

sygn. akt: KIO 2898/24

WYROK

Warszawa, dnia 10 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Beata Konik

Aleksandra Kot

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: 1) Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A z siedzibą w Stambule, ul. Büyükdere Caddesi 163, Esentepe-Şişli Istambu, 2) Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Cybernetyki 19B; 02-677 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Zamknięta 18; 80-955 Gdańsk,

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

- 1) Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9; 01-204 Warszawa,
- 2) NDI S.A., ul. Powstańców Warszawy 19; 81-718 Sopot,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: 1) Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A z siedzibą w Stambule, ul. Büyükdere Caddesi 163, Esentepe-Şişli Istambu, 2) Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: 1) Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A z siedzibą w Stambule, ul. Büyükdere Caddesi 163, Esentepe-Şişli Istambu, 2) Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Członkowie:

sygn. akt: KIO 2898/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A. z siedzibą w Gdańsku - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Rozbudowa Nabrzeża Węglowego w Porcie Gdańsk”.

12 sierpnia 2024 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie: 1) Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A z siedzibą w Stambule, 2) Fabe Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Odwołujący” lub „konsorcjum GAP”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynności i zaniechania zamawiającego polegające na:

- 1) nieprawidłowej ocenie przez zamawiającego oferty złożonej przez Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie („Budimex”) pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę z ceną rażąco niską;
- 2) nieprawidłowej ocenie przez zamawiającego wyjaśnień ceny rażąco niskiej przedstawionych w stosunku do swojej oferty przez Budimex;
- 3) nieprawidłowej ocenie przez zamawiającego oferty złożonej przez NDI S.A. z siedzibą w Sopocie („NDI”), pomimo tego, iż wykonawca ten złożył ofertę z ceną rażąco niską oraz nieprawidłowym poprawieniu przez zamawiającego omyłki zawartej w ofercie złożonej przez NDI;
- 4) nieprawidłowej ocenie przez zamawiającego wyjaśnień ceny rażąco niskiej przedstawionych w stosunku do oferty złożonej przez NDI;

- 5) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Budimex;
- 6) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez NDI;
- 7) wyborze oferty złożonej przez Budimex jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu;
- 8) w następstwie czynności wskazanych w pkt (I) - (VII) powyżej zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której Budimex nie złożył wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny

w zakresie określonym przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz art. 224 ust. 6 PZP, poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie i uznanie, że wyjaśnienia (wraz ze załączonymi dowodami) w sprawie ceny rażąco niskiej złożone przez Budimex są wystarczające do uchylenia domniemania wynikającego z art. 224 ust. 5 PZP, tj. potwierdzają, że oferta złożona przez Budimex nie zawiera ceny rażąco niskiej;

2. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania i uznanie, że oferta złożona przez Budimex nie zawiera ceny rażąco niskiej;
3. art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 PZP, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i uznanie, że wadliwe wypełnienie przez NDI Formularza Cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do Formularza Oferty stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty

i dokonanie przez zamawiającego poprawienia tej omyłki, co nastąpiło w następstwie niedopuszczalnych negocjacji treści oferty oraz art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania;

4. art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 224 ust. 5 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której NDI nie złożył wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie określonym przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz art. 224 ust. 6 PZP, poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie i uznanie, że wyjaśnienia (wraz ze załączonymi dowodami) w sprawie ceny rażąco niskiej złożone przez NDI są wystarczające do uchylenia domniemania wynikającego z art. 224 ust. 5 PZP, tj. potwierdzają, że oferta złożona przez Budimex nie zawiera ceny rażąco niskiej;
5. art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP, poprzez zaniechanie jego zastosowania i uznanie, że oferta złożona przez NDI nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Budimex jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 3) nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania oceny oferty złożonej przez Budimex, a w jej następstwie – nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez Budimex;
- 4) nakazanie zamawiającemu ponownego dokonania oceny oferty złożonej przez NDI, a w jej następstwie – nakazanie odrzucenia oferty złożonej przez NDI;
- 5) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum GAP jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 6) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego pisma procesowego na okoliczności tam wskazane oraz dokumentów, które zostaną złożone na rozprawie w celu wykazania faktów wskazanych w sformułowanych wówczas tezach dowodowych,
- 7) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed („KIO”).

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która została sklasyfikowana na trzecim miejscu w świetle kryteriów oceny ofert. Wadliwość podjętych przez zamawiającego czynności wskazanych w petitum odwołania, uniemożliwia odwołującemu uzyskanie zamówienia, skutkując poniesieniem przez odwołującego uszczerbku, polegającego na nieