzeniu, jak i ofert. Zamawiający w wezwaniu skierowanym do

Wykonawcy wprost wskazał, że oczekuje wyjaśnień w zakresie Kosztów Wymagań Ogólnych, a zatem także ogrodzenia. Dodatkowo, uważna lektura zestawienia kosztów w omawianym zakresie, zaprezentowanego przez Budimex, pozwala stwierdzić, że są tam wskazane koszty dotyczące „przygotowania zaplecza”, jego „utrzymania”, natomiast próżno szukać kosztów „likwidacji” (poz. 2.2). W tym zakresie wygląda na to, że Wykonawca nie objął swoją ofertą tego typu czynności (prac), co jest sprzeczne z treścią warunków zamówienia (np. wytyczne dot. zaplecza budowy). Jeśli natomiast umiejscowił je w innej pozycji, dopuścił się również zakazanego przez Zamawiającego przenoszenia kosztów, co ma podobny skutek (niezgodność oferty z SWZ, co powinno prowadzić do jej odrzuceniem).

Kolejnym przykładem wyceny, którą trudno zdaniem Odwołującego zrozumieć, a której to Budimex nie wyjaśnia, jest kwota zaoferowana za tzw. JET GROUTING (JG). Już tylko proste porównanie cen przyjętych za prace dot. komory Fabryczna z tymi dot. komory Retkinia wskazuje, iż Budimex albo przesunął koszty z tej pozycji do innej, albo też nie wycenił pełnego zakresu prac, albo – o ile dwie powyższe odpowiedzi, wskazujące na konieczność odrzucenia oferty, są niewłaściwe - nie wyjaśnił tak skrajnych wartości przyjętych w obu komorach w ramach wyjaśnień RNC, co również powinno prowadzić do odrzucenia oferty. Jeśli chodzi o wspomniany JG, został on wyceniony przez Budimex na Zadaniu 1 – komora Fabryczna na kwotę ok. 30 mln zł. Przyjmując na potrzeby wyliczenia kosztu wykonania 1 m³ JG ilości wskazane w przedmiarach Zamawiającego (stanowiące załącznik informacyjny, niemniej jednak jest z pewnością będące pewną wskazówką co do zakresu prac), można wywnioskować koszty jednostkowe. Koszt jednostkowy, jaki Budimex przyjął na potrzeby prac w zakresie JG na komorze Fabryczna wynosi 1707, 66 zł / 1 m³. Sytuacja skrajnie odmiennie wygląda w przypadku wyceny tych samych prac na komorze Retkinia, o którą to wprost był pytany Budimex. Już sama wartość, jaką przyjął w tym zakresie Wykonawca w zestawieniu wartości na komorze Fabryczna, budzi ogromne wątpliwości i zdziwienie. Podobnie jak zestawienie z ofertami pozostałych uczestników postępowania. Prace, które Budimex na mniejszej komorze Fabryczna wycenił na ok. 30 mln zł, na komorze Retkinia przyjmują wartość ok. 0,5 mln zł. Nie jest przy tym tak, że różnica ta wynika z ilości prac do wykonania. O ile bowiem w przypadku komory Fabrycznej wynosiła ona ok. 17 tys. m³, o tyle w przypadku Retkini spada jedynie do 12 tys. m³. O ile koszt 1 m³ w przypadku Fabrycznej wyniósł ok. 1,7 tys. zł, w przypadku Retkini spada do wartości absolutnie nieosiągalnej na rynku – 39,74 zł. Odwołujący wskazał, że ilości przedstawione w Projekcie Technicznym, a w szczególności w załącznikach graficznych, różnią się od przedmiaru Zamawiającego w stopniu mniejszym niż 10%, więc pozostaje to bez wpływu na rząd wielkości ceny jednostkowej przedstawionej w ofercie. Bezspornie wartość pozycji 5.2.7.3 znacząco odbiega od wartości rynkowej kosztu jednostkowego wykonania kolumn jet-grouting, który w zależności od specyfiki projektu jest wielokrotnie większy niż przedstawiona kwota przez firmę Budimex. Nie ma możliwości wykonania tej pozycji

Formularza Ofertowego w przedstawionej kwocie i stanowi rażąco niską cenę lub próbę przesunięcia kosztów pomiędzy Zadaniem, co jest niezgodne z SWZ. O ile Budimex osiągnął jednak takie oszczędności w tym zakresie „w jakiś sposób” (jest to cena skrajnie odmienna od pozostałych oferentów), powinien złożyć stosowne wyjaśnienia. Takich jednak brak w złożonym dokumencie.

Odwołujący wskazał także na koszty monitoringu - z wyjaśnień Budimex bynajmniej nie wynika, iż objął on swoją ofertą i wycenił wszystkie elementy wynikające z dokumentacji postępowania. Sam zakup sprzętu, który niezbędny jest do wykonania tego typu usługi, konsumuje znaczną część środków, które zostały zarezerwowane w budżecie Wykonawcy. Budimex nie wykazał przy tym rynkowości oferty podwykonawcy w tym zakresie (podobnie jak innych przedstawionych wraz z wyjaśnieniami). Niektóre z tych ofert wprost stawiają również pod dużym znakiem zapytania zgodność przyjętego sposobu realizacji zamówienia przez samego podwykonawcę, a w konsekwencji także Budimex. Ich treść, jeśli nie wskazuje na niezgodność z SWZ, z pewnością nie stanowi dowodu potwierdzającego prawidłowość kalkulacji (ceny). Przykładowo Soletanche Polska w swojej ofercie zaoferował wykonanie ścian szczelinowych nie według dokumentacji Zamawiającego, jak to się zwykle i standardowo się robi i co nie pozostawia wątpliwości odnośnie prawidłowości przyjętych rozwiązań (zakresu prac), ale według „własnego [naszego – Autor] rozwiązania”. Podwykonawca nie tłumaczy jednak, co pod tym się kryje. Oferta ta, w związku z tym, że faktycznie nie potwierdza rozwiązania, jakiego oczekiwał Zamawiający, a które opisane zostało w dokumentacji postępowania, właściwie pozostaje bezużyteczna na potrzeby wyjaśnień. Wskazuje bowiem jakąś cenę, której jednak nie można przypisać do określonego zakresu prac. Trudno bowiem stwierdzić co kryje się pod tym „własnym rozwiązaniem”.

Odwołujący wskazał, że są to wyłącznie przykłady nieprawidłowości w wyjaśnieniach Budimex. Gdyby chciał je opisać wszystkie, trzeba by poświęcić kilkaset stron (np. brak jest jakichkolwiek wyjaśnień/ ofert dla robót żelbetowych, stanowiących znaczną część pozycji 5.2.7). Już tylko jednak te przykłady pokazują, że na podstawie złożonych wyjaśnień nie sposób stwierdzić, w jaki sposób udało się Wykonawcy osiągnąć taką cenę. Co więcej, prowadzą one wręcz do wniosku, że pewnych elementów Budimex w ogóle w swojej ofercie nie ujął.

II.5. Stanowisko Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że akceptacja złożonych przez Budimex wyjaśnień rażąco niskiej ceny i brak odrzucenia oferty tego Wykonawcy jest tym bardziej zastanawiająca i dziwna, jeśli spojrzeć na stanowisko Zamawiającego wyrażone w zawiadomieniu o odtajnieniu wyjaśnień Budimex z dnia 29 września 2023 roku. Zamawiający w tym dokumencie wprost przyznaje i potwierdza, że Wykonawca ten niczego nie wyjaśnił w swoich wyjaśnieniach i posługuje się ogólnikami i „utartymi pojęciami”. Zamawiający wskazuje, że

wyjaśnienia w zakresie kosztów są standardowe i mają charakter „ogólnikowy”. Zamawiający potwierdza w swoim uzasadnieniu, że Budimex nie przedłożył żadnych dowodów, co – jak sam słusznie wskazywał – uniemożliwia ocenę złożonych wyjaśnień. Ponadto Zamawiający potwierdza także, że Budimex w wyjaśnieniach nie przedstawił żadnych oryginalnych, wyjątkowych rozwiązań, a poprzestał jedynie na gołosłownych deklaracjach (zapewnieniach). Zamawiający oceniał złożone wyjaśnienia jako „ogólnikowe”, lakoniczne, pozbawione konkretów, gołosłowne, złożone bez dowodów. Trudno zatem zrozumieć, dlaczego mimo tego Zamawiający zdecydował się na wybór oferty Budimex. W ocenie Odwołującego w tych okolicznościach oferta ta powinna zostać odrzucona.

II.6. Dodatkowa niezgodność z SWZ.

Odwołujący podniósł dalej, że niezależnie od podniesionych już powyżej kwestii, które wskazywały na niezgodność oferty z SWZ, warto zwrócić jeszcze uwagę na dwie kwestie. Zamawiający w dokumentacji postępowania wyraźnie zakazał przenoszenia części kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami czy też zawyżanie jednej pozycji kosztem drugiej. Ponadto wykonawcy byli zobowiązani do wyceny poszczególnych pozycji Formularza w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót/ prac do wykonania. Niedopuszczalne było również przenoszenie kosztów ogólnych do jednej lub paru wybranych pozycji – powinny być onej ujmowane proporcjonalnie do ich wartości netto. Odnosząc się do powyższego wskazał, że – z pominięciem powyższych zakazów – Budimex nie przypisał poszczególnym pozycjom Formularza ich realnych wartości. Konstatacja ta wynika m.in. z treści Tablicy nr 5 – Roboty budowlane, w której to na końcu zestawienia wprost wskazano, że koszty w zakresie ścian szczelinowych zostały podzielone 50 na 50. Przyjęcie oferty Soletanche w podziale na Zadanie 1 i Zadanie 2 w stosunku 50% - 50%, jest zupełnie błędne ze względu na zupełnie dwa inne i różne zakresy robót. Komora Fabryczna jest bowiem gabarytowo trzykrotnie mniejsza od komory Retkinia.

Zakres porównawczy:

		Komora Retkinia	Komora Fabryczna
Opis	Jedn.	Ilość [j.m.]	Ilość [j.m.]
Wykonanie ścian szczelinowych szer. 150cm	m	287,55	71,60
Wykonanie ścian szczelinowych szer. 120cm	m	138,25	110,63
Wykonanie ścian szczelinowych szer. 100cm	m		3,33
Wykonanie ścian szczelinowych szer. 80cm	m	13,40	
Wykonanie baret o wymiarach 280x120cm (po weryfikacji przedmiaru)	m		44,80
Razem		439,19	230,36

		Komora Retkinia	Komora Fabryczna
Opis	Jedn.	Ilość [j.m.]	Ilość [j.m.]
Wykonanie przesłony przeciwfiltracyjnej jet-grouting	m3	12 078,15	9 280,42
Wykonanie ściany rozdzielającej tunele CPK i PLK z kolumn jet-grouting	m3		1 812,10
Wykonanie w technologii jet-grouting bloków gruntowo cementowych po zewnętrznej stronie przewiercanych ścian szczelinowych	m3		6 256,80
Uszczelnienie styku w technologii iniekcji wysokociśnieniowej	m3		42,10
		12 078,15	17 391,42

		Komora Retkinia	Komora Fabryczna
Opis	Jedn.	Ilość [j.m.]	Ilość [j.m.]
Montaż stalowych tymczasowych rozpór	t	568,03	280,81

Zamawiający w sposób wyraźny nakazał wykonawcom wycenę poszczególnych pozycji w sposób „adekwatny” do danego asortymentu robót/ pracy, a nie orientacyjny czy też wręcz czysto abstrakcyjny – a z taką sytuacją mamy właśnie do czynienia w przypadku oferty tego Wykonawcy. Nie może budzić zatem wątpliwości w ocenie Odwołującego, że w tym zakresie oferta Budimex jest niezgodna z SWZ. Dlatego też powinna zostać odrzucona. Ponadto zauważył, że Budimex także wbrew powyżej przytoczonym postanowieniom dokumentacji postępowania, nie ujął proporcjonalnie kosztów ogólnych w różnych pozycjach, a przypisał je całkowicie dowolnie – w wielu pozycjach wynoszą one zero %, aby w innych sięgnąć prawie 30%.

Oferta Budimex jako niezgodna z SWZ powinna zostać odrzucona.

II.7. Brak wykazania, a przez to spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 2 października 2023 roku Budimex w celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu przedłożył wykaz robót budowlanych (zgodny ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ) wraz z dowodami. We wspomnianym wykazie robót w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej określonego w Rozdziale VI ust. 2 pkt 4.1) SWZ powołał się na wykonanie roboty pn. Rozbudowa i przebudowa budynku Teatru Polskiego wraz z infrastrukturą techniczną, zjazdem parkingiem dla samochodów osobowych w Szczecinie. Natomiast celem wykazania należytego wykonania ww. roboty budowlanej przedłożył protokół odbioru końcowego z dnia 31 maja 2023 roku. W protokole tym brak jest jednak informacji o należyтым wykonaniu ww. zamówienia. W orzecznictwie

Krajowej Izby Odwoławczej nie jest kwestionowana możliwość posłużenia się tego typu dokumentem zamiast referencjami. Niemniej jednak, jak się podkreśla, musi z niego wynikać, iż zamówienie zostało wykonane w sposób należyty. Faktu tego nie można wywodzić wyłącznie z samego podpisania (wystawienia) protokołu. Przykładowo wskazał na wyrok KIO z 11 czerwca 2015 r., KIO 1028/15. W związku z powyższym nie sposób w ocenie Odwołującego uznać, że Budimex wykazał spełnienie warunku udziału, a zatem jego oferta nie powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

II.8. Błąd w obliczeniu ceny. Niezasadna poprawa omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z treścią Rozdziału XIII Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”): Ofertę należy przygotować ściśle według wymagań określonych w SWZ (pkt 6). Jak wskazano z kolei w pkt 8: Oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory załączników do SWZ, powinny być sporządzone zgodnie z treścią tych wzorów. W Rozdziale XIV SWZ z kolei czytamy, iż: Oferta musi zawierać następujące dokumenty: 1) Formularz Oferty – zgodnie ze wzorem określonym jako Załącznik nr 3 do SWZ; 2) Formularz cenowy dla Zadania nr 1 – zgodnie ze wzorem określonym jako Załącznik nr 3a do SWZ; 3) Formularz cenowy dla Zadania nr 2 – zgodnie ze wzorem określonym jako Załącznik nr 3b do SWZ. Zgodnie z treścią wspomnianego powyżej Załącznika nr 3a do SWZ, każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu, zobowiązany był do określenia wynagrodzenia za zawieszenie robót według Załącznika nr 8 do Wzoru Umowy pkt 6. Pozycja ta wchodzi w skład ceny ofertowej, a zatem – co zrozumiałe - jest elementem składowym tej ceny. Zgodnie z treścią pkt 6 Załącznika nr 8, Zamawiający w okresie zawieszenia zobowiązany jest do pokrycia części kosztów wykonawcy zgodnie ze stawką określoną w § 5 ust. 1 lit. c) Umowy i w formularzu cenowym. Stawka ta, jak wynika z treści wspomnianej Umowy, powinna wynieść 0,10% Wynagrodzenia za Zadanie 1 za jeden dzień zawieszenia wykonania robót. Co więcej, jak stanowi Umowa, powinna ona wynikać z formularza cenowego. Wykonawca Budimex S.A., mimo powyższych postanowień, określił cenę, w tym wartość pozycji wynagrodzenia za zawieszenie prac, w zupełnie inny sposób. Wskazał własną, realną wartość za poz. 7.1 Formularza cenowego. Jeśli spojrzeć bowiem na wartość określoną jako stawka jednostkowa brutto/ dzień, nie stanowi ona 0,10% wartości wynagrodzenia za Zadanie 1, jak oczekiwał tego Zamawiający. Budimex S. A. błędnie obliczył cenę w zakresie Zadania 1. Cena jednostkowa, jaką ewentualnie powinien wpisać odbiega bowiem od rzeczywiście określonej przez tego wykonawcę wartości w Formularzu cenowym. Cena jednostkowa wskazana przez Budimex S. A. jest znacznie niższa niż ta, która według Zamawiającego powinna się tam znaleźć. Pamiętać przy tym należy, że – zgodnie z treścią Formularza cenowego – nie tylko służy on przedstawieniu przez Wykonawcę sposobu obliczenia ceny oferty, ale stanowić ma również podstawę płatności. Przy czym zauważył, że z treści Formularza cenowego wynika kwota,

która nie odpowiada (jest sprzeczna) z jej opisem w Umowie. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, że błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub np. w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 2 lutego 2018 roku. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE, w tym choćby wyrokiem z dnia 11 maja 2017 roku, zapadłym na kanwie polskich przepisów o poprawie omyłki (dawny art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp; obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp), oferta po jej złożeniu, co do zasady nie może być modyfikowana. Przy czym, jak podkreślił Trybunał, należy unikać (jest to niedopuszczalne) nawet sytuacji, w której powstanie choćby wrażenie, że prowadzono negocjacje. Z taką sytuacją natomiast mamy do czynienia, gdyż występuje swego rodzaju dowolność odnośnie kwoty, jaka powinna znaleźć się w Formularzu cenowym w poz. 7.1. Dopuszczalne są co najmniej dwa rozwiązania, bo przecież Budimex S.A. wskazał sam, zupełnie odmiennie od Zamawiającego, ile rzeczywiście oczekuje za zawieszenie prac. Z powyższych powodów całkowicie niezasadne i niemożliwe było poprawienie omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, jak dokonał tego Zamawiający. Jak podkreśla się bowiem w orzecznictwie Trybunału, poprawienie oferty nie może prowadzić do rezultatu już choćby porównywalnego (a zatem bliskiego, a nie tożsamego) do złożenia nowej oferty.

W dniu 25 października 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 25 października 2023 r. Przystępujący Budimex złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonym piśmie oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił

skuteczne przystąpienie wykonawca BUDIMEX S.A. z siedzibą w Warszawie, natomiast po stronie Odwołującego wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pismo procesowe Przystępującego Budimex wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- ROZDZIAŁ III OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA, PODROZDZIAŁ I – INFORMACJE OGÓLNE

„1. Przedmiotem Zamówienia jest kompleksowe wykonanie robót budowlanych związanych z realizacją dwóch zadań: 1) budowy konstrukcji oporowej komory rozjazdowej „Fabryczna” (Zadanie nr 1) oraz 2) budowy konstrukcji oporowej komory „Retkinia” (Zadanie nr 2) – w ramach realizacji Projektu wew. Pn.: „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14”. 2. Przedmiot Zamówienia obejmuje swoim zakresem w szczególności: 1) opracowanie Dokumentacji projektowej (w szczególności Dokumentacji wykonawczej) na podstawie dostarczonego przez Zamawiającego Projektu budowlanego (PB) dla „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85, wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14”: a) odcinek: „Komora Fabryczna” obejmujący budowę komory rozjazdowej „Fabryczna” i linii kolejowej, wraz z infrastrukturą niezbędną do budowy oraz funkcjonowania tunelu, komory i linii kolejowej (Etap I) oraz kompleksowej dokumentacji, w tym projektu budowlanego i dokumentacji wykonawczej dla przebudowy sieci wodociągowej (wodociągu DN200) – odcinek od przyłącza zasilającego budynek Łódzkiego Domu Kultury (ŁDK) do włączenia w rejonie ul. Sienkiewicza; b) odcinek: „Komora Retkinia” obejmujący budowę komory rozjazdowej „Retkinia” i linii kolejowej, wraz z infrastrukturą niezbędną do budowy oraz funkcjonowania tunelu, komory i linii kolejowej (Etap I); 2) kompleksowe wykonanie prac i robót tymczasowych, niezbędnych do wykonania robót budowlanych, opisanych w PFU wraz z załącznikami, w tym opracowanie projektu i wykonanie Tymczasowej Organizacji Ruchu; 3) kompleksowe wykonanie robót budowlanych, na podstawie opracowanej przez Wykonawcę dokumentacji projektowej, o której mowa w pkt. 1) powyżej, w tym wszystkich robót

przygotowawczych niezbędnych do realizacji Umowy oraz wykonania wszelkich czynności wymaganych przepisami prawa powszechnie obowiązującego, normami, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej. 3. Szczegółowy zakres Przedmiotu Zamówienia oraz zakres rzeczowy robót przewidzianych do wykonania w ramach obowiązków Wykonawcy wskazany został w PFU, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. 4. Wymagania i oczekiwania Zamawiającego opisane w PFU dotyczące zamierzenia inwestycyjnego (przeznaczenia wykonywanych robót oraz stawiane im wymagania techniczne, ekonomiczne, materiałowe, funkcjonalne i architektoniczne) stanowiąc będą podstawę do ustalania kosztów prac projektowych oraz robót budowlanych, na etapie przygotowania ofert przez Wykonawcę. 5. Sposób realizacji Zamówienia został zawarty w Projekcie Umowy. 6. Zamawiający zwraca uwagę, że całość Przedmiotu Zamówienia powinna być wykonana zgodnie z Umową, przepisami prawa powszechnie obowiązującego, wewnętrznymi regulacjami Zamawiającego, normami, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej.”

- ROZDZIAŁ IV TERMIN WYKONANIA ZAMÓWIENIA, „1. Zamawiający wymaga, aby Zamówienie zrealizowane zostało w następujących terminach: 1) termin rozpoczęcia realizacji Przedmiotu Umowy: dzień zawarcia Umowy; 2) termin przekazania Wykonawcy Terenu budowy: a) dla Zadania nr 1 – niezwłocznie, po zakończeniu realizacji zadania pod nazwą: „Budowa kanalizacji kablowej stanowiącej element zasilania podstacji trakcyjnej dla linii kolejowej realizowanej w ramach zadania pn. „Budowa tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85 wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14, w zakresie kilometrażu od km około 0+361 do km około 0+455 dla toru 1 i od km około 0+360 do km około 0+454 dla toru 2” wraz z przebudową posadowienia polegającą na wzmocnieniu fundamentów budynku Łódzkiego Domu Kultury, przebudową sieci i przyłącza ciepłowniczego, sieci i przyłącza wodociągowego, przyłącza teletechnicznego oraz sieci elektroenergetycznej.” – szacowanego na nie później niż IV kwartał 2024, przy czym informacja w tym zakresie zostanie poprzedzona komunikatem Zamawiającego wydanym nie później niż 90 dni przed planowaną datą rozpoczęcia robót; b) dla Zadania nr 2 – najpóźniej w terminie 14 Dni Roboczych licząc od dnia zawarcia Umowy; 3) termin wykonania Przedmiotu Umowy: a) dla Zadania nr 1 – 397 dni kalendarzowych licząc od dnia określonego jako termin rozpoczęcia robót w komunikacie, o którym mowa w pkt 2) lit. a) powyżej, z zastrzeżeniem postanowień Umowy w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za Wady; a w przypadku uruchomienia prawa opcji termin wykonania Zamówienia Opcjonalnego wynosi do 6 miesięcy od jego uruchomienia, z zastrzeżeniem, że termin jego wykonania nie może trwać dłużej niż termin realizacji Zadania nr 1; b) dla Zadania nr 2 – 337 dni kalendarzowych licząc od dnia zawarcia Umowy, z zastrzeżeniem postanowień Umowy w zakresie gwarancji jakości i rękojmi za Wady, wraz z zastrzeżeniem, że zakończenie prac konstrukcyjnych wraz z przekazaniem dokumentacji powykonawczej i przekazanie komory dla wykonawcy tunelu TBM wraz z

przejęciem monitoringu ma nastąpić w terminie do 300 dni kalendarzowych od dnia zawarcia Umowy.”

- ROZDZIAŁ XIV ZAWARTOŚĆ OFERTY, *„Oferta musi zawierać następujące dokumenty:*

1) Formularz Oferty – zgodnie ze wzorem określonym jako Załącznik nr 3 do SWZ;

2) Formularz cenowy dla Zadania nr 1 – zgodnie ze wzorem określonym jako Załącznik nr 3a do SWZ;

3) Formularz cenowy dla Zadania nr 2 – zgodnie ze wzorem określonym jako Załącznik nr 3b do SWZ (...).”

- ROZDZIAŁ XVII OPIS SPOSOBU OBLICZANIA CENY W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA, *„1. Podana w ofercie cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszystkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu terminowego i prawidłowego wykonania całości przedmiotu Zamówienia oraz podatek od towarów i usług (nie dotyczy Wykonawców zagranicznych, którzy nie są płatnikami podatku VAT w Polsce). 2. Wykonawca określi w Formularzu Oferty oferowaną cenę za wykonanie przedmiotu Zamówienia. Zamawiający wskazuje, że sposób dokonywania płatności został określony w Projekcie Umowy, stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ.”*

Zgodnie z formularzem nr 3a do SWZ Wykonawcy byli zobowiązani wskazać m.in. ceny (ryczałtowe) dla poszczególnych elementów rozliczeniowych: 1. Prace projektowe, 2. KOSZTY WYMAGAŃ OGÓLNYCH (w tym: Placu i Zaplecza budowy wraz z utrzymaniem): 2.1. PRZYGOTOWANIE ZAPLECZA, 2.2. UTRZYMANIE I LIKWIDACJA ZAPLECZA (STWIORB O.00.00.00), 3. MONITORING I NADZÓR, OBSŁUGA GEODEZYJNA INWESTYCJI, 4. ROBOTY BUDOWLANE, 5. DOKUMENTACJA POIWKONAWCZA + ODBIORY KOŃCOWE, 6. ZAMÓWIENIE OPCJONALNE, 7. ZAWIESZENIE ROBÓT 7.1. Zawieszenie robót zgodnie z Załącznikiem nr 8 do Wzoru Umowy pkt. 6 za 180 dni, Stawka jednostkowa netto/dzień, Stawka jednostkowa brutto/dzień, Wartość brutto.

Zgodnie z formularzem nr 3b do SWZ Wykonawcy byli zobowiązani wskazać m.in. ceny (ryczałtowe) dla poszczególnych elementów rozliczeniowych: 1. Prace projektowe, 2. KOSZTY WYMAGAŃ OGÓLNYCH (w tym: Placu i Zaplecza budowy wraz z utrzymaniem): 2.1. PRZYGOTOWANIE ZAPLECZA, 2.2. UTRZYMANIE I LIKWIDACJA ZAPLECZA (STWIORB O.00.00.00), 3. TYMCZASOWA ORGANIZACJA RUCHU (TOR), 4. MONITORING I NADZÓR, OBSŁUGA GEODEZYJNA INWESTYCJI, 5. ROBOTY BUDOWLANE, 6. DOKUMENTACJA POWYKONAWCZA + ODBIORY KOŃCOWE, WYNAGRODZENIE ZA PRZYSPIESZENIE.

W obu formularzach zawarto adnotację: *„Uwaga! FORMULARZ CENOWY stanowić będzie podstawę płatności i służy przedstawieniu przez Wykonawcę sposobu obliczenia ceny oferty.*

Nie dopuszcza się przenoszenia części kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami FORMULARZA CENOWEGO. Niedopuszczalne jest celowe zawyżanie jednej pozycji FORMULARZA CENOWEGO kosztem innej. Wykonawca zobowiązany jest wycenić pozycje FORMULARZA CENOWEGO w zakresie adekwatnym do danego asortymentu robót/prac do wykonania. Niedopuszczalne jest przenoszenie tzw. kosztów ogólnych całego przedsięwzięcia do jednej lub paru wybranych pozycji FORMULARZA CENOWEGO. Koszty ogólne ze swej natury powinny być ujmowane we wszystkich pozycjach FORMULARZA CENOWEGO proporcjonalnie do ich wartości netto. CAŁKOWITA WARTOŚĆ BRUTTO musi obejmować wszystkie obowiązki Wykonawcy podejmowane w związku z i w celu realizacji przedmiotu Zamówienia, jak również wszelkie koszty Wykonawcy z tym związane, w tym zysk, koszty wszelkich testów, pomiarów, prób, analiz, badań itp. związanych z realizacją Prac, wszelkie opłaty, podatki, cła i inne należności publiczno-prawne związane z realizacją przedmiotu Zamówienia, zarówno nakładane w Polsce, jak i poza jej granicami, w tym wszelkie koszty związane z uzyskaniem decyzji, zezwoleń, pozwoleń, odstępstw, opinii, dokonaniem uzgodnień niezbędnych do realizacji przedmiotu Zamówienia niezależnie od tego, kto będzie adresem dokumentów określonych powyżej.”

Zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ: projekt umowy:

- § 4. TERMIN REALIZACJI UMOWY, „4.3. Na podstawie terminów określonych powyżej oraz określonych w Załączniku nr 4A oraz 4B („Harmonogram realizacji prac”) do PFU Strony ustalą szczegółowy Harmonogram Rzeczowo-Finansowy (HRF). Postanowienia w tym zakresie znajdują się w Załączniku nr 7 („Szczegółowe prawa i obowiązki Stron”).”

- ZAŁĄCZNIK NR 7 - SZCZEGÓŁOWE PRAWA I OBOWIĄZKI STRON, „[HARMONOGRAM RZECZOWO-FINANSOWY] 27. W terminie 5 (pięciu) Dni Roboczych od zawarcia Umowy Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia projekt Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, podpisany przez osobę (lub osoby) upoważnioną/(-e) do reprezentowania Wykonawcy. Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do zatwierdzenia aktualizację Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego każdorazowo w terminie 5 Dni Roboczych od daty wydania przez Zamawiającego poleceń, o których mowa w § 6 Umowy. 28. Harmonogram Rzeczowo-Finansowy będzie zgodny z założeniami formularza cenowego RCO, którego wzór stanowi załącznik nr 15 do SWZ.”

- § 5. WYNAGRODZENIE I ZASADY ROZLICZEŃ, „1. Za: a) wykonanie Przedmiotu Umowy Strony ustalają wynagrodzenie w kwocie netto [...] zł, (słownie: [...] złotych) powiększonej o podatek VAT w wysokości [...] zł, (słownie: [...] złotych), co łącznie stanowi kwotę brutto [...] zł (słownie złotych: [...]), w tym za: • Zadanie 1 wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie netto [...] zł, (słownie: [...] złotych) powiększonej o podatek VAT w wysokości [...] zł, (słownie: [...] złotych) [...], w tym wynagrodzenie za Dokumentację projektową w kwocie powiększonej o podatek VAT [...] zł (słownie: [...] złotych) („Wynagrodzenie za Zadanie 1”), •

Zadanie 2 w kwocie netto [...] zł, (słownie: [...] złotych) powiększonej o podatek VAT w wysokości [...] zł, (słownie: [...] złotych), w tym wynagrodzenie za Dokumentację projektową w kwocie powiększonej o podatek VAT [...] zł (słownie: [...] złotych) („Wynagrodzenie za Zadanie 2”); b) wykonanie Zadania Opcjonalnego Strony ustalają wynagrodzenie w kwocie netto [...] zł, (słownie: [...] złotych) powiększonej o podatek VAT w wysokości [...] zł, (słownie: [...] złotych), co łącznie stanowi kwotę brutto [...] zł (słownie złotych: [...]), c) zawieszenie realizacji Zadania 1 w maksymalnym okresie wynikającym z Załącznika nr 8 do Umowy – iloczyn stawki za zawieszenie wynikającej z formularza cenowego (w wysokości 0,10 % Wynagrodzenia za Zadanie 1 za jeden dzień Zawieszenia Wykonania) i maksymalnego okresu Zawieszenia Wykonania (180 dni) – [...] zł, (słownie: [...] złotych), co łącznie stanowi kwotę brutto [...] zł (słownie złotych: [...]), („Wynagrodzenie”). (...)

6. Wynagrodzenie: 1) wskazane w ust. 1 powyżej będzie płatne nie częściej niż raz w miesiącu zgodnie z zaawansowaniem Prac, po ich odbiorze przez Zamawiającego zgodnie z procedurą opisaną w Załączniku nr 12 do Umowy; 2) wskazane w ust. 2 powyżej płatne będzie po zakończeniu prac konstrukcyjnych dla Zadania 2 wraz z przekazaniem Dokumentacji powykonawczej i przekazaniu komory dla wykonawcy tunelu TBM wraz z przejściem monitoringu na zasadach opisanych w Załączniku nr 12 do Umowy. (...) 11. Wynagrodzenie Wykonawcy rozliczane będzie na podstawie faktur VAT wystawianych przez Wykonawcę, zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym i po podpisaniu protokołu odbioru częściowego / końcowego zgodnie z Zasadami odbioru Prac określonymi w Załączniku nr 9, w wysokości odpowiadającej wartościom wykonanych Prac określonym w Harmonogramie Rzeczowo-Finansowym.”

Zgodnie z załącznikiem: O.00.00.00 WYMAGANIA OGÓLNE Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych: „1.5.3. Zaplecze budowy oraz zaplecze Zamawiającego, Wytyczne do przygotowania Zaplecza budowy oraz pomieszczeń dla potrzeb Zamawiającego zgodnie z Załącznikiem nr 10A do PFU.”

WYTYCZNE DOTYCZĄCE TERENU I ZAPLECZA BUDOWY – ZAŁĄCZNIK NR 10A DO SWZ(PFU): „10) Teren budowy winien być wygrodzony, zabezpieczony przed dostępem dla osób postronnych, zgodnie z projektem organizacji Robót budowlanych; Sposób wygrodzenia Terenu budowy należy uzgodnić z Zamawiającym; 11) Wykonawca powinien przewidzieć koszty związane z wykonaniem jednolitego, estetycznego i zgodnego z Decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach (załącznik nr 7A do PFU) ogrodzenia całego Placu budowy; Należy zastosować szczelne ogrodzenie Placu budowy, przy użyciu barier pełnych (usytuowanymi jak najbliżej granicy terenu robót ziemnych) oraz lokalizować tymczasowe obiekty kubaturowe związane z budową (np. kontenery, baraki) w taki sposób, aby stanowiły one barierę dla propagacji dźwięku od głównych źródeł hałasu na Placu budowy do obszaru

zabudowy mieszkalnej. Ogrodzenie będzie ustawione w sposób zapewniający bezpieczeństwo osób trzecich. Ogrodzenie powinno być w dobrym stanie technicznym, konserwowane i rozebrane po zakończeniu prac przez Wykonawcę; 12) demontaż, transport i wyładunek ogrodzenia leży po stronie Wykonawcy i jest uwzględniony w wartości wynagrodzenia, przy czym demontaż może odbywać się kilku etapowo w zależności od potrzeb zgłoszonych przez Zamawiającego.”

Zgodnie z protokołem prowadzonego postępowania wartość szacunkowa zamówienia wynosiła 362 787 702,48 zł.

Zgodnie z informacją z dnia 29 sierpnia 2023 r. Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia łączną kwotę 318 789 422,55 złotych brutto, w tym: zamówienie podstawowe: 318 450 167,53 złotych brutto, zamówienia opcjonalne: 339 255,02 złotych brutto.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w postępowaniu oferty złożyło 5 Wykonawców:

- Keller Polska sp. z o.o., zadanie 1: 94 894 714,43 zł (po poprawie omyłki: 105 407 045,46 zł), zadanie 2: 155 026 016,86 zł, łącznie: 249 920 731,29 zł (po poprawie omyłki: 260 433 062,32 zł),

- Budimex S.A., zadanie 1: 81 798 345,71 zł (po poprawie omyłki: 93 435 424,33 zł), zadanie 2: 87 321 355,26 zł, łącznie: 169 119 700,97 zł (po poprawie omyłki: 180 756 779,59 zł),

- Konsorcjum PORR, zadanie 1: 97 708 002,00 zł (po poprawie omyłki: 110 446 620,00 zł), zadanie 2: 136 081 050,00 zł, łącznie: 233 789 052,00 zł (po poprawie omyłki: 246 527 670,00 zł),

- Polbud - Pomorze sp. z o.o., zadanie 1: 115 167 633,36 zł (po poprawie omyłki: 117 006 327,88 zł), zadanie 2: 143 439 194,44 zł, łącznie: 258 606 827,80 zł (po poprawie omyłki: 260 445 522,32 zł),

- Gülermak sp. z o.o., zadanie 1: 110 974 375,61 zł (po poprawie omyłki: 110 855 225,51 zł), zadanie 2: 109 954 589,53 zł, łącznie: 220 928 965,14 zł (po poprawie omyłki: 220 809 815,04 zł).

W dniu 29 września 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp poinformował o poprawie omyłek w ofercie Przystępującego Budimex S.A.: „zawiadamiam o poprawieniu omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty złożonej przez Wykonawcę. W Formularzu cenowym dla Zadania nr 1 (Fabryczna) Wykonawca w pozycji 7: ZAWIESZENIE ROBÓT Wykonawca określił WYNAGRODZENIE ZA ZAWIESZENIE niezgodnie ze wskazanymi założeniami, tj.:

7.1 Zawieszenie robót zgodnie z Załącznikiem nr 8 do Wzoru Umowy pkt. 6.

Zgodnie z dyspozycją ust. 6 pkt 4 Załącznika nr 8 do Umowy, Zamawiający w okresie zawieszenia zobowiązany jest do pokrycia części kosztów Wykonawcy zgodnie ze stawką określoną w § 5 ust. 1 lit. c) Umowy. Zgodnie z § 5 ust. 1 lit. c) Umowy, zawieszenie realizacji Zadania 1 liczone jest jako iloczyn stawki za zawieszenie wynikającej z formularza cenowego (w wysokości 0,10 % Wynagrodzenia za Zadanie 1 za jeden dzień Zawieszenia Wykonania) i maksymalnego okresu Zawieszenia Wykonania (180 dni).

W konsekwencji powyższego koniecznym jest poprawienie omyłek w Formularzu cenowym dla Zadania 1 oraz wynikających z nich wartości wskazanych w Formularzu oferty.

W związku z powyższym Zamawiający dokonuje poprawienia przedmiotowych omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp w zw. z Rozdziałem XVIII ust. 3 SWZ w następujący sposób:

1. W Formularzu cenowych dla Zadania 1, sporządzonym zgodnie z Załącznikiem nr 3a do SWZ, poprzez poprawienie stawki jednostkowej za zawieszenie oraz całkowitej wartości netto i brutto za realizację Zadania nr 1, obejmującą zamówienie podstawowe, opcję oraz zawieszenie realizacji zadania:

[BYŁO: Stawka jednostkowa netto/dzień: 11 541,56 zł, Stawka jednostkowa brutto/dzień: 14 196,12 zł, Wartość brutto: 2 555 301,60 zł, CAŁKOWITA WARTOŚĆ NETTO (ZAMÓWIENIE PODSTAWOWE + ZAMÓWIENIE OPCJONALNE + ZAWIESZENIE): 66 502 720,09 zł, WARTOŚĆ VAT: 15 295 625,62 zł, CAŁKOWITA WARTOŚĆ BRUTTO (ZAMÓWIENIE PODSTAWOWE + ZAMÓWIENIE OPCJONALNE + ZAWIESZENIE): 81 798 345,71 zł]

[JEST: Stawka jednostkowa netto/dzień: 64 102,89 zł, Stawka jednostkowa brutto/dzień: 78 846,55 zł, Wartość brutto: 14 192 379,00 zł, CAŁKOWITA WARTOŚĆ NETTO (ZAMÓWIENIE PODSTAWOWE + ZAMÓWIENIE OPCJONALNE + ZAWIESZENIE): 75 963 759,62 zł, WARTOŚĆ VAT: 17 471 664,71 zł, CAŁKOWITA WARTOŚĆ BRUTTO (ZAMÓWIENIE PODSTAWOWE + ZAMÓWIENIE OPCJONALNE + ZAWIESZENIE): 93 435 424,33 zł]

2. W ust. 1 Formularza oferty, wartości Zadania nr 1 oraz sumy oferty:

BYŁO: [Całkowita wartość za realizację Zadania nr 1, obejmująca zamówienie podstawowe, opcję oraz zawieszenie realizacji zadania: Wartość netto (PLN): 66 502 720,09 zł, Wartość podatku VAT %: 15 295 625,62 zł, Wartość brutto (PLN): 81 798 345,71 zł, Suma: Wartość netto (PLN): 137 495 691,85 zł, Wartość podatku VAT %: 31 624 009,12 zł, Wartość brutto (PLN): 169 119 700,97 zł.]

JEST: [Całkowita wartość za realizację Zadania nr 1, obejmująca zamówienie podstawowe, opcję oraz zawieszenie realizacji zadania: Wartość netto (PLN): 75 963 759,62 zł, Wartość podatku VAT %: 17 471 664,71 zł, Wartość brutto (PLN): 93 435 424,33 zł, Suma:

Wartość netto (PLN): 146 956 731,38 zł, Wartość podatku VAT %: 33 800 048,21 zł, Wartość brutto (PLN): 180 756 779,59 zł.]”

Pismem z dnia 2 października 2023 r. Przystępujący BUDIMEX wyraził zgodę na poprawę ww. omyłki.

Zgodnie z formularzem cenowym (załącznik nr 3a) dla zadania 1 „Fabryczna” Budimex zaoferował m.in. następujące ceny: „4.2.4.3, Zakres robót objętych specyfikacją WZMOCNIENIE PODŁOŻA GRUNTOWEGO METODĄ INIEKCJI STRUMIENIOWEJ JET GROUTING: 29 083 855,63 zł netto, 4.2.4.4, Zakres robót objętych specyfikacją ŚCIANY SZCZELINOWE I BARETY: 12 278 880,87 zł netto, 4.2.4.10, Zakres robót objętych specyfikacją KONSTRUKCJE STALOWYCH SŁUPÓW TYMCZASOWYCH ORAZ ROZPÓR TYMCZASOWYCH, 826 003,86 zł netto.”

Zgodnie z formularzem cenowym (załącznik nr 3b) dla zadania 2 „Retkinia” Budimex zaoferował m.in. następujące ceny: „1. PRACE PROJEKTOWE, 1.1.8, Konstrukcja, 490 824,00 zł netto, 1.2, SPRAWOWANIE NADZORU AUTORSKIEGO NAD OPRACOWANĄ DOKUMENTACJĄ PROJEKTOWĄ (PW), 32 481,00 zł netto, 1.3, OPRACOWANIE PROJEKTU TYMCZASOWEJ ORGANIZACJI RUCHU (TOR), PROJEKTU ROZBIÓREK, ODTWORZEŃ (W TYM UZGODNIENIA NIEZBĘDNE DLA WDROŻENIA NA BUDOWIE), 60 150,00 zł netto, RAZEM WARTOŚĆ NETTO: 1 319 691,00 zł., 2. KOSZTY WYMAGAŃ OGÓLNYCH (w tym: Placu i Zaplecza budowy wraz z utrzymaniem), 2.1. PRZYGOTOWANIE ZAPLECZA, 294 000,00 zł netto, 2.2. UTRZYMANIE I LIKWIDACJA ZAPLECZA, 279 420,00 zł netto, 3. TYMCZASOWA ORGANIZACJA RUCHU (TOR), 3.1. WPROWADZENIE TOR WEDŁUG ZATWIERDZONEGO PROJEKTU, 60 000,00 zł netto, 3.2. KOSZTY ZARZĄDZANIA I LIKWIDACJI TOR, 207 208,21 zł netto, 4. MONITORING I NADZÓR, OBSŁUGA GEODEZYJNA INWESTYCJI, 4.1. MONITORING I NADZÓR ODDZIAŁYWANIA BUDOWY TUNELU I OBIEKTÓW NA JEGO TRASIE NA ŚRODOWISKO I OBIEKTY BUDOWLANE I INŻYNIERYJNE OTOCZENIA, 300 750,00 zł netto, 4.2. OBSŁUGA GEODEZYJNA INWESTYCJI WRAZ Z MONITORINGIEM GEODEZYJNYM PRAC, 1 035 783,00 zł netto, 5. ROBOTY BUDOWLANE, 5.2. WYKONANIE WSZYSTKICH ROBÓT BUDOWLANYCH NA PODSTAWIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ I WYKONAWCZEJ, 66 263 620,32 zł netto, 5.2.7.3, Zakres robót objętych specyfikacją WZMOCNIENIE PODŁOŻA GRUNTOWEGO METODĄ INIEKCJI STRUMIENIOWEJ JET GROUTING: 479 937,82 zł netto, 5.2.7.4, Zakres robót objętych specyfikacją ŚCIANY SZCZELINOWE I BARETY, 26 584 828,37 zł netto, 5.2.7.10, Zakres robót objętych specyfikacją KONSTRUKCJE STALOWYCH SŁUPÓW TYMCZASOWYCH ORAZ ROZPÓR TYMCZASOWYCH, 4 441 687,13 zł netto.”

Pismem z dnia 8 września 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego BUDIMEX do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny wskazując: „Działając na podstawie art.

224 ust. 2 pkt 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: Ustawa Pzp), w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 Ustawy Pzp, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Wykonawca zaoferował realizację Zamówienia za kwotę 169 119 700,97 PLN brutto, w tym: 1) całkowita wartość za realizację Zadania nr 1, obejmująca zamówienie podstawowe, opcję oraz zawieszenie realizacji zadania za kwotę 81 798 345,71 PLN brutto, 2) maksymalna wartość za realizację Zadania nr 2, obejmująca zamówienie podstawowe wraz z wynagrodzeniem za przyśpieszenie za kwotę 87 321 355,26 PLN brutto. Kwota ta jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek VAT ustalonej przed wszczęciem Postępowania, co obliguje Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do wyjaśnienia, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny wskazanej w Formularzu oferty. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do udzielenia szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny wskazanej w złożonej Ofercie. Wyjaśnienia powinny wskazywać, czy zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należytych wykonaniem zamówienia w szczególności:

- 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 3) cen rynkowych aktualnie stosowanych na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich oraz technicznych przewidzianych w ofercie oraz wynikających z opisu przedmiotu zamówienia wraz z informacją o przyjętym poziomie rezerw związanych z wyceną ryzyk przypisanych do realizacji przedmiotu zamówienia;
- 4) zarządzania procesem świadczonych usług lub metod budowy;
- 5) wybranych rozwiązań technicznych;
- 6) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;

8) wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca zobowiązany jest wyjaśnić w sposób szczegółowy i konkretny, że zaoferowana cena gwarantuje należyłą realizację całego zamówienia, uwzględnia wszelkie niezbędne do tego elementy, jak również wykazać na jakiej podstawie Wykonawca zaoferował cenę na takim poziomie, w szczególności Zamawiający prosi o wyjaśnienie kalkulacji Formularza Cenowego dla zadania nr 2 (budowa konstrukcji oporowej komory „Retkinia”), dotyczących następujących głównych pozycji:

- 1) Prace projektowe, w tym w szczególności poz. 1.1.8; 1.2; 1.3,
- 2) Koszty Wymagań ogólnych,
- 3) Tymczasowa organizacja ruchu,
- 4) Monitoring i nadzór, obsługa geodezyjna inwestycji,
- 5) Roboty budowlane, w tym w szczególności poz. 5.2.

Wymienione wyżej elementy cenotwórcze są elementami przykładowymi. Wykonawca powinien wskazać w wyjaśnieniach wszystkie czynniki cenotwórcze, w tym te wskazane powyżej, które uwzględnił przy sporządzeniu oferty na takim poziomie cenowym. Złożone wyjaśnienia Wykonawca zobowiązany jest poprzeć stosownymi dowodami potwierdzającymi wskazywane w wyjaśnieniach informacje, w szczególności, gdy Wykonawca powołuje się na istnienie po jego stronie pewnych szczególnie korzystnych warunków, które wpłynęły na sposób ukształtowania ceny. Nie dysponując dowodami Zamawiający nie jest w stanie dokonać oceny czy okoliczności powodujące obniżenie ceny, na które powołuje się Wykonawca, faktycznie zachodzą. W przypadku braku dołączenia do wyjaśnień stosownych dowodów, np. z powodu ich nieposiadania, Wykonawca zobowiązany jest do złożenia wyjaśnień w tym zakresie uprawdzopodobniających okoliczność uniemożliwiającą ich złożenia.

Zamawiający informuje, że: 1) składając wyjaśnienia wraz z dowodami Wykonawca nie może zmienić ceny zaoferowanej w ofercie; 2) treść wyjaśnień wraz z dowodami musi odpowiadać treści złożonej oferty; 3) wyjaśnienia Wykonawcy wraz z dowodami powinny wykazywać, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, tj. jest to cena realna, skalkulowana w sposób rzetelny i nie zagraża realizacji zamówienia.”

Pismem z dnia 22 września 2023 r. Przystępujący BUDIMEX złożył wyjaśnienia:

„(...) 4. Rozpatrywanie cen zaoferowanych w ramach wszystkich złożonych ofert wskazuje, że oferta Budimex S.A. stanowi 74,68 % od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert w przedmiotowym postępowaniu, co nie jest wyjątkiem w tego typu postępowaniach przetargowych. Według Budimex S.A., na podstawie przedstawionych faktów, nie ma podstaw do uznania, że cena zaoferowana w ich ofercie jest rażąco niska. Fakty te sugerują,

że musiała zajść oczywista pomyłka rachunkowa przy szacowaniu kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia. Przechodząc do dalszych wyjaśnień, Wykonawca potwierdza, że jego oferta uwzględnia wszystkie wymagania określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), a także wszystkie okoliczności charakterystyczne dla przedmiotu zamówienia, które zostały podane i opisane przez Zamawiającego w dokumentach przetargowych oraz podczas przeprowadzonej wizji lokalnej, wraz z uwzględnieniem ryzyk wskazanych przez Zamawiającego jako ryzyk Wykonawcy. Na tym etapie kalkulacji ceny ofertowej Wykonawca przyjął realny koszt wykonania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem możliwości modyfikacji zakresu i technologii robót, możliwości wykonawczych, doboru sprzętu w ramach opracowania projektu wykonawczego, zgodnie z postanowieniami PFU, umowy oraz odpowiedziami udzielonymi na pytania wykonawców. Wykonawca jest w pełni przygotowany do realizacji zadania, które jest przedmiotem złożonej oferty, zarówno w zakresie sprzętowym, ludzkim, jak i materiałowym. Dodatkowo, Wykonawca podkreśla, że pozostaje w gotowości do udzielenia dalszych wyjaśnień Zamawiającemu dotyczących treści jego oferty, jeśli wątpliwości co do jej treści będą dalej występowały po stronie Zamawiającego i zostaną one wskazane przez Wykonawcę.

III. SZCZEGÓŁOWE WYJAŚNIENIA WYKONAWCY W ZAKRESIE TREŚCI OFERTY

AD. 1. Zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy

W odpowiedzi na to pytanie, chcielibyśmy wyjaśnić kwestię zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy. W tym miejscu wskazujemy, że nasza oferta uwzględnia wszystkie przepisy prawa pracy i wynagrodzenia, w tym minimalne wynagrodzenie za pracę i minimalną stawkę godzinową ustalone na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 września 2022 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2023 r. oraz przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie. [TABELA koszty pracy] W procesie przygotowania naszej oferty uwzględniliśmy wszystkie koszty związane z pracami budowlanymi, w tym koszty wynagrodzenia dla pracowników. Wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa niż minimalne wynagrodzenie za pracę lub minimalna stawka godzinowa określona przez przepisy prawa. W naszej ofercie został m.in. uwzględniony fakt, że w 2023 r. zmiana wynagrodzeń była dwukrotna: 1. W przypadku pracowników zatrudnionych na podstawie umowy o pracę, płaca minimalna od 1 stycznia 2023 r. została ustalona na poziomie 3490 zł, a od 1 lipca wzrosła do 3600 zł. 2. Dla osób zatrudnionych na podstawie umowy zlecenie oraz innych umów, do których stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu minimalna stawka godzinowa od 1 stycznia 2023 r. wynosi 22,80 zł, a od 1 lipca 2023 r. wzrosła ona do 23,50 zł.

AD. 2. Zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego

W odpowiedzi na pytanie dotyczące wyliczenia ceny przedmiotowej oferty, chcielibyśmy potwierdzić, że cały proces wyliczania ceny został dokonany zgodnie z obowiązującymi przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym zamówienie ma zostać zrealizowane. Pragniemy podkreślić, że jako Wykonawca, jesteśmy świadomi znaczenia przestrzegania przepisów prawa pracy oraz przepisów związanych z ochroną zdrowia i bezpieczeństwem pracowników, a także zabezpieczeniem społecznym. Dlatego w naszej ofercie uwzględniliśmy wszystkie wymagania prawne, które muszą być spełnione w procesie wyliczania kosztów, włączając w to m.in. stawki wynagrodzeń, koszty ubezpieczenia społecznego, składki na ubezpieczenie zdrowotne, koszty wypadkowe, dodatki za pracę w nocy czy w weekendy i inne zgodnie z lokalnymi przepisami. Jako Wykonawca, zobowiązujemy się do przestrzegania przepisów prawa pracy oraz przepisów dotyczących ochrony zdrowia i bezpieczeństwa pracowników.

AD. 3. Ceny rynkowe aktualnie stosowane na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich oraz technicznych

Wykonawca potwierdza, że zaoferowana cena rzeczywiście uwzględnia wszystkie elementy związane z należyтым wykonaniem zamówienia, w tym w szczególności uwzględnia cen rynkowe aktualnie stosowane na rynku w odniesieniu do zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich oraz technicznych przewidzianych w ofercie oraz wynikających z opisu przedmiotu zamówienia. Dodatkowo Wykonawca nadmienia, że w ramach wykonywanych, czy już zrealizowanych Kontraktów nawiązał kontakty handlowe oraz zdobył na nich doświadczenia w organizacji robót, które są dostosowane do uwarunkowań lokalnych. Są potencjałem, który pozwala na konkurencyjną wycenę przedmiotu zamówienia z zachowaniem wymaganych standardów jakościowych oraz przy zachowaniu ceny rynkowej – we wszystkich aspektach wyceny, w tym także w zakresie zaplanowanego zaangażowania zasobów ludzkich oraz technicznych. Jednocześnie Wykonawca wskazuje, że zarówno z uwagi na wieloletnie doświadczenie Wykonawcy, jak i na fakt, że z większością podwykonawców/dostawców, z których usług korzysta, będzie współpracował przy realizacji niniejszego zamówienia, roboty, które w ramach realizacji kontraktu stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia powierzone zostaną podwykonawcom, jak i zamówione dostawy, zostaną zrealizowane w ramach zaoferowanych przez nich korzystnych cen. Po pierwsze, z firmami podwykonawczymi Wykonawca współpracuje od wielu już lat w sposób stały, a w ciągu całego okresu współpracy nie doszło nigdy do sytuacji, aby którykolwiek z tych podmiotów nie wykonał zlecenia za zaoferowaną wcześniej cenę. Po drugie, Wykonawca jednocześnie podkreśla, że zawsze weryfikuje, również pod kątem możliwości realizacji zlecenia za wskazaną cenę, oferty otrzymywane od firm, z którymi zamierza współpracować w ramach realizacji konkretnego zamówienia i dotyczy to również ofert firm, z którymi Wykonawca współpracuje w sposób stały od wielu lat. Z uwagi na własne ogromne doświadczenie Wykonawca jest bowiem w stanie ocenić, czy cena zaoferowana przez

podwykonawcę jest realistyczna. W przypadku niniejszego postępowania Wykonawca, biorąc pod uwagę zarówno swoje rozeznanie rynku oraz doświadczenie, pozytywnie ocenił wiarygodność złożonych mu korzystnych ofert, co umożliwiło ich uwzględnienie w ostatecznej kalkulacji ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu. Wykonawca informuje, że wykonanie umowy za cenę wskazaną w ofercie zapewnia osiągnięcie zakładanego przez niego zysku i jest opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych. Oferta Wykonawcy wynika z rozpoznania przedmiotu zamówienia, doświadczenia Wykonawcy, założonego ryzyka finansowego, a zarazem gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem podstaw opracowania dokumentacji przetargowej, nie ma wpływu na dalsze prowadzenie działalności przez Wykonawcę i nie zagraża jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą sprawną i terminową realizację zamówienia. Dodatkowe informacje w tym zakresie znajdują się również w AD. 5. Wybrane rozwiązania techniczne. Przyjęty poziom rezerw związanych z wyceną ryzyk przypisanych do realizacji przedmiotu zamówienia wynosi 2,3%.

AD. 4. Zarządzanie procesem świadczonych usług lub metod budowy

Budowa konstrukcji oporowych konstrukcji komór „Retkinia” oraz „Fabryczna” to złożony proces, który wymaga profesjonalnego zarządzania procesem produkcji i świadczonych usług, a także precyzyjnej metody budowy. Projekt ten obejmuje m.in.: a) roboty rozbiórkowe i przygotowawcze, b) budowę konstrukcji oporowej „Retkinia” i komory rozjazdowej „Fabryczna” c) wykonanie nowych instalacji elektro-energetycznych i teletechnicznych, oświetleniowych d) przebudowę sieci wodociągowych, kanalizacji sanitarnej i deszczowej, gazowej e) przebudowę sieci drogowej, zieleni Wszystkie ww. prace w ofercie Budimex S.A. zostały skalkulowane z należytą starannością w oparciu przede wszystkim o Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia, dokumentację projektową, odpowiedzi zamawiającego z etapu postępowania, Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz doświadczenie własne Wykonawcy w zakresie realizacji inwestycji infrastrukturalnych, a w szczególności inwestycji kolejowych. Budimex S.A. w swojej ofercie uwzględnił wszelkie niezbędne koszty do wykonania zamówienia z zachowaniem norm i standardów jakościowych odnoszących się do tego typu robót, zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, Polskimi Normami, decyzjami administracyjnymi, jak również zaleceniami i wytycznymi Zamawiającego, w sposób zgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności prawa budowlanego oraz przepisami wykonawczymi wydanymi na jego podstawie, BHP, p-poż, portowymi oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej. Założone przez BUDIMEX S.A. zarządzanie procesem produkcji polega na zapewnieniu skutecznego planowania, koordynacji i monitorowania procesów produkcyjnych, w tym prac wykonywanych przez podwykonawców w celu osiągnięcia zamierzonego celu. W postępowaniu pn. „Budowa konstrukcji oporowej komory „Retkinia” oraz konstrukcji oporowej

komory rozjazdowej „Fabryczna” w ramach budowy tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85, wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14”, zarządzanie procesem produkcji obejmuje zastosowanie technik i narzędzi, takich jak planowanie przygotowanie i projektu, opracowanie wymaganych projektów np. projektu tymczasowej organizacji ruchu na czas prowadzenia Robót wraz uzgodnieniem go z Zamawiającym, analiza ryzyka, harmonogramowanie, zarządzanie kosztami i jakością, a także ocenę wydajności i kontrole postępu projektu. Do tych zadań już na etapie składania oferty założono wykorzystanie wykwalifikowanej kadry technicznej i ekonomicznej, celem utrzymania należytego zarządzania procesem produkcji, zapewniającego osiągnięcie wymaganych przez Zamawiającego terminów oddania poszczególnych odcinków realizacyjnych. Świadczenie usług w ramach projektu „Budowa konstrukcji oporowej komory „Retkinia” oraz konstrukcji oporowej komory rozjazdowej „Fabryczna” w ramach budowy tunelu dalekobieżnego w Łodzi w ciągu linii kolejowej nr 85, wraz z włączeniem w linię kolejową nr 14” obejmuje np. dostawę materiałów, budowlanych, zarządzanie logistyką, usługi geodezyjne, usługi budowlane, usługi inżynierskie, usługi badań geotechnicznych i innych. Zarządzanie świadczonymi usługami wymaga dokładnej oceny potrzeb projektu, identyfikacji dostawców, opracowania odpowiednich specyfikacji, selekcji i oceny ofert, a także nadzoru nad jakością usług i kontrolą kosztów. Budimex S.A. dzięki realizacji wielu projektów infrastrukturalnych w całym kraju, w tym i w okolicach Warszawy (np. Wykonanie robót budowlanych związanych z przebudową stacji Warszawa Zachodnia w ramach projektu POIiŚ 5.1-13 pn. „Prace na linii średnicowej w Warszawie na odcinku Warszawa Wschodnia – Warszawa Zachodnia” oraz projektu POIiŚ 6.1-22 pn. „Budowa trasy tramwajowej do Wilanowa wraz z zakupem taboru oraz infrastrukturą towarzyszącą”), posiada bazę wyspecjalizowanych dostawców i wykonawców poszczególnych robót specjalistycznych, z którymi jest w stanie zawrzeć umowy na znacznie korzystniejszych warunkach niż konkurencja m.in. z uwagi na owocną współpracę przy wielu innych inwestycjach oraz już zawarte umowy na dostawy i świadczenie usług. Ponadto, doświadczenie Budimex S.A. pozwoliło na etapie składania oferty na opracowanie najbardziej optymalnego rozwiązania świadczenia usług w ramach projektu oraz metody budowy z zachowaniem projektowych postanowień umowy.

AD. 5. Wybrane rozwiązania techniczne

Wskazujemy, że Budimex S.A., jako wyspecjalizowaną firmą na rynku budowlanym, realizującą od wielu lat z sukcesem inwestycje budowlane, posiada doświadczenie i potencjał pozwalający na realizację inwestycji za zaoferowaną cenę.

Budimex S.A. jest jedną z największych i najlepiej rozwijających się spółek budowlanych w kraju, notowaną na GPW od 1995 roku. Obecnie realizuje ponad 50 inwestycji na terenie Polski, o łącznej wartości prawie 10 miliardów zł. Wyniki finansowe osiągnięte przez Budimex S.A. bezpośrednio przekładają się na realizowane z powodzeniem zamówienia publiczne.

Budimex S.A. dysponuje następującymi zasobami pozwalającymi na złożenie przedmiotowej oferty:

Sprzęt: a) Oddziałem usług sprzętowych, który zawiaduje parkiem maszynowym); b) Laboratorium polowym; c) Mobilnymi wytwórniami mas bitumicznych, i jedną z nich zamierza wykorzystać do realizacji niniejszego zadania. Wymienione wyżej czynniki są elementami, które są zamortyzowane w całości lub w części w ramach realizowanych przez nas innych inwestycji i które pozwalają na optymalizację kosztów realizacji zamówienia.

Materiał: a) Jako Spółka o zasięgu ogólnopolskim dysponujemy scentralizowanym systemem zakupów materiałów budowlanych i usług opartych na wynegocjowanych z dostawcami preferencyjnych warunkach handlowych zawartych w ponad 300 umowach ramowych zarówno w zakresie usług jak i dostaw różnych asortymentów materiałów. Poniżej przedstawiamy wybrane ich dziedziny: • Usługi sprzętowe i transportowe, • Dostawa asfaltu, • Dostawa oleju napędowego, • Dostawa stali zbrojeniowej, • Dostawy betonów, • Dostawa kruszyw, • Dostawy geosyntetyków, • Dostawy cementu, • Dostawa elementów z żywicy poliestrowych (GRP) (rury, studnie, itp.), • Dostawa rur, studni i zbiorników z PE,PP,PCV, • Dostawa rur betonowych i żelbetowych wraz z akcesoriami, • Dzierżawa szalunków • Dzierżawa elementów deskowań (szalunków, rusztowań), Posiadany przez nas zasób umów ramowych świadczy o naszej bardzo dobrej współpracy z kontrahentami w zakresie różnych dziedzin. Wypracowana wieloletnia współpraca ma bezpośredni wpływ na otrzymanie od Kontrahentów bardzo korzystnych ofert cenowych, co ma istotny wpływ na oferowaną cenę przedmiotowego zamówienia publicznego. b) Ponadto jako Spółka o zasięgu ogólnopolskim prowadzimy działania pozwalające nam na scentralizowany zakup materiałów budowlanych w korzystnych okresach spadku cen materiałów.

Zasoby osobowe: Budimex S.A. dysponuje zmobilizowanymi zasobami ludzkimi składającymi się z doświadczonej kadry inżynierskiej i brygad pracowników fizycznych, które mogą przystąpić do realizacji zadania inwestycyjnego.

Współpraca z podwykonawcami/dostawcami: Do Grupy Budimex należy firma Mostostal Kraków S.A., która posiada dwie wytwórnie konstrukcji stalowych i specjalizuje się w świadczeniu usług w zakresie wykonawstwa i montażu wszelkiego rodzaju konstrukcji stalowych oraz montażu urządzeń głównie dla przemysłów cementowo-wapienniczego, energetycznego, hutniczego, chemicznego.

Ugruntowana przez Budimex S.A. pozycja rynkowa, zdobyta wiedza oraz dotychczasowa bardzo dobra współpraca z podwykonawcami, a także - co szczególnie istotne - stabilność finansowa Budimex S.A., zaowocowała obopólną chęcią dalszego współdziałania. Skutkiem tego jest możliwość pozyskiwania korzystniejszych ofert od podwykonawców, co z kolei bezpośrednio przekłada się na możliwość zmniejszenia kosztów budowy. Biorąc powyższe pod uwagę, Wykonawca posiada pełną wiedzę zarówno co do lokalnej specyfiki robót

objętych przedmiotem zamówienia, jak i cen rynkowych, jakie obowiązują dla poszczególnych asortymentów robót, przede wszystkim zaś posiada ogromne własne doświadczenie. Dodatkowo nawiązane w ramach wykonywanych, czy już zrealizowanych Kontraktów kontakty handlowe oraz zdobyte na nich doświadczenia w organizacji robót dostosowane do uwarunkowań lokalnych, są potencjałem, który pozwolił nam na konkurencyjną wycenę przedmiotu obecnego zamówienia z zachowaniem wymaganych standardów jakościowych oraz przy zachowaniu ceny rynkowej. Jednocześnie wskazujemy, że zarówno z uwagi na wieloletnie doświadczenie Wykonawcy, jak i na fakt, że z większością podwykonawców/dostawców, z których usług korzystać będziemy przy realizacji niniejszego zamówienia, współpracujemy od wielu lat, nie mamy żadnych wątpliwości, że zarówno roboty, które w ramach realizacji kontraktu stanowiącego przedmiot niniejszego zamówienia powierzone zostaną podwykonawcom, jak i zamówione dostawy, zostaną zrealizowane w ramach zaoferowanych przez nich korzystnych cen. Po pierwsze, z firmami Wykonawca współpracuje od wielu już lat w sposób stały, a w ciągu całego okresu współpracy nie doszło nigdy do sytuacji, aby którykolwiek z tych podmiotów nie wykonał zlecenia za zaoferowaną wcześniej cenę. Po drugie, Wykonawca jednocześnie podkreśla, że zawsze weryfikuje, również pod kątem możliwości realizacji zlecenia za wskazaną cenę, oferty otrzymywane od firm, z którymi zamierza współpracować w ramach realizacji konkretnego zamówienia i dotyczy to również ofert firm, z którymi Wykonawca współpracuje w sposób stały od wielu lat. Z uwagi na własne ogromne doświadczenie Wykonawca jest bowiem w stanie ocenić, czy cena zaoferowana przez podwykonawcę jest realistyczna. W przypadku niniejszego postępowania Wykonawca, biorąc pod uwagę zarówno swoje rozeznanie rynku oraz doświadczenie, pozytywnie ocenił wiarygodność złożonych mu korzystnych ofert, co umożliwiło ich uwzględnienie w ostatecznej kalkulacji ceny zaoferowanej przez Wykonawcę w niniejszym postępowaniu. Wykonawca informuje, że wykonanie umowy za cenę wskazaną w ofercie zapewnia osiągnięcie zakładanego przez niego zysku i jest opłacalne przy zachowaniu obowiązujących reguł rynkowych. Oferta Wykonawcy wynika z rozpoznania przedmiotu zamówienia, doświadczenia Wykonawcy, założonego ryzyka finansowego, a zarazem gwarantuje wykonanie przedmiotu zamówienia z zachowaniem podstaw opracowania dokumentacji przetargowej, nie ma wpływu na dalsze prowadzenie działalności przez Wykonawcę i nie zagraża jego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zaoferowana cena jest ceną realną, umożliwiającą sprawną i terminową realizację zamówienia. Wykonując nasze usługi, wykorzystujemy sprawdzone rozwiązania zarządzania procesem zakupów, logistyki, produkcji i świadczenia usług, dzięki czemu jesteśmy w stanie dobrać najbardziej optymalne i efektywne rozwiązania techniczne i logistyczne, które umożliwiają nam realizację prac w sposób bardziej efektywny i innowacyjny niż konkurencja. W efekcie, nasze usługi są wysoce wyspecjalizowane i dopasowane do indywidualnych potrzeb klienta/danej inwestycji, a także osiągnięcia wyznaczonego przez Zamawiającego terminu realizacji całego projektu oraz jego poszczególnych etapów. Celem osiągnięcia tak wydajnego zarządzania procesem

produkcji zatrudniamy szereg doświadczonych specjalistów, czego wynikiem jest prowadzenie wielu inwestycji infrastrukturalnych, i nie tylko, w kraju na pozycji lidera firm budowlanych. Nasza unikatowość w dostarczaniu usług lub robót budowlanych wynika również z naszej zdolności do ścisłej współpracy naszych zespołów technicznych z firmami projektowymi i specjalistycznymi. Jest to nieformalnie mówiąc nasze „know-how”. Jesteśmy przekonani, że taka współpraca jest kluczowa dla osiągnięcia doskonałych wyników i spełnienia oczekiwań Zamawiającego. Powyższe działania pozwalają na odpowiednią analizę i organizację harmonogramu, najbardziej optymalną koordynację prac oraz identyfikację ścieżek krytycznych. Takie zasoby i doświadczenie pozwalają nam na precyzyjne planowanie każdego etapu projektu, co umożliwi terminowe i korzystne dla Zamawiającego, w ujęciu nie tylko terminowym, ale i finansowym wykonanie prac budowlanych. Dzięki wspomnianej wiedzy i umiejętnościom jesteśmy w stanie zrealizować dla naszych klientów inwestycje budowlane, które spełniają ich oczekiwania w zakresie jakości, terminowości i efektywności finansowej, czego przykładem jest najkorzystniejsza cenowo oferta w niniejszym postępowaniu. Zastosowanie wyżej opisanych rozwiązań przy wykonywaniu robót ma istotny wpływ na koszty i dotrzymanie terminu realizacji inwestycji, a także na lepszą ochronę środowiska. Dzięki temu Budimex S.A. jest w stanie zapewnić właściwe wykonanie projektu zgodnie z wymaganymi parametrami technicznymi, z uzyskaniem w pełni zamierzonego celu inwestycyjnego. Tym samym wybór oferty Budimex S.A. pozwoli Inwestorowi na wykorzystanie środków publicznych w sposób racjonalny i efektywny. Wykonawca jest przekonany, że przedstawione w niniejszym piśmie wyjaśnienia stanowią wyczerpującą odpowiedź w zakresie kwestii poruszonych w Państwa piśmie. Informujemy, że w razie jakichkolwiek wątpliwości do przesłanych odpowiedzi gotowi jesteśmy udzielić Państwu dodatkowych wyjaśnień.

AD. 6. Zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej Wykonawca oświadcza, że nie korzysta z pomocy publicznej.

AD. 7. Zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska

BUDIMEX S.A. oświadcza, że w ramach wyliczenia ceny przedmiotowej oferty uwzględnił wymagania dotyczące ochrony środowiska zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Szczegółowo przeanalizowaliśmy przedmiot zamówienia oraz wszelkie związane z nim aspekty środowiskowe, takie jak zużycie energii, emisję substancji szkodliwych, produkcję odpadów, wpływ na jakość powietrza, wody i gleby. W procesie wyliczenia ceny uwzględniliśmy wszelkie koszty związane z minimalizacją wpływu przedmiotu zamówienia na środowisko, takie jak koszty związane z wykorzystaniem odpowiednich materiałów, częściowego zastosowania energii ze źródeł odnawialnych, wdrożenie innowacyjnych technologii lub procedur minimalizujących zużycie energii i produkcję odpadów. Ponadto, w ramach naszego wyliczenia ceny przedmiotowej oferty, wzięliśmy pod uwagę koszty

związane z implementacją wymagań dotyczących ochrony środowiska oraz szkolenia pracowników w zakresie ochrony środowiska. W tym miejscu pragniemy również zaznaczyć, że: 1. W ramach naszej oferty zapewniamy zagospodarowanie w sposób zgodny z prawem wszystkich wytworzonych w wyniku realizacji Umowy odpadów. 2. Zobowiązujemy się do przekazywania Zamawiającemu kopii kart przekazania oraz ewidencji odpadów wygenerowanych przez rejestr BDO (Baza danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami) oraz dostarczenia dokumentów związanych z zagospodarowaniem odpadów (m.in. PZ) 3. Zamierzamy dokonywać segregacji odpadów w sposób umożliwiający jednoznaczne określenie kodu odpadu oraz jego wagi. 4. Zobowiązujemy się m.in. do: • przeciwdziałania emisji pyłów w trakcie realizacji przedmiotu Umowy, w szczególności poprzez zraszanie wodą terenu budowy, przykrywanie plandekami skrzyń ładunkowych samochodów transportujących materiały z rozbiórek oraz ziemię z wykopów; • zabezpieczenia terenu budowy przez przedostaniem się odpadów, w tym odpadów stałych, do wód portowych; • natychmiastowego usunięcia zanieczyszczenia w przypadku jego wystąpienia; • zlokalizowanie bazy parku maszynowego na terenie wyposażonym w szczelną, utwardzoną nawierzchnię w celu zabezpieczenia miejsca postoju maszyn przed możliwością wycieku substancji ropopochodnych i przedostaniem się ich do gruntu i wód gruntowych; • wyposażenie placu budowy (w tym maszyn i pojazdów budowlanych) w maty sorbcyjne w celu usuwania incydentalnych rozlewów substancji olejowej; • niedokonywanie terenie inwestycji napraw maszyn budowlanych mogących skutkować przypadkowymi wyciekami substancji ropopochodnych; • wyposażenia zaplecza budowy winno w szczelne, przenośne toalety dla pracowników;

AD. 8. wypełnienia obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy

(...) Wypełnienie obowiązków związanych z powierzeniem podwykonawcom wykonania części zamówienia BUDIMEX S.A. zakłada realizować m.in. przez: a) ponoszenie odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie zamówienia przez podwykonawcę, b) zobowiązanie się do kontrolowania wykonywania prac przez podwykonawców, c) przedstawianie raportów z postępów prac oraz wykonanych prac przez podwykonawcę na wniosek Zamawiającego, d) wstrzymanie prac wykonywanych przez podwykonawcę lub wypowiedzenie umowy z podwykonawcą, jeśli nie będzie on spełniał określonych standardów/wymagań. e) w przypadku zamiaru zawarcia umowy o podwykonawstwo w trakcie realizacji Zamówienia o wartości większej lub równej niż 0,5% (słownie: pięć dziesiątych procenta) wartości Umowy, przedłożenie Zamawiającemu projektu tej umowy, przy czym podwykonawca i dalszy podwykonawca będą zobowiązani dołączyć zgodę Wykonawcy na zawarcie umowy o podwykonawstwo o treści zgodnej z projektem umowy. f) zobowiązanie podwykonawców lub dalszych podwykonawców do przedkładania Zamawiającemu poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o

podwykonawstwo w terminie 7 dni od dnia jej zawarcia. g) stosowanie terminu zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przewidzianego w umowie o podwykonawstwo nie przekraczającego 30 (słownie: trzydzieści) dni od dnia doręczenia Wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy dostawy, usługi lub roboty budowlanej.

W nawiązaniu do żądania Zamawiającego zgodnie z art. 224 ust. 4 Ustawy PZP, Wykonawca przedstawia szczegółowe wyliczenia istotnych części składowych ceny w odniesieniu do zadania nr 2 (budowa konstrukcji oporowej komory „Retkinia”) W nawiązaniu do wezwania Zamawiającego dotyczącej udzielenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych informujemy, że w naszej ofercie zostały uwzględnione koszty materiałów, robocizny oraz sprzętu do wykonania zadania. W kosztach pośrednich skalkulowane zostały koszty dostosowania do wymagań kontraktu m.in. koszty zaplecza Zamawiającego, wykonania dokumentacji fotograficznej, tymczasowej organizacji ruchu, pozostałych dróg dojazdowych i platform roboczych, wszelkiego sprzętu niezbędnego do wykonania prac, kadry i inne. Koszty pośrednie nie zostały rozłożone równomiernie na wszystkie pozycje kosztorysowe z uwagi na fakt, iż część prac zostanie zlecona podwykonawcom. Zatem Budimex S.A. umieścił większość kosztów pośrednich, kosztów dostosowania i zysku, w tych pozycjach kosztorysowych, które będzie wykonywał samodzielnie.

1. Prace projektowe

Wykonawca uwzględnił w wycenie zapewnienie biura projektowego. Wykonawca zakłada na obecnym etapie, że polegał będzie na potencjale własnym (jako Biurze Projektowym) w postaci Biura Technicznego zlokalizowanego w siedzibie Wykonawcy (Warszawa, ul. Siedmiogrodzka 9). Biuro Techniczne Wykonawcy posiada zespoły projektowe w skład których wchodzi personel o odpowiednich kwalifikacjach dla danej branży (projektanci, eksperci, specjaliści, asystenci), osobowo dostosowany do potrzeb projektu. Całość prac projektowych prowadzona będzie w oparciu o Procedurę PS-03 (wewnętrzna procedura Wykonawcy w zakresie projektowania) w celu monitorowania prawidłowości realizacji projektu, jego terminowego wykonywania, z uwzględnieniem monitorowania ryzyka oraz określeniem obowiązków uczestników procesu projektowego, w tym projektantów. Na etapie przetargu Wykonawca zakłada opracowanie dokumentacji projektowej dla obu zadań, tj. dla zadania 1 „Fabryczna” i zadania 2 „Retkinia” przez ten sam zespół projektowy, a na etapie oferty koszty zostały przyjęte w podziale na dwa zadania. [Tabela nr 1 - Prace projektowe] Wykonawca założył odpowiednią ilość poszczególnych zespołów umożliwiającą wykonanie dokumentacji projektowej z dotrzymaniem kamienia milowego określonego przez Zamawiającego. Na etapie sporządzania wyceny prac projektowych oszacowano następujące zaangażowanie podstawowych zespołów projektowych, będących w zasobach

własnej jednostki projektowej: • Zespół drogowy – 1 zespół • Zespół konstrukcyjny – 2 zespoły • Zespół instalacyjny – 1 zespół • Zespół elektryczny – 1 zespół • Zespół telekomunikacyjny – 1 zespół • Zespół środowiskowy – 1 zespół • Zespół architektów – 1 zespół

Skład osobowy poszczególnych zespołów projektowych będzie zawierał personel o odpowiednich kwalifikacjach dla danej branży (projektanci, eksperci, specjaliści, asystenci) i będzie dostosowany do potrzeb projektu. Opracowana dokumentacja projektowa będzie sporządzana przez osoby o odpowiednich kwalifikacjach i uprawnieniach dla danej branży, a następnie będzie przechodziła proces wewnętrznej weryfikacji pod kątem poprawności rozwiązań przez weryfikatorów /osoby sprawdzające/ jednostki projektowej. Ponadto w ramach wewnętrznej koordynacji i nadzoru prac projektowych będą odbywały się cotygodniowe spotkania, na których weryfikowane będzie bieżące zaawansowanie prac projektowych oraz analizowane będą zagadnienia techniczne pod kątem ich poprawności oraz zgodności z Warunkami Kontraktu. Całość ww. procesu przebiegała będzie w zgodności z Procedurą PS-03 (wewnętrzna procedura Wykonawcy w zakresie projektowania). Bieżący nadzór nad przebiegiem procesu projektowania będzie wykonywany również przez Inżyniera i Przedstawiciela Zamawiającego podczas spotkań z Wykonawcą w postaci Przeglądu Dokumentów, Rad Zadania i Wizyt Roboczych. Wewnętrzna weryfikacja procesu projektowania w pierwszej kolejności dokonywana będzie przez kompetentnych pracowników jednostki projektowej, przy udziale Koordynatora Projektu ze strony Wykonawcy. Wszystkie przyjęte rozwiązania podczas procesu projektowania będą identyfikowane i poddawane wewnętrznym przeglądom, weryfikacji i zatwierdzeniu przed ich wdrożeniem. Po weryfikacji wewnętrznej kompletna dokumentacja projektowa zostanie przekazana przez Wykonawcę do Inżyniera Kontraktu. W przypadku zgłoszonych przez niego uwag Wykonawca wprowadzi niezbędne poprawki, a po uzyskaniu pozytywnej opinii Inżyniera będzie następowała procedura odbioru, której będzie dokonywał przedstawiciel Zamawiającego. Prowadzone prace projektowe oraz przyjęte rozwiązania będą zgodne z wymaganiami dokumentów Zamawiającego, wymaganiami Umowy, Programem Zapewnienia Jakości, Harmonogramem Prac Projektowych oraz poleceniami Inżyniera. Wszystkie dedykowane zespoły projektowe będą wykonywały dokumentację projektową ściśle w oparciu o te materiały, co zapewni jednorodność oraz ciągłość przyjętych rozwiązań. Ponadto w celu zapewnienia właściwego przebiegu i monitorowania procesu projektowania oraz jego zgodności z warunkami kontraktu zostaną opracowane wytyczne nadzoru nad tym procesem, które obejmą wymagania dotyczące: • planowania procesu projektowania, • danych wejściowych, • monitorowania procesu projektowania, • danych wyjściowych, przeglądów i weryfikacji projektowania, • nadzoru nad dokumentacją i danymi, • zatwierdzania i odbioru dokumentacji. Ww. wytyczne zgodne będą z Procedurą PS-03 (wewnętrzna procedura Wykonawcy w zakresie projektowania) w celu monitorowania prawidłowości realizacji projektu, jego terminowego wykonywania, z uwzględnieniem monitorowania ryzyka oraz określeniem obowiązków uczestników procesu, także na etapie

nadzorów autorskich. W ramach własnego biura projektowego Wykonawca wyznaczy koordynatora prac projektowych dla uzyskania ciągłości i jednorodności rozwiązań w przypadku podziału projektu między poszczególne zespoły projektowe.

2. Koszt Wymagań Ogólnych

Wykonawca informuje, że skalkulował koszt zaplecza Wykonawcy na czas wykonywania Robót budowlanych i takim zapleczem będzie dysponował. Informujemy, że w ramach zadania założono dwa zaplecza w rejonie komory Fabryczna oraz w rejonie komory Retkinia. Wykonawca uwzględnił w swojej ofercie wymagania PFU w szczególności w zakresie zaplecza budowy pkt. 4.1 PFU m.in. w sposób zapewniający oszczędne korzystanie z terenu i bez uciążliwości dla osób trzecich. W poz. 2.1 Wykonawca uwzględnił tylko przygotowanie zaplecza, w poz. 2.2 utrzymanie i likwidację zaplecza, natomiast pozostałe oszacowane koszty zostały uwzględnione w pozostałych pozycjach kosztorysowych. [Tabela nr 2 – Koszty Wymagań Ogólnych]

3. Tymczasowa organizacja ruchu

Wykonawca uwzględnił w ofercie koszty utrzymania ciągłości ruchu publicznego w obszarze robót i ich oddziaływania wraz z kosztami utrzymania, w tym letniego i zimowego utrzymania dróg w okresie trwania realizacji Kontraktu aż do czasu przejęcia przez Zamawiającego. Wykonawca w ofercie uwzględnił koszty instalacji, utrzymania, zapewniania stałych warunków widoczności w dzień i w nocy oraz obsługi tymczasowych organizacji ruchu, urządzeń zabezpieczających. [Tabela nr 3 – Tymczasowa organizacja ruchu]

4. Monitoring i nadzór, obsługa geodezyjna inwestycji

Wykonawca uwzględnił w ofercie koszt obsługi geodezyjnej oraz monitoring obiektów sąsiednich zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. W ofercie została przyjęta oferta firmy podwykonawczej. [Tabela nr 4 - Monitoring i nadzór, obsługa geodezyjna inwestycji]

5. Roboty budowlane [Tabela nr 5 – Roboty budowlane].”

W załączniku nr 1 do wyjaśnień przedstawiono robocie kosztowe Prac projektowych na koszty personelu, opłat dotyczących projektu, Inne: polisa ubezpieczeniowa na prace projektowe, mapy, geologia, nadzór autorski.

W załączniku nr 2 do wyjaśnień przedstawiono rozbiecie kosztowe Kosztów wymagań ogólnych, w tym w poz. 2.1. przewidziano koszt ogrodzenia: 60 000,00 zł. Wskazano na dodatkowe koszty ogólne uwzględnione w ofercie, jak Wynagrodzenie personelu kierowniczego, pojazdy służbowe, ubezpieczenie budowy, ryzyka wykonawcy, koszty BHP, Nadzór geotechniczny, Nadzór saperski, Wniosek o przetwarzanie odpadu dla betonu i ziemi, Ochrona – monitoring, Ochrona - patrol mobilny, Inwentaryzacja stanu istniejącego, Remonty dróg po kontrakcie, Drogi technologiczne, Utrzymanie czystości dróg, Koszt

przygotowania placu magazynowego, Monitoring TV, Tablice informacyjne i pamiątkowe, Zabezpieczenie otworów technologicznych w komorach, łącznie na kwotę: 12 869 175,00 zł.

W załączniku nr 3 do wyjaśnień przedstawiono rozbiecie kosztowe poz. 3 formularza cenowego Tymczasowa organizacja ruchu.

W załączniku nr 4 do wyjaśnień przedstawiono rozbiecie kosztowe poz. 4 formularza cenowego MONITORING I NADZÓR, OBSŁUGA GEODEZYJNA INWESTYCJI.

W załączniku nr 5 do wyjaśnień przedstawiono rozbiecie kosztowe poz. 5 formularza cenowego Roboty budowlane. Wskazano, że dla poz. 5.2.7.3 Zakres robót objętych specyfikacją WZMOCNIENIE PODŁOŻA GRUNTOWEGO METODĄ INIEKCJI STRUMIENIOWEJ JET GROUTING, 5.2.7.4. Zakres robót objętych specyfikacją ŚCIANY SZCZELINOWE I BARETY oraz poz. 5.2.7.10 Zakres robót objętych specyfikacją KONSTRUKCJE STALOWYCH SŁUPÓW TYMCZASOWYCH ORAZ ROZPÓR TYMCZASOWYCH: *„Wykonanie ścian szczelinowych, przesłony jet grouting, montaż stalowych rozpór - wg ofert podwykonawczej Soletanche - przyjęto w podziale 50/50%kompleksowa oferta Soletanche - 60 670 000,00 zł”*

Do wyjaśnień dołączono oferty podwykonawcze:

- Aqua Tech (Komora Retkina oraz komora rozjazdowa Tunel LK 85, Izolacja płyty fundamentowej, AquaSlab 1212 - membrana łącząca się z betonem, AquaSlab CoverTape - taśma pomocnicza, AquaSlab BiTape - taśma pomocnicza, Selatex Plus - płynna membrana uszczelniająca przebicia, 722 835,36 zł netto),

- oferta mieszanek betonowych CEMEX,

- oferta EUROKOP (Roboty ziemne – Fabryczna i Retkina, 4. Cena Oferty. 1. Komora Fabryczna - wykop otwarty – 11 900m³ – 43zł netto/ m³ - wykop pod płytą stropowa – 13 831 m³ – 63zł netto/ m³ 2. Komora Retkina - wykop otwarty – 14 700m³ – 43zł netto/ m³ - wykop pod płytą stropowa – 64 716 m³ – 63zł netto/ m³),

- oferta Usługi geodezyjne GEO-BOR (obsługa geodezyjna inwestycji w cenie: 1 230 000 zł netto. Cena obejmuje obsługę geodezyjną inwestycji oraz monitoring geodezyjny obiektów i budynków sąsiednich.),

- oferta GÓRAŹDŻE BETON na zakup mieszanek betonowych i usług pompowania,

- oferta Soletanche Polska: *„na wykonanie robót geotechnicznych na ww. budowie. Oferujemy projekt i wykonanie ścian szczelinowych, które w fazie budowy zabezpieczą stateczność ścian wykopu, a w fazie docelowej stanowią będą ściany zewnętrzne podziemia stacji według naszego rozwiązania. Stateczność ścian szczelinowych w fazie budowy zostanie zapewniona stropami rozporowymi oraz tymczasowymi rozporami stalowymi. Za stateczność ścian w fazie eksploatacji i zapewnienie jej dostatecznego podparcia w tej fazie odpowiedzialność ponosi projektant konstrukcji całego budynku. Oferta obejmuje także*

wykonanie przesłony jet grouting i bloków jet grouting plug-in/plug out. Prace projektowe związane z przygotowaniem projektu wykonawczego ścian szczelinowych rozpoczniemy po przekazaniu ostatecznej i uzgodnionej wersji projektu wykonawczego konstrukcji. Ewentualne dodatkowe modyfikacje projektu wykonawczego, wynikające ze zmian wprowadzonych w projekcie wykonawczym konstrukcji po rozpoczęciu prac projektowych przez Soletanche, będą każdorazowo podstawą do obciążenia Zamawiającego dodatkowymi kosztami projektowymi. Koszt pracy projektanta SP wynosi 1500 PLN/dzień. Oferta obejmuje wykonanie ścian szczelinowych o klasie szczelności 1 zgodnie z tablicą 3. Klasyfikacja szczelności ścian. Zeszyt ITB 89 Ściany szczelinowe i baret - konstrukcje i zastosowania, Warszawa 2020. Podstawę do przygotowania oferty stanowiły materiały przekazane drogą elektroniczną Założenia przyjęte do sporządzenia oferty: - oferta obejmuje opracowanie projektu wykonawczego ścian szczelinowych, baret, przesłony jet grouting, ścianki berlińskiej a następnie ich wykonanie; - obwód ścian szczelinowych wynosi 437,3 mb dla komory Retkinia ; - obwód ścian szczelinowych wynosi 186,6 mb dla komory Fabryczna ; - oferta nie obejmuje elementów kotwiących ścianę z kolumn jet grouting pod budynkiem ŁDK - oferta obejmuje dostawę i montaż zbrojenia GFRP - maksymalne głębokość wykopu pod płytę denną w sąsiedztwie ścian szczelinowych zgodnie z rysunkami P00100011-MTP-O00-085BZZZ57-XX-DR-420001.pdf oraz P00100011-MTP-O00-085AAZZ21-XX-DR-420011.pdf; - góra wykonanych przez nas ścian na rzędnych zgodnie z rysunkami P00100011-MTP-O00-085BZZZ57-XX-DR-420001.pdf oraz P00100011-MTP-O00-085AAZZ21-XX-DR-420011.pdf; - ściany szczelinowe wykonane będą z platformy roboczej znajdującej się na poziomie terenu; - w analizie założono rysę 0,3 mm; - roboty wykonywane będą powyżej temperatury -5°C; - wszelkie przeszkody i kolizje zostaną usunięte przed rozpoczęciem przez nas robót; - wykotwienia do płyty dennej z prętów 2x #14 co ok. 20 cm i do stropów pośrednich z prętów #12 co ok. 20 cm z przerwą między koszami i z przerwą w miejscu włożenia rury contractor; - przyjęto obciążenie naziomu 15 kPa; - przesłona pozioma jet-grouting w obrębie ścian szczelinowych szybu Fabryczna zostanie wykonana z poziomu +206,6 m n.p.m. - przesłona pozioma analizowana dla poziomu wody gruntowej +100.60 m n.p.m. - oferta obejmuje wykonanie 16 baret gruntowych wraz z osadzeniem słupów tymczasowych podpierających pasmo stropu, oferta nie obejmuje wykonania stropu; - w trakcie wykonywania prac będziemy mieli ciągły i nieograniczony dostęp do obszaru prowadzonych robót; - prace będą prowadzone przez 5 dni w tygodniu; Oferta obejmuje wykonanie ścian szczelinowych o klasie szczelności 1 zgodnie z tablicą 3. Klasyfikacja szczelności ścian. Zeszyt ITB 89 Ściany szczelinowe i baret - konstrukcje i zastosowania, Warszawa 2020. Zakres robót objętych ofertą: * opracowanie projektu wykonawczego ścian szczelinowych, ścian berlińskich, baret, przesłony jet grouting * mobilizacja placu budowy: - sprowadzenie sprzętu - montaż wytwórni zawiesiny bentonitowej - wytyczenie robocze murków prowadzących - wykonanie żelbetowych murków prowadzących * wykonanie ścian szczelinowych: - drażnienie szczeliny w osłonie zawiesiny bentonitowej - odpiaszczenie

*pluczki bentonitowej przed betonowaniem - odwóz urobku - instalacja elementu rozdzielczego i uszczelniającego (waterstop) CWS® - dostarczenie stali (gat. BSt500), wykonanie zbrojenia i instalacja klatek zbrojeniowych; - dostarczenie betonu i betonowanie metodą contractor (beton C30/37W8) - skucie górnej części ściany szczelinowej do zdrowego betonu - wyrównanie powierzchni ściany szczelinowej zgodnie z wytycznymi PN-EN 1538 (skucie młotami ręcznymi) * wykonanie baret wraz z instalacją tymczasowych słupów stalowych; * wykonanie przesłony poziomej jet-grouting; * wykonanie bloków plug in i plug out; * wykonanie ściany uszczelniającej pomiędzy tunelami TBM w technologii jet grouting; * montaż tymczasowych rozpór stalowych i ich dzierżawa do 5 miesięcy przy użyciu koparek Zamawiającego; * demobilizacja placu budowy; * demontaż rozpór przy pomocy żurawia Zamawiającego udostępnionego nieodpłatnie;*

Ceny: Przy poniższych warunkach finansowo-ekonomicznych: (...) nasza cena netto za podany zakres robót wynosi: 60 670 000,00 zł.”

Pismem z dnia 29 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego BUDIMEX o odtajnieniu informacji, które nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji: *„Zamawiający informuje, że nie uznaje skuteczności zastrzeżenia jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacji zawartych w następujących dokumentach: I. Informacje wskazujące na przyjęty przez Wykonawcę sposób kalkulacji ceny ofertowej zawarte w pkt III Szczegółowe wyjaśnienia wykonawcy w zakresie wyliczenia ceny (oznaczony pkt III wyjaśnień Wykonawcy w dokumencie pn.: Wyjaśnienie Budimex_RNC_Final); II. dowody załączone do Wyjaśnienie Budimex_RNC_Final, tj. załączniki nr 1 – 5 w całości: 1. TABELA NR 1 - Prace Projektowe - tajemnica przedsiębiorstwa 2. TABELA NR 2 - Koszty Wymagań ogólnych - tajemnica przedsiębiorstwa 3. TABELA NR 3 - Tymczasowa organizacja ruchu - tajemnica przedsiębiorstwa 4. TABELA NR 4 - Monitoring i nadzór, obsługa geo - tajemnica przedsiębiorstwa 5. TABELA NR 5 - Roboty Budowlane - tajemnica przedsiębiorstwa; III. oferty podwykonawców, o których mowa w wyjaśnieniach.”*

Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału VI pkt 4.1) SWZ Przystępujący Budimex złożył wykaz robót, w którym wskazał m.in. na realizację: *„Rozbudowa i przebudowa budynku Teatru Polskiego wraz z infrastrukturą techniczną, zjazdem parkingiem dla samochodów osobowych w Szczecinie.”* Natomiast celem wykazania należytego wykonania ww. roboty budowlanej przedłożył protokół odbioru końcowego z dnia 31 maja 2023 roku, w którym stwierdzono: *„Dokonano odbioru końcowego z zastrzeżeniem usterek/wad (nieistotnych) określonych w poniższych protokołach (...) IV, Rozliczenie końcowe: Zgodnie z umową Strony zgodnie ustaliły, że faktura końcowa zostanie wystawiona przez WR po usunięciu wad/usterek wskazanych w pkt III, na podstawie Końcowego Świadectwa Płatności wystawionego przez IK. (...) Okres gwarancji i rękojmi rozpoczyna bieg 01.06.2023 r.”*

Artykuł 16 pkt 1 – 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”

W myśl art. 128 ust. 1 ustawy pzp: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...)”

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 ustawy pzp: „Zamawiający poprawia w ofercie: 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. 3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.”

Zgodnie z art. 224 ustawy pzp: „1. Jeżeli zaofferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. 2. W przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od: 1) wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia; (...) 3. Wyjaśnienia, o których mowa w ust. 1, mogą dotyczyć w szczególności: 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy; 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych; 3) oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę; 4) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane

zamówienie; 5) zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej; 6) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie; 7) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska; 8) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy. 4. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6. 5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 6. 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. (...)"

Artykuł 226 ust. 1 pkt 1 lit. b, pkt 5, 8 i 10 ustawy pzp stanowi: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (...) 8) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia (...) 10) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający prawidłowo uznał za wystarczające wyjaśnienia w zakresie ceny złożone przez Przystępującego Budimex, w tym za zgodną z warunkami zamówienia, nie zawierającą błędów w obliczeniu ceny oraz czy przedłożone przez Budimex podmiotowe środki dowodowe, a konkretnie protokół odbioru referencyjnej realizacji z wykazu robót, potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu co do należytego wykonania tej realizacji. Analiza dokumentacji postępowania oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Zarzut 1 odwołania: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp w zw. z art. 224 ust. 6 i 5 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex S.A., a w konsekwencji jej wybór, pomimo iż Wykonawca ten w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (nie uzasadnił podanej w ofercie ceny), a zatem nie sprostował nałożonemu na niego obowiązkowi, co winno skutkować przyjęciem przez Zamawiającego, iż wskazana przez Budimex cena za przedmiot zamówienia jest rażąco niska, dlatego też oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona w postępowaniu.

Zarzut 2 odwołania: naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, a w konsekwencji jej wybór, pomimo iż złożona przez tego Wykonawcę oferta zawiera rażąco niską cenę, dlatego powinna zostać odrzucona w postępowaniu.

Zarzut 3: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez brak odrzucenia oferty Budimex, a w konsekwencji jej wybór, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia (SWZ), gdyż – po pierwsze - nie obejmuje wszystkich elementów składających się na przedmiot zamówienia – po drugie – Wykonawca, wbrew wyraźnemu zakazowi Zamawiającego, dopuścił się przenoszenia części kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami Formularza, zawyżając przy tym wartość jednej pozycji kosztem innej, a także wyceniając je wbrew rzeczywistemu kosztowi poszczególnych prac/robót (adekwatności) i nie rozkładając proporcjonalnie kosztów ogólnych, co jest wprost sprzeczne z postanowieniami SWZ, dlatego oferta Budimex powinna zostać odrzucona.

Zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odnosząc się zbiorczo to postawionych zarzutów dotyczących rażąco niskiej ceny na wstępie wskazania wymaga zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i nierzeczywista. Jak podniesiono w wyroku z dnia 30 listopada 2021 r.: *„Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w taki sposób, że Zamawiający musi umożliwić wykonawcy wykazanie okoliczności, iż zaoferowana przez niego cena jest ceną realną. Następnie zaś na wykonawcy, zgodnie z art. 224 ust. 5 Pzp, spoczywa obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Rolą Zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy czynniki wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca zakłada realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. Treść normy art. 224 ust. 5 Pzp nie pozostawia wątpliwości, że to na wykonawcy wezwanym do złożenia wyjaśnień spoczywa obowiązek wykazania, czy możliwe i realne jest wykonanie zamówienia za określoną w ofercie cenę. Z racji tego, że celem wyjaśnień jest wzruszenie przyjętego domniemania, że zaoferowana cena jest ceną rażąco niską, wyjaśnienia takie muszą być konkretne, wyczerpujące i uzasadniające realność dokonanej przez wykonawcę kalkulacji.”*

Niewątpliwie więc istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca powinien w rzetelny i jak najpełniejszy sposób wykazać, również poprzez złożenie dowodów odpowiadających wyjaśnianym składnikom ceny, że zaoferowane przez niego ceny nie noszą znamion rażąco niskich. Co jednak kluczowe, wyjaśnienia wykonawcy muszą

odpowiadać wezwaniu, szczególnie w sytuacji, gdy zamawiający precyzuje szczegółowo, jakie elementy ceny budzą jego wątpliwości. W przeciwnym razie nawet obszernie wyjaśnienia, które nie odnoszą się jednak do kwestionowanych przez zamawiającego cen, nie będą mogły zostać uznane za uzasadniające ich zaoferowanie na niskim poziomie. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przedstawione w wyroku o sygn. akt KIO 3750/21 z dnia 18 stycznia 2022 r.: „(...) ocena wyjaśnień ceny złożonych przez wykonawcę musi odbywać się, w kontekście wezwania zamawiającego – jego szczegółowości oraz wyrażonych w nim skonkretyzowanych wątpliwości. Jeżeli Zamawiający wskaże w wezwaniu do wyjaśnień elementy ceny oferty, które jego zdaniem wymagają takich wyjaśnień to wykonawca zobowiązany jest udzielić wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym przez Zamawiającego. (...) obowiązkiem wykonawcy jest, aby w odpowiedzi na wezwanie wystosowane przez zamawiającego udzielił wyjaśnień dotyczących okoliczności, które wpłynęły na wysokość zaoferowanej ceny w taki sposób, aby na ich podstawie możliwe było jednoznaczne ustalenie, że cena oferty (odpowiednio koszt, istotna część składowa) nie jest ceną rażąco niską. Efektem składanych wyjaśnień ma być stworzenie podstaw do uznania przez zamawiającego, że podejrzenie dotyczące rażąco niskiej ceny oferty nie było uzasadnione. Podkreślić trzeba, iż nie tylko nieudzielenie wyjaśnień w wyznaczonym terminie skutkować będzie koniecznością odrzucenia oferty, ale także złożenie takich wyjaśnień, które nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.”

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba zwraca uwagę po pierwsze na treść wezwania Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, które zostało wystosowane, gdyż cena oferty Budimex była niższa o ponad 30% od wartości zamówienia. Zamawiający zgodnie z protokołem prowadzonego postępowania oszacował wartość zamówienia na kwotę 362 787 702,48 zł. Analizując ceny zaoferowane przez Wykonawców w postępowaniu, gdzie najtańsza oferta wynosiła ok 180 mln. zł a najdroższa ok. 260 mln. zł nie trudno zauważyć, że szacunek Zamawiającego nie znalazł odzwierciedlenia w cenach rynkowych, a dokładnie został znacznie zawyżony, co też Zamawiający i Przystępujący podkreślali w swoich stanowiskach. Niewątpliwie na tle pozostałych ofert cena oferty Budimex nie odbiega istotnie od średniej arytmetycznej cen pozostałych Wykonawców.

Niemniej jednak Zamawiający zobligowany ustawowo wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień, co determinowało po stronie Budimex obowiązek przedstawienia wyjaśnień rzetelnych, uzasadniających rynkowość zaoferowanej ceny, a przede wszystkim odpowiadających wezwaniu. W odniesieniu do powyższego Odwołujący w ramach zarzutu 1 ponosił, iż złożone przez Przystępującego wyjaśnienia pomimo ich obszerności są lakoniczne, „niczego nie wyjaśniają”, na ich podstawie nie można wywieść pochodzenia zaoferowanych cen, a w wielu miejscach Wykonawca Budimex powtarza i przywołuje te same okoliczności, co powinno prowadzić do wniosku, iż Przystępujący nie podołał ciężarowi wykazania realności ceny w zakresie wymaganym wezwaniem Zamawiającego.

W ocenie Izby z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić. Zauważenia wymaga, że Zamawiający w wezwaniu wymagał wyjaśnień w zakresie zbieżnym z treścią regulacji ustawowej, dodatkowo wskazując na pozycje formularza cenowego (załącznik nr 3b do SWZ), które powinny zostać szczegółowo wyjaśnione: „Zamawiający prosi o wyjaśnienie kalkulacji Formularza Cenowego dla zadania nr 2 (budowa konstrukcji oporowej komory „Retkinia”), dotyczących następujących głównych pozycji: 1) Prace projektowe, w tym w szczególności poz. 1.1.8; 1.2; 1.3, 2) Koszty Wymagań ogólnych, 3) Tymczasowa organizacja ruchu, 4) Monitoring i nadzór, obsługa geodezyjna inwestycji, 5) Roboty budowlane, w tym w szczególności poz. 5.2.” Jakkolwiek treść samego pisma Przystępującego z dnia 22 września 2023 r. można uznać pomimo obszerności za w dużym stopniu ogólną, co sam Przystępujący przyznał na rozprawie, to jednak wyjaśnienia odnoszą się do każdej z kwestii, której wymagał Zamawiający w wezwaniu, a załączników do pisma nie sposób uznać za lakoniczne i nic nie wyjaśniające. Izba zwraca uwagę, że ogólne okoliczności, które Budimex przywołuje w wyjaśnieniach znajdują swoje uszczegółowienie w załącznikach, gdzie w Tabelach wskazano na składowe ceny dla każdego zakresu prac, których wymagał Zamawiający i gdzie podano wartość m.in. ujętego zysku, ryzyk wykonawcy, kosztów pośrednich, kosztów personelu, w tym przestrzegania przepisów o minimalnym wynagrodzeniu za pracę, podano też założone proporcjonalnie koszty ogólne. Co do kosztów pracy to Wykonawca przedstawił jakie składowe wynagrodzenia przewidział, w tym poczynił założenia co do absencji, a które odpowiadają przepisom. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający przytoczył w tym zakresie w wezwaniu, jak i co do wybranych rozwiązań technicznych treść art. 224 ustawy pzp. Co do kosztów pracy mowa jest o ich zgodności z przepisami prawa i tą zgodność Budimex wyjaśnił. Zamawiający nie wymagał wyspecyfikowania przewidzianej liczby pracowników do każdego zakresu robót, jak oczekiwał Odwołujący. Szczegółowych wyjaśnień Zamawiający wymagał co do pozycji formularza dotyczącego komory Retkinia, a więc w odniesieniu do drugiej komory (z uwagi na brak jednoznacznego wezwania w tym zakresie) Budimex był uprawniony złożyć ogólne wyjaśnienia. Przedstawione przez Budimex stawki w zakresie komory Retkinia ukazują w sposób jednoznaczny jakie elementy cenowe założył Wykonawca i na jakim poziomie. Odwołujący argumentował, że wyjaśnienia sprowadzają się do potwierdzenia zgodności z wymaganiami Zamawiającego a nie wskazują cen w ujęciu założonych roboczogodzin, materiałów czy sprzętu. Odnosząc się do powyższego zaznaczyć należy, że w konsekwencji złożonych wyjaśnień zamawiający ma właśnie uzyskać pewność m. in. że wszystkie istotne składowe ceny zostały przewidziane w cenie globalnej. Na podstawie tak przedstawionego rozbicia cenowego Zamawiający mógł ocenić, czy ceny istotne dla powodzenia realizacji całego przedsięwzięcia nie zostały rażąco zaniżone, a na pewno mógł takiej weryfikacji dokonać wykonawca specjalizujący się w branży będącej przedmiotem zamówienia, i taką też próbę podjął Odwołujący formułując zarzut 2 odwołania. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie sprecyzował w treści wezwania wyjaśnień w jakim kształcie oczekuje. Nie

bez znaczenia jest również okoliczność, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu jest wynagrodzeniem ryczałtowym a nie kosztorysowym, a wykonawcy nie byli zobowiązani do składania szczegółowych kosztorysów, a wyłącznie ogólnego rozbitcia cenowego w formularzach cenowych przygotowanych przez Zamawiającego. Skoro Zamawiający nie zobligował Wykonawcy do określonego sposobu wyjaśnienia ceny to Przystępujący był uprawniony złożyć je w takiej formie jaką uważał za właściwą dla wykazania realności ceny. Dodatkowo zauważyć należy, że istotne składniki cenowe, w zakresie których Budimex zamierza korzystać z podwykonawców zostały poparte ofertami podwykonawczymi. W ocenie Izby tak przedstawione wyjaśnienia należało uznać za wystarczające i odpowiadające wezwaniu, dlatego też Izba uznała, że zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Przechodząc do zarzutu 2 odwołania Odwołujący podnosił zaniżenie ceny co do „Kosztów wymagań ogólnych”. W tym zakresie Odwołujący zasadniczo oparł zarzut na porównaniu cen z zaoferowanymi w poz. 2 formularza cenowego przez innych Wykonawców wywodząc niedoszacowanie tej pozycji przez Budimex. Izba zauważa, co słusznie podnosił Przystępujący, że poz. 2 odnosi się do Zaplecza Wykonawcy, na co wskazują podpozycje, czyli 2.1.: „PRZYGOTOWANIE ZAPLECZA” i 2.2. „UTRZYMANIE I LIKWIDACJA ZAPLECZA”. Właściwie zatem Budimex wycenił dla tej pozycji koszty dotyczące zaplecza, a nie koszty ogólne całej budowy. Pozostałe koszty ogólne zostały podane przez Budimex w załączniku 2 do wyjaśnień, które zostały ujęte w cenie oferty w sposób proporcjonalny, czyli tak jak wymagał Zamawiający: *„Koszty ogólne ze swej natury powinny być ujmowane we wszystkich pozycjach FORMULARZA CENOWEGO proporcjonalnie do ich wartości netto.”*, co w ocenie Izby jest logiczne i nie powinno budzić wątpliwości. Jak podkreślał Przystępujący wynika to również z konstrukcji formularza, gdzie przy każdej pozycji jest odwołanie do: *„O.00.00.00 WYMAGANIA OGÓLNE Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych”*. Nie znając szczegółowych założeń pozostałych Wykonawców w tym zakresie (nie można bowiem stwierdzić, czy Wykonawcy zastosowali się do proporcjonalnego rozłożenia kosztów ogólnych) trudno uznać za właściwe wywodzenie zaniżenia tych pozycji przez Przystępującego Budimex wyłącznie na podstawie porównania zaoferowanych w poz. 2 formularza cen Konkurentów z ceną Przystępującego.

W zakresie poz. 2 formularza cenowego Odwołujący zakwestionował w sposób bardziej konkretny przewidziany przez Przystępującego koszt ogrodzenia: 60 000 zł. W ocenie Odwołującego, co próbował wykazać poprzez złożony dowód nr 1 (oferta INNOWALL POLAND sp. z o.o. za ogrodzenie na kwotę 507 903,90 zł) cena ogrodzenia powinna zostać oszacowana na poziomie 500 000 zł, a przy takim założeniu sam koszt ogrodzenia pochłania prawie całą cenę zaoferowaną w poz. 2 przez Budimex (573 420 zł). W odniesieniu do powyższych twierdzeń Izba zauważa przede wszystkim, że Odwołujący nie wykazał, iż koszt ogrodzenia stanowi istotną składową ceny. W orzecznictwie wskazuje się, że: *„Istotna część składowa ceny to część, która w znacznym stopniu przyczynia się do powstawania kosztów*

po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty. Oceniając istotność części składowych ceny oferty, która podlega badaniu, należy wykazać, że jej zniżenie ma istotny wpływ na ostateczną wysokość ceny oferty.” (wyrok KIO z dnia 15 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3043/21); „należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których – ze względu na ich merytoryczne znaczenie – zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości.” (wyrok KIO z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. akt KIO 3005/21). Na tle tych rozważań, trudno uznać, aby ewentualne niedoszacowanie kosztu rzędu 500 000 zł dotyczącego ogrodzenia, a nie przykładowo jakichś kluczowych dla prawidłowości inwestycji prac, przy globalnej cenie ok. 180 mln. zł mogło zaważyć na powodzeniu całego przedsięwzięcia. Już z tych powodów zarzut należało uznać za chybiony. Dodatkowo wskazania wymaga, że Odwołujący przywołuje w zakresie jakości ogrodzenia Decyzję środowiskową oraz przedstawia dokumentację zdjęciową pomijając jednak wymagania WYTYCZNYCH DOTYCZĄCE TERENU I ZAPLECZA BUDOWY – ZAŁĄCZNIK NR 10A DO SWZ(PFU) pkt 11) zdanie 3: „Ogrodzenie powinno być w dobrym stanie technicznym, konserwowane i rozebrane po zakończeniu prac przez Wykonawcę”. Słusznie podkreślał więc Zamawiający na rozprawie, że nie wymagał nowego ogrodzenia. Ogrodzenie powinno być w dobrym stanie technicznym, co pozwala na skorzystanie z ogrodzenia będącego już w dyspozycji wykonawcy, a co niewątpliwie wpływa na koszty. Odwołujący przedstawił bowiem ofertę przygotowaną dla siebie (dowód nr 1) na nowe ogrodzenie. Podkreślić także trzeba, co już zostało podniesione, że mając na względzie opis w formularzu poz. 2 to miała ona obejmować koszty Zaplecza, a więc ogrodzenia Zaplecza a nie całej budowy. Koszty ogrodzenia budowy mogły zostać rozłożone proporcjonalnie do określonego zakresu prac. Niezależnie od powyższego, zarzut należało uznać za niezasługujący na uwzględnienie z uwagi na marginalny koszt tego elementu ceny, niestanowiącego istotnej części składowej. Podobnie, jeśli chodzi o koszt likwidacji zaplecza, przy czym Odwołujący nie podał nawet jakiego rzędu jest to koszt. Odwołujący nie wskazał do jakich pozycji ten koszt mógł zostać przeniesiony i nie wykazał tej okoliczności, trudno zatem uznać za udowodniony zarzut zniżenia ceny w tym zakresie czy też niezgodności oferty z warunkami zamówienia co do niedozwolonego przenoszenia kosztów między pozycjami.

Dalej Odwołujący podnosił niedoszacowanie w zakresie tzw. JET GROUTING, bądź też zarzucał niedozwolone przesunięcie kosztów tej pozycji do innych co świadczyłoby o niezgodności z SWZ. Odwołujący wywodził swoje wnioski z porównania cen z zaferowanymi przez pozostałych Wykonawców oraz podkreślał różnice w wycenie Budimex dla obu komór co do tej pozycji. Odnosząc się do powyższego Izba zauważa, że dla tej pozycji (WZMOCNIENIE PODŁOŻA GRUNTOWEGO METODĄ INIEKCJI

STRUMIENIOWEJ JET GROUTING), jak i dla poz. 5.2.7.4 ŚCIANY SZCZELINOWE I BARETY oraz 5.2.7.10 KONSTRUKCJE STALOWYCH SŁUPÓW TYMCZASOWYCH ORAZ ROZPÓR TYMCZASOWYCH Budimex przedstawił kompletną ofertę Soletanche na cały ten zakres prac. Analizując ceny zaoferowane przez Przystępującego w tych pozycjach łącznie to dla komory Retkinia jest to wartość: 31 506 453,32 zł (w tym oferta Soletanche: 30 335 000,00 zł, a koszty pośrednie i zysk: 1 171 453,32 zł)., dla komory Fabryczna: 42 188 740,36 zł (w tym oferta Soletanche: 30 355 000,00 zł, a pozostałe koszty: 11 833 740,36 zł). Odwołujący nie kwestionował, aby oferta Soletanche pomijała jakiś zakres prac dotyczący tych pozycji, pomimo iż w jej treści wskazano szczegółowo co obejmuje, tym samym nie można uznać, aby cena ofertowa mająca charakter ryczałtowy została niedoszacowana, a więc rażąco niska. Przechodząc do ewentualnego przeniesienia kosztów z poz. WZMOCNIENIE PODŁOŻA GRUNTOWEGO METODĄ INIEKCJI STRUMIENIOWEJ JET GROUTING to w ocenie Izby twierdzenie Odwołującego nie zostało udowodnione. Po pierwsze Odwołujący nie wskazał, gdzie te koszty zostały przeniesione, a niewątpliwie wartość oferty Soletanche została uwzględniona w cenie Budimex. Po drugie, słusznie podnosił Przystępujący i Zamawiający, że w ramach przedmiotowego zamówienia wykonawca będzie zobowiązany do opracowania projektu wykonawczego, w ramach którego powstaną ostateczne rozwiązania techniczne. Co prawda przywołane przez Przystępującego w piśmie procesowym pytania i odpowiedzi dotyczyły w większości ścian szczelinowych to jednak odpowiedzi Zamawiającego odnoszą się również do ogólnych założeń: z dnia 11 sierpnia 2023 r.: *„Odpowiedź nr 15: Zamawiający informuje, że w jego ocenie Projekt, stanowiący podstawę opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu, został opracowany w jakości i kompletności wymaganej dla fazy Projektu Budowlanego (dalej: PB). (...), Odpowiedź nr 16: (...) Dołączone przez Zamawiającego przedmiary robót mogą posłużyć Wykonawcy wyłącznie jako materiał pomocniczy i nie stanowią podstawy do wyceny wynagrodzenia ryczałtowego robót objętych przedmiotem zamówienia - ilości oraz asortymentu, a także zakresów podanych w przedmiarach nie należy traktować jako ilości dokładnych i ostatecznych, a jako ilości przybliżone. Zamawiający zastrzega, że wszelkie przekazane przedmiary mają jedynie charakter orientacyjny, a dokładny zakres robót wynika z dokumentacji projektowej udostępnianej przez Zamawiającego. Odpowiedź nr 26: (...) Dołączone przez Zamawiającego przedmiary robót mogą posłużyć Wykonawcy wyłącznie jako materiał pomocniczy i nie stanowią podstawy do wyceny wynagrodzenia ryczałtowego robót objętych przedmiotem Zamówienia. Niemniej jednak żadnych ilości oraz asortymentu, a także zakresów podanych w przedmiarach nie należy traktować jako ilości dokładnych i ostatecznych, a jako ilości przybliżone. Rysunki wykonawcze wchodzi w zakres Projektu Wykonawczego, który jest objęty przedmiotem Zamówienia. Zamawiający zastrzega, że wszelkie przekazane przedmiary mają jedynie charakter orientacyjny, a dokładny zakres robót wynika z dokumentacji projektowej udostępnianej przez Zamawiającego.”*, z dnia 21 sierpnia 2023 r.: *Odpowiedź nr 49: „(...) Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że ostateczne*

rozwiązanie techniczne będzie przedmiotem Projektu Wykonawczego sporządzanego na etapie realizacji inwestycji. (...)”. Sam zresztą Odwołujący wskazuje w treści odwołania na informacyjny charakter przedmiarów. Wykonawca będzie zatem uprawniony, ale i zobowiązany do zastosowania właściwych rozwiązań w projekcie wykonawczym na etapie realizacji zamówienia, a założenia w tym zakresie, w tym założenia kosztów prac były właściwe dla danego wykonawcy. Słusznie podnosił Zamawiający, że *„Czym innym jest określenie zakresu zobowiązania, a czym innym narzucenie sposobu jego odzwierciedlenia w ofercie.”* W tym kontekście niezrozumiałą jest zarzut, że Soletanche oferuje wykonanie ścian szczelinowych według własnego rozwiązania i nie wiadomo co się pod tym kryje. Oferta Soletanche obejmuje przecież sporządzenie projektu wykonawczego, a oferta przedstawia założenia przyjęte do jej skonstruowania, jak również szczegółowy zakres prac. Przystępujący wskazywał, że na zakres prac dotyczących JET GRUNTING będzie miało wpływ założone przez wykonawcę wcześniejsze odwodnienie terenu, ale również rodzaj tego terenu, co potwierdza także stanowisko Odwołującego, który podnosił, że dopiero na etapie badań okaże się czy na komorze Retkinia w ogóle konieczne będzie stosowanie przesłon. Przystępujący wskazywał na rozprawie, co Izba uznała za argumentację wiarygodną, że: *„Przesłona jet grouting ma odgradzić przed napływem wody. Budimex założył tutaj wykonanie odwodnienia, co również przekłada się na parametry dot. jet grouting. Zaznacza, że w każdym miejscu są inne uwarunkowania i inne poziomy wód, odpompowanie zmniejsza koszty jet grouting. Na etapie przygotowania ofert Budimex związał się z Soletanche, dla konkretnej osi przewidział własne rozwiązanie. Zaznacza, że wystarczy, że wartość słupa wody się zmniejszy czy zwiększy, to będą inne wartości jet grouting. Są to ustalenia, które odbywają się na etapie projektu wykonawczego.”* Powyższe okoliczności powodują, że przedstawiona przez Odwołującego w dowodzie nr 2 kalkulacja kosztów cementu, bazująca na orientacyjnych wartościach z dokumentacji przedmiotowego zamówienia i ofercie Soletanche z innego postępowania (Budowa II Linii Metra w Warszawie – III Etap Realizacji Odcinka Zachodniego od szlaku ze stacją C04 „Powstańców Śląskich” do stacji techniczno-postojowej (STP) „MORY” wraz z STP „Mory”) nie może przesądzać o niedoszacowaniu przez Przystępującego poz. formularza cenowego dotyczącego JET GROUTING dla komory Retkinia. Co więcej, jak wynika z pkt 5.7.5. TOMu IV-6 Projekt Techniczny Konstrukcja przesłona przeciwfiltracyjna jest jednym z elementów podstawowych konstrukcji poza m.in. ścianami szczelinowymi: *„W celu ograniczenia napływu wody do wykopu zaprojektowano przesłonę przeciwfiltracyjną o grubości od 2.50 m do 8.0 m w technologii iniekcji strumieniowej jet-grouting.”* Odwołujący argumentował na rozprawie, bazując na pkt 7.7.5. Stateczność komory Retkinia w osiach 8/9, że do kalkulacji założył grubość przesłony 6 m, a jak wskazano wyżej założenia projektu budowlanego oscylują w granicach grubości przesłony od 2.50 m do 8.0 m. Jak wskazywali Zamawiający i Przystępujący na rozprawie, a którym to okolicznościom Odwołujący nie zaprzeczył, stopień skomplikowania prac w zakresie komory Fabryczna jest wyższy niż w przypadku Komory Retkinia z uwagi na

konieczność prowadzenia prac w terenie zurbanizowanym pod budynkiem ŁDK, podczas gdy prace dotyczące komory Retkinia będą odbywały się na obrzeżach miasta. Zdaniem Izby są to argumenty wiarygodne i logiczne, a przywołane okoliczności przekładają się na cenę zarówno co do koniecznego zaangażowania sprzętu, personelu, materiałów, łatwości dostępu do placu budowy (transport) czy wycenę ryzyk. Jak wskazano również w pkt 5.7.5 ww. Projektu: „*W obszarze komory Retkinia przesłonę przeciwfiltracyjną zaprojektowano jako grawitacyjną, bez konieczności kotwienia.*”, co również niewątpliwie przekłada się na cenę. Odwołujący podkreślał duże różnice w wycenie za zakres prac JET GROUTING w ofercie Budimex dla komory „Fabryczna” ok. 29,5 mln., dla komory „Retkinia” ok. 500 tys. zł, przy czym sam Odwołujący w kwestionowanej pozycji dla komory „Retkinia” założył 4 575 074,00 zł. Konkludując, Odwołujący nie udowodnił rażąco niskiej ceny w tym zakresie w ofercie Budimex, jak również niezgodności z warunkami zamówienia co do niedozwolonego przenoszenia kosztów. Wycena Budimex w całości zawiera koszty oferty podwykonawczej Soletanche, a zarzut przenoszenia kosztów Izba uznała za nieudowodniony. Podkreślić należy, że aby odrzucenie oferty za niezgodność z warunkami zamówienia było możliwe i uzasadnione, niezgodność musi zostać stwierdzona w sposób niewątpliwy, co nie zostało wykazane w zakresie podniesionego zarzutu. Odwołujący nie podolał ciężarowi dowodu, który w zakresie zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia w przeciwieństwie do odwróconego ciężaru dowodu przy rażąco niskiej cenie, obciążał Odwołującego.

Odwołujący zarzucał również, że z wyjaśnień Budimex nie wynika, iż objął on swoją ofertą i wycenił wszystkie elementy wynikające z dokumentacji postępowania co do kosztów monitoringu. Izba zauważyła, że zarzut ma charakter blankietowy. Odwołujący nie podważył w żadnym zakresie kosztów przedstawionych przez Budimex w załączniku nr 4 do wyjaśnień co do tego zakresu prac. Wskazał jedynie, że: „*Sam zakup sprzętu, który niezbędny jest do wykonania tego typu usługi, konsumuje znaczną część środków, które zostały zarezerwowane w budżecie Wykonawcy. Budimex nie wykazał przy tym rynkowości oferty podwykonawcy w tym zakresie.*” nie przedstawiając żadnych dowodów na niedoszacowanie przez Budimex kosztów monitoringu. Nie jest tak, że odwrócony ciężar dowodu w przypadku rażąco niskiej ceny zwalnia całkowicie Odwołującego z konieczności dowodzenia swoich twierdzeń, a zarzuty mogą opierać się wyłącznie na poddawaniu pewnych okoliczności w niczym nieuzasadnioną wątpliwość. Przystępujący wyjaśnił te koszty, przedstawił kalkulację, a także ofertę podwykonawczą na obsługę geodezyjną inwestycji oraz monitoring geodezyjny obiektów i budynków sąsiednich. Słusznie zwrócił uwagę Przystępujący, że Odwołujący zaoferował wykonanie tego zakresu zamówienia pkt 3.2 formularza cenowego za cenę niższą niż Budimex: 488 717,00 zł netto (Odwołujący), 1 035 783,00 zł netto (Przystępujący). Zarzut należało zatem uznać za niezasługujący na uwzględnienie.

Za okoliczności irrelevantne dla oceny czy oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę należy uznać przywoływane przez Odwołującego wyrywkowo argumenty

Zamawiającego z pisma z dnia 29 września 2023 r. Niewątpliwie stanowiły one ocenę wyjaśnień w kontekście wykazania przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa a nie oceny Zamawiającego wyjaśnień pod względem rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się jeszcze do pozostałych złożonych przez Odwołującego dowodów to Izba uznała je za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia.

Dowód nr 2 w zakresie informacji z otwarcia ofert z innych postępowań podniesiony został na okoliczność jak wskazywał Odwołujący na rozprawie, że: *„Odwołujący specjalizuje się w drążeniu tuneli TBM, w przeciwieństwie do Przystępującego (dlatego wykonawcy tworzą konsorcjum wtedy, kiedy zakres zamówienia obejmuje wykonanie tych tuneli), a mimo to ten zakres prac wycenił na 4,5 miliona złotych, a Budimex na pół miliona.”* Dowód ten nie może zatem świadczyć o nieuzasadnionej różnicy w cenie z poz. formularza cenowego dotyczącej JED GROUTING, gdyż pozycja ta nie obejmuje wykonania tuneli TBM.

Dowód nr 3 natomiast dotyczy innego postępowania, w tym postępowania odwoławczego i został złożony z pominięciem zakresu przedmiotu zamówienia. Izba ocenia postawione zarzuty bazując na dokumentacji przedmiotowego postępowania i wymagań w nim postawionych, więc niepełne informacje z innych postępowań nie mogą stanowić merytorycznego dowodu na potwierdzenie okoliczności podnoszonych w zarzutach. Na różnice pomiędzy postępowaniami mającymi wpływ na ocenę rażąco niskiej ceny czy niezgodności z SWZ słusznie zresztą zwrócił uwagę Przystępujący na rozprawie wskazując: *„Odnosnie dowodu nr 3, czyli postępowania w Sulejówku, to w tamtym postępowaniu Zamawiający przedstawił projekt wykonawczy. Załączona tabela referowała do obmiaru i kosztorysów, których w tym postępowaniu nie ma. Ponadto wykonawca Budimex był na 6 miejscu w rankingu ofert, dlatego też nie odwołał się od decyzji o odrzuceniu.”* oraz Zamawiający: *„Odnosnie dowodu nr 3 wskazuje, że Budimex został odrzucony za zaoferowanie wykonania ścian szczelinowych w innej technologii. W tamtym postępowaniu Soletanche powołało się na inną technologię wykonania zamówienia niż wymagana w swz. Stwierdzenie rnc było pochodną powyższych okoliczności. Zaznacza, że odpowiedź na odwołanie odnosi się do oferty i wyjaśnień wykonawcy INTOP. oraz: „Odnosnie dowodu nr 3 wskazuje, że w inwestycji Sulejówek Zamawiający posługiwał się wyłącznie formułą Buduj i bezwzględnie zakazał dokonywania zmian, w tym takich, które dot. optymalizacji.”* Jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert w postępowaniu na „Budowę tunelu drogowego w km 21,050 linii kolejowej nr 2 Warszawa Zachodnia – Terespol na skrzyżowaniu z drogą powiatową nr 2284W w mieście Sulejówek” oferta Budimex została odrzucona, gdyż: *„(...) oferta Soletanche nie obejmuje pełnego zakresu robót, a zwłaszcza wykonania ścian żelbetowych w szalunku powyżej poziomu skucia ściany szczelinowej w części tunelu (...)”* (str. 11 pkt 3 zdanie 2); *„Tym samym planowana optymalizacja nie ogranicza się tylko do etapowania robót, lecz zakłada zastosowanie betonu innej (niższej) niż wymagana klasy, a zatem cena Wykonawcy obejmuje wykonanie ścian szczelinowych*

z betonu niższej klasy niż wynika to z SWZ, który to jest materiałem tańszym” (str. 13 zdanie 3); „W efekcie przyjętej w założeniach do wyceny „optymalizacji”, Wykonawca w swoich kalkulacjach pominął koszty wykonania fragmentu konstrukcji ścian w szalunku, tj. powyżej obniżonego poziomu skucia ścian szczelinowych w części tunelowej. Oferta podwykonawcza Soletanche nie obejmuje tego zakresu robót, co zostało w niej wprost wskazane, natomiast Wykonawca w swoich kalkulacjach i Przedmiarach załączonych do oferty w pełni powołał się na ofertę tego podwykonawcy, przyjmując cenę z tej oferty, a tym samym nie ujął w kosztach wykonania całości robót. (...)” (str. 13 pkt 2).

Odwołujący nie podnosił w odwołaniu, aby oferta Soletanche była niezgodna z warunkami zamówienia co do określonego zakresu robót, a szczególnie nie podnosił tej niezgodności w zakresie ścian szczelinowych, a to było podstawą odrzucenia oferty Budimex w postępowaniu w Sulejówku. Dowód jest więc nieadekwatny do stawianych przez Odwołującego też dowodowych. Odwołujący, jak już wskazano, podważał stwierdzenie z oferty Soletanche odnośnie zaoferowania „własnego rozwiązania”, jednak zarzut miał charakter blankietowy, a warunki wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu i w postępowaniu w Sulejówku różniły się chociażby co do obowiązku wykonania projektu wykonawczego w ramach niniejszego zamówienia, a który w postępowaniu w Sulejówku był częścią dokumentacji zamówienia udostępnionej przez Zamawiającego. Nie występuje również w przedmiotowym postępowaniu okoliczność podnoszona w uzasadnieniu odrzucenia oferty Budimex w postępowaniu w Sulejówku, aby wartość oferty podwykonawczej stanowiła całość ceny za wykonanie zakresu dotyczącego JET GROUNDING i ścian szczelinowych (poz. 5.2.7.3., 5.2.7.4 i 5.2.7.10 formularza cenowego Budimex), ponieważ jak wynika z załącznika nr 5 do wyjaśnień Budimex zawarł w cenie ofertę Soletanche ale również dodatkowe koszty pośrednie i zysk dla tego zakresu prac. Odwołujący nie podważał przy tym aby oferta Soletanche była niepełna i niekompletna w kontekście koniecznych do wykonania robót. Chybione są również twierdzenia Odwołującego, że pomimo złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny podobnych, a nawet bardziej szczegółowych niż w niniejszym postępowaniu (Odwołujący załączył jako dowód wyjaśnienia Budimex w postępowaniu w Sulejówku z dnia 5 lipca 2023 r.) zamawiający zdecydował o odrzuceniu oferty Budimex, co miałoby uzasadniać zasadność odrzucenia oferty Budimex również w niniejszym postępowaniu. Izba zauważa, co podnosił również Zamawiający na rozprawie, że oferta Budimex w postępowaniu w Sulejówku nie została odrzucona z uwagi na zbyt lakoniczne i ogólne wyjaśnienia, a dlatego, że: *„Oferta Wykonawcy Budimex S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia poprzez zaoferowanie wykonania ścian szczelinowych w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego, w związku z art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku z art. 224 ust. 6 Ustawy, gdyż udzielone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i tym samym Wykonawca nie wykazał, że*

złożona przez niego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w zakresie istotnej części składowej zamówienia, tj. wykonania ścian szczelinowych.” (str. 15 uzasadnienie prawne odrzucenia oferty Budimex w postępowaniu w Sulejówku). Ponadto, jak podnosił Przystępujący, a czemu Odwołujący nie zaprzeczył, w postępowaniu w Sulejówku Tabela załączona do wyjaśnień odnosiła się do kosztorysów i obmiarów, których nie ma w tym postępowaniu, stąd jej bardziej szczegółowy charakter. Jak już Izba wskazała, w niniejszym postępowaniu Zamawiający w wezwaniu nie sprecyzował jak szczegółowych wyjaśnień i w jakiej formie oczekuje, a więc nie można stawiać wobec Budimex zarzutu dotyczącego niewłaściwego przedstawienia kosztów w złożonych wyjaśnieniach. Na takich podstawach jak wskazywał Odwołujący – zbyt ogólny charakter wyjaśnień została odrzucona oferta, ale Wykonawcy Intop Warszawa sp. z o.o., przy czym Odwołujący załączył w tym zakresie wyłącznie odpowiedź Zamawiającego na odwołanie w sprawie KIO 2691/23 oraz część wyjaśnień Wykonawcy Intop (kalkulacje szczegółowe). Dowody w tym zakresie nie dotyczą Wykonawcy Budimex, są niekompletne, a tym samym nie potwierdzają stawianych przez Odwołującego tez dowodowych.

Co do dowodu nr 4: oferty podwykonawczej EUROKOP uzyskanej przez Odwołującego mającej potwierdzać, że oferty podwykonawcze Budimex nie są tak konkurencyjne jak Przystępujący podkreślał w wyjaśnieniach to Izba zaznacza, że po pierwsze uzyskane przez obu Wykonawców ceny są zbliżone: wykop otwarty 39 zł/m³ Odwołujący i 43 zł/m³ Przystępujący; wykop pod płytą stropową 62 zł/m³ Odwołujący i 63 zł/m³ Przystępujący, a nie są znane ceny uzyskane przez pozostałych Wykonawców (nie można tego wywieść z samych cen za pozycję dotyczącą robót ziemnych, gdyż zawiera ona co do zasady także koszty ogólne i zysk). Może być więc tak, że zarówno Odwołujący jak i Przystępujący uzyskali konkurencyjną cenę co do robót ziemnych na tle pozostałych Wykonawców. Ponadto oferta podwykonawcza dotyczy zakresu prac wynoszącego ok. 4% całej wartości zamówienia zaoferowanej przez Budimex i jednej z ofert podwykonawczych na sześć przedłożonych przez Przystępującego do wyjaśnień. Dowód ten nie może przesądzać zatem, iż Przystępujący nie uzyskuje od podwykonawców konkurencyjnych cen. Odwołujący nie przedstawił przykładowo swojej oferty czy kalkulacji w zakresie prac dot. JED GROUTING i ścian szczelinowych, które to prace stanowią ok. 1/3 całości prac w kontrze do oferty Soletanche.

Co do dodatkowych niezgodności z SWZ podnoszonych przez Odwołującego to na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.” Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „Ilekcroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) warunkach zamówienia – należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań

związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.”

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy w ocenie Izby Odwołujący nie udowodnił podnoszonych niezgodności z warunkami zamówienia w ofercie Przystępującego. Odwołujący argumentował, że *„Niedopuszczalne było również przenoszenie kosztów ogólnych do jednej lub paru wybranych pozycji – powinny być onej ujmowane proporcjonalnie do ich wartości netto. Odnosząc się do powyższego wskazał, że – z pominięciem powyższych zakazów – Budimex nie przypisał poszczególnym pozycjom Formularza ich realnych wartości. Konstatacja ta wynika m.in. z treści Tablicy nr 5 – Roboty budowlane, w której to na końcu zestawienia wprost wskazano, że koszty w zakresie ścian szczelinowych zostały podzielone 50 na 50. Przyjęcie oferty Soletanche w podziale na Zadanie 1 i Zadanie 2 w stosunku 50% - 50%, jest zupełnie błędne ze względu na zupełnie dwa inne i różne zakresy robót. Komora Fabryczna jest bowiem gabarytowo trzykrotnie mniejsza od komory Retkinia (...) Ponadto zauważył, że Budimex (...) nie ujął proporcjonalnie kosztów ogólnych w różnych pozycjach. (...), przypisał je całkowicie dowolnie – w wielu pozycjach wynoszą one zero %, aby w innych sięgnąć prawie 30%.”*

Niewątpliwie, na co Izba zwracała już uwagę, Odwołujący poczynił wyłącznie przypuszczenia w zakresie postawionego zarzutu, co trudno uznać za prawidłowe podniesienie okoliczności

faktycznych popartych dowodami. Co więcej przypuszczenia Odwołującego nie znajdują odzwierciedlenia w dokumentacji postępowania i wyjaśnieniach Przystępującego.

Odnosnie niezgodności z warunkami zamówienia wywodzonej przez Odwołującego z podziału kosztów oferty Soletanche 50/50 dla obu komór Izba podtrzymuje wcześniejszą argumentację podnoszoną przez Zamawiającego i Przystępującego co do różnego dla obu komór stopnia skomplikowania prac wynikającej z położenia i parametrów. Dodatkowo wskazania wymaga, że stanowisko Odwołującego, że koszty robót z pkt. 5.2.7.4, 5.2.7.3. oraz 5.2.7.10 formularza cenowego powinny zostać odmienne przypisane z uwagi na to, że Komora Fabryczna jest gabarytowo trzykrotnie mniejsza od komory Retkinia jest chybione również w kontekście cen zaoferowanych chociażby przez samego Odwołującego dla obu zadań: zadanie 1: 110 855 225,51 zł, zadanie 2: 109 954 589,53 zł, a za ww. zakres prac: 27 338 615,00 zł dla zadania 1 i 34 206 594,00 zł dla zadania 2. Ceny za ten zakres prac są do siebie zbliżone, a zakładając że argumentacja Odwołującego byłaby zasadna to cena za zadanie 2 powinna być trzykrotnie wyższa od zadania 1. Oferta Soletanche była ofertą łączną na oba zadania, a koszty z niej wynikające niewątpliwie zostały ujęte w ofercie Budimex. Odwołujący nie wykazał przy tym, aby koszty ww. robót zostały przeniesione w ofercie Budimex pomiędzy zadaniami. Dodatkowo Izba zwraca uwagę, że słusznie Zamawiający podnosił, iż zastrzeżenie formularza cenowego dotyczącego przenoszenia kosztów miało wyłącznie na celu zabezpieczenie Zamawiającego przed zaliczkowaniem prac niewykonanych. W przypadku ewentualnego niedoszacowania komory Retkinia na rzecz komory Fabryczna (co nie zostało przez Izbę stwierdzone) takie ryzyko nie występuje, gdyż prace na komorze Retkinia zaczną się wcześniej zgodnie z terminem wykonania zamówienia wskazanym w SWZ i zaniżanie tej pozycji przez wykonawcę nie znajduje ekonomicznego uzasadnienia, a niewątpliwie zabieg przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami ma na celu przede wszystkim uzyskanie jakiejś korzyści (najczęściej finansowej) przez wykonawcę dokonującego takiej manipulacji cenami.

Izba uznała również za nieudowodniony zarzut przeniesienia kosztów ogólnych w ofercie Budimex, a właściwie ich rozłożenia na kilka pozycji w sposób w ocenie Odwołującego niezgodny z wymaganiem Zamawiającego: *„Koszty ogólne ze swej natury powinny być ujmowane we wszystkich pozycjach FORMULARZA CENOWEGO proporcjonalnie do ich wartości netto.”* Izba zwraca uwagę, że zgodnie z wyjaśnieniami Budimex założył koszty ogólne w cenie oferty co wynika m.in. z załącznika nr 2 do wyjaśnień. Okoliczność, że w niektórych pozycjach jest to 0 % kosztów, a w niektórych aż 30 % co podnosił Odwołujący nie oznacza, że Budimex naruszył obowiązek ujmowania kosztów ogólnych proporcjonalnie do ich wartości. Zastrzeżenie Zamawiającego nie oznacza bynajmniej, że koszty te powinny zostać rozłożone „po równo” do czego chyba referował Odwołujący w swojej argumentacji. Koszty miały zostać ujęte proporcjonalnie do ich wartości, a więc w takiej wysokości jakie

będą ponoszone przy wykonywaniu określonego zakresu prac. W ocenie Izby ww. zarzut odwołania należało więc uznać za bezzasadny.

Zarzut 4: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 116 oraz art. 124 i 128 ust. 1 ustawy pzp poprzez wybór oferty Budimex jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż Wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia (zdolności technicznej lub zawodowej), gdyż przedłożony przez Wykonawcę protokół odbioru nie potwierdza należytego wykonania zamówienia, a zatem Budimex powinien być wezwany do uzupełnienia w tym zakresie, a w przypadku braku wywiązania się z tego obowiązku, jego oferta powinna zostać odrzucona.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W zakresie podniesionego zarzutu Odwołujący nie kwestionował, że możliwe jest, w świetle rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415 z późn. zm) par. 9 ust. 1 pkt 1: *„(...) oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty”*, złożenie na potwierdzenie należytej realizacji robót innych dokumentów, w tym protokołu odbioru. Odwołujący podważał natomiast treść protokołu odbioru końcowego robót złożonego przez Przystępującego na potwierdzenie należytej realizacji inwestycji wskazanej w wykazie robót: *„Rozbudowa i przebudowa budynku Teatru Polskiego wraz z infrastrukturą techniczną, zjazdem parkingiem dla samochodów osobowych w Szczecinie.”* celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu z Rozdziału VI ust. 2 pkt 4.1) SWZ, w zakresie jakim protokół nie zawiera treści oceniających jakość wykonanych robót, co zdaniem Odwołującego dyskwalifikowało ten dowód w świetle wymagań ww. Rozporządzenia. Odwołujący wywodził z powyższego konieczność wezwania Budimex do uzupełnienia w tym zakresie.

Z twierdzeniami Odwołującego nie sposób się zgodzić. Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego, że treść protokołu odbioru złożonego przez Budimex nie pozostawia wątpliwości co do należytej realizacji inwestycji wskazanej w wykazie robót. Po pierwsze, w protokole stwierdzono wyłącznie wady nieistotne, co stanowi potwierdzenie, że cel zamówienia został osiągnięty – nie wskazano bowiem na żadne wady istotne. Po drugie, pomimo wielu adnotacji w protokole brak jest jakichkolwiek treści, które wskazywałyby na nienależyłą realizację robót w jakimś zakresie np. nie stwierdzono opóźnienia w wykonaniu

prac. Niewątpliwie uwagi takie, w przypadku ich wystąpienia powinny znaleźć odzwierciedlenie w protokole, gdyż następnie stanowią podstawę dla zamawiającego do wystawienia not obciążeniowych z tytułu naliczonych kar umownych. Słusznie także wskazał Zamawiający, że Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że jakieś nieprawidłowości wystąpiły w trakcie realizacji przez Budimex referencyjnej inwestycji. Po trzecie, w protokole znajduje się informacja o wystawieniu faktury końcowej po usunięciu usterek i wad nieistotnych i nie wskazano w tym zakresie na żadne planowane potrącenia np. kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy. Po czwarte, okres gwarancji i rękojmi, zgodnie z protokołem rozpoczął swój bieg od dnia następującego po dniu jego podpisania (protokół z dnia 31 maja 2023 r., a okres gwarancji i rękojmi od dnia 1 czerwca 2023 r.), co nie mogłoby nastąpić w przypadku wystąpienia istotnych nieprawidłowości w realizacji robót. Wszystkie te okoliczności są w ocenie Izby wystarczające dla stwierdzenia, że inwestycja z wykazu robót została przez Przystępującego wykonana należycie, a w konsekwencji Budimex potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu z Rozdziału VI ust. 2 pkt 4.1) SWZ. Zarzut wezwania Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych Izba uznała zatem za niezasadny.

Zarzut 5: naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy pzp i art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp i art. 17 ust. 2 ustawy pzp poprzez brak odrzucenia oferty Budimex, a w konsekwencji jej wybór, mimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny, gdyż Wykonawca wbrew wyraźnym postanowieniom SWZ nie obliczył wynagrodzenia za przestój według ściśle określonych w SWZ przez Zamawiającego reguł, ale przyjął własną, być może rzeczywistą cenę w tym zakresie, co nie uprawniało Zamawiającego do dokonania poprawy oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, dlatego też oferta Budimex powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia i zawierająca błędy w obliczeniu ceny.

Zarzut nie potwierdził się.

W odniesieniu do ww. zarzutu Odwołujący podnosił, że Zamawiający nie był uprawniony do poprawienia jako innej omyłki poz. 7.1. formularza cenowego w zadaniu 1 Przystępującego Budimex. W ocenie Odwołującego Przystępujący podał własną realną wartość w poz. 7.1. formularza cenowego za zawieszenie robót i Zamawiający nie był uprawniony do zmiany tej wartości. Podanie zaś ceny niezgodnej z wymaganiem § 5 ust. 1 lit. c) projektu umowy Odwołujący kwalifikował jako niezgodność z warunkami zamówienia i błąd w obliczeniu ceny, który powinien skutkować odrzuceniem oferty. Zdaniem Izby niezgodność z warunkami zamówienia w ofercie Budimex stanowiła klasyczny przykład niezgodności nadającej się do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, dlatego też Izba działanie Zamawiającego w tym zakresie uznała za jak najbardziej prawidłowe. Nie ulega również

wątpliwości, że niezgodność w zakresie poz. 7.1 formularza cenowego nie stanowiła błędu w obliczeniu ceny.

Zaznaczyć na wstępie należy, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu oferty będziemy mieli do czynienia w przypadku nieuwzględnienia bądź nieprawidłowego uwzględnienia w wyliczeniu ceny lub kosztu wszystkich elementów kosztotwórczych. Błąd w obliczeniu ceny jest wynikiem błędnego rozpoznania stanu prawnego lub faktycznego przez wykonawcę i polega na przyjęciu niewłaściwych podstaw dokonywanej kalkulacji w świetle postanowień dokumentów zamówienia czy też przepisów prawa.

Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przede wszystkim, aby dokonać poprawienia w ofercie wykonawcy, występująca omyłka, nieprawidłowość w ofercie nie może wynikać z zamierzonego i celowego działania wykonawcy. Jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 29 stycznia 2010 r. (sygn. akt: XII GA 429/09) instytucja poprawy innych omyłek została wprowadzona: *w celu uniknięcia licznych niegdyś przypadków odrzucania ofert z powodu błahych pomyłek, dopuszcza poprawianie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu "omyłki". Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału całkowicie odmiennego od projektu nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 87 Prawa zamówień publicznych".* Brak jest definicji legalnej omyłki, dlatego też należy sięgnąć do jej słownikowego znaczenia. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: *omyłka* oznacza *niewielki błąd*. Nie ma również definicji legalnej *błędu*, jednak zgodnie z zawartą w Słowniku języka polskiego PWN: oznacza *mylne mniemanie* czy *niezgodność z obowiązującymi regułami*. Jak podkreślono w uzasadnieniu do rządowego projektu nowelizacji ustawy uchwalonej 4 września 2008 r. wprowadzenie art. 87 ust. 2 pkt 3 miało na celu umożliwienie poprawiania omyłek w szczególności w kosztorysach ofertowych, które powodują zmianę wynagrodzenia, przykładowo zastosowanie niewłaściwych ilości jednostek (kg, ton itp.). Warunkiem poprawienia omyłki jako innej jest nieistotność zmian treści oferty jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy. *Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy.* (tak też: red. Marzena Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2021). W myśl art. 60 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1740 z późn. zm.): *Z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie*

przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli).

Dla oceny istotności zmian w konkretnym stanie faktycznym konieczna jest analiza całości treści oferty, a konsekwencje zmian należy badać w oparciu o przedmiot zamówienia i całość dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego.

Ponadto, poprawiając omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, Zamawiający jest zobowiązany wyznaczyć wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie sposobu jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki. Natomiast zakwestionowanie poprawy przez wykonawcę skutkuje odrzuceniem oferty w myśl art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszego stanu faktycznego wskazania wymaga, że podstawą wyceny poz. 7.1. formularza cenowego dla zadania 1 nie były założenia Wykonawcy co do wynagrodzenia jakiego oczekuje za każdy dzień zawieszenia robót. Wykonawcy nie mieli w tym zakresie dowolności wyceny. Nie jest wiadome na jakiej podstawie Odwołujący wywiódł, że Budimex w ww. pozycji wskazał własną, realną wartość za zawieszenie, w szczególności jak Odwołujący ustalił, że te koszty były realne. Wynagrodzenie za zawieszenie było wypadkową ceny całkowitej za zadanie 1 zaoferowanej przez Wykonawcę - „w wysokości 0,10 % Wynagrodzenia za Zadanie 1 za jeden dzień Zawieszenia Wykonania”, jak podał Zamawiający w projekcie umowy. Nie można zatem zgodzić się z twierdzeniem, że Wykonawca mógł tą pozycję wycenić przyjmując własne założenia co do tego kosztu, a w konsekwencji nie można stwierdzić, że Budimex nie uwzględnił albo uwzględnił nieprawidłowo w tej pozycji jakieś elementy kosztotwórcze, co świadczyłoby o błędzie w obliczeniu ceny.

Zamawiający prawidłowo zakwalifikował omyłkę z poz. 7.1. formularza cenowego jako inną omyłkę. Po pierwsze, aby uznać, że błąd w ofercie stanowi omyłkę nadającą się do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp Zamawiający musi łatwo błąd zauważyć. Skoro Budimex wpisał w poz. 7.1 formularza cenowego wartość nieodpowiadającą 0,10 % wynagrodzenia za zadanie 1 to taką omyłkę Zamawiający był w stanie bez trudu zlokalizować. Po drugie, zamawiający musi dysponować wszystkimi danymi niezbędnymi do poprawienia omyłki. Izba zauważa, że skoro wynagrodzenie za zawieszenie miało stanowić 0,10 % wynagrodzenia za całe zadanie 1 (które Budimex wycenił i podał w ofercie) to Zamawiający dysponując wartością łączną za zadanie 1 mógł bez problemu obliczyć wynagrodzenie za zawieszenie. Po trzecie, dokonanie poprawy nie powodowało istotnej zmiany treści oferty Wykonawcy Budimex, gdyż wycena wynagrodzenia za zawieszenie była wynikiem prostego rachunku, a nie kalkulacji własnej Wykonawcy.

Poprawa omyłki nie wiązała się ze zmianą rankingu ofert, chociaż i taka zmiana w ocenie Izby nie świadczyłaby automatycznie o jej istotności. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby zmianę uznaje się za istotną, gdy prowadzi do znacznego zniekształcenia oświadczenia woli wykonawcy w zakresie merytorycznej treści oferty, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Treść oferty dotycząca poz. 7.1. formularza cenowego stanowiła oświadczenie Wykonawcy w całości oparte na zasadach określonych przez Zamawiającego, na które Wykonawca nie miał wpływu. Izba zauważa, że projekt umowy stanowi jednoznacznie: 0,10 % całkowitego wynagrodzenia wykonawcy za zadanie 1, a więc Wykonawca nie miał tutaj możliwości zaoferowania ceny za zawieszenie w jakichś granicach procentowych. Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt KIO 1844/19, KIO 1847/19: *„Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj. nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień.”* To Zamawiający podał dane, według których należało obliczyć wynagrodzenie za zawieszenie. W ocenie Izby powyższe okoliczności są podobne do sytuacji, kiedy zamawiający podaje w treści SWZ stawkę podatku VAT, a wykonawca wskaże w ofercie VAT w nieprawidłowej wysokości. Zagadnienie to było przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego w kontekście wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Jak wskazano w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11: *„Zakres obowiązków kontrolnych zamawiającego i kształt nakazanych ustawą, ujętych chronologicznie, kolejnych jego obowiązków, warunkowany jest treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jedynie wówczas, gdy zamawiający wskazał w specyfikacji konkretną stawkę podatku VAT, kształtującą także wysokość określonej w ofercie ceny, może dojść do ewentualnego wystąpienia innej omyłki, polegającej na niezgodności przyjętej w ofercie stawki VAT ze stawką zawartą w specyfikacji. Niezgodność taka uzasadniałaby obowiązek poprawienia oferty i to tylko wówczas, gdy omyłka polegająca na takiej niezgodności nie powoduje istotnych zmian w treści oferty.”* oraz uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 53/11: *„Podstawowym dokumentem, który jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, jest specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Na podstawie zawartych w niej warunków, wykonawcy przygotowują ofertę, jej bowiem treść jest wiążąca dla wykonawcy i dla zamawiającego. W specyfikacji zamawiający, podając sposób obliczenia ceny (art. 36 ust. 1 pkt 12), może również określić stawkę podatku VAT. Jeżeli zatem zamawiający w specyfikacji, w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny, wskazał tę stawkę, wówczas kontrola oferty w tym zakresie może sprowadzić się do poprawienia oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3), jeżeli poprawienie nie spowodowałoby istotnych zmian w jej treści.”* Skoro Zamawiający podał w projekcie umowy jaki procent całkowitej ceny ofertowej za zadanie 1 ma stanowić wynagrodzenie za zawieszenie, a zmiana treści oferty w tym zakresie nie jest zmianą istotną to Zamawiający

był uprawniony dokonać poprawy w oparciu o dyspozycję art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp.

W świetle powyższego dokonanie poprawy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp było dopuszczalne i właściwe, trudno bowiem założyć, że wykonawca działał z zamierzeniem złożenia oferty niezgodnej z wymaganiami zamawiającego, szczególnie że to wymaganie zostało ustalone „odgórnie” przez Zamawiającego i nie pozostawiało wykonawcom dowolności wyceny. Dodatkowo Izba zauważa, że Zamawiający dokonał poprawy tej poz. w ofertach wszystkich Wykonawców, w tym w ofercie Odwołującego, w części na skutek poprawy omyłek rachunkowych wpływających na cenę całkowitą za zadanie 1, a w konsekwencji na cenę za zawieszenie robót.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 16 ustawy pzp mający charakter wynikowy w stosunku do zarzutów głównych odwołania. Zamawiający prawidłowo nie odrzucił oferty Przystępującego na podstawach podnoszonych przez Odwołującego, gdyż zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....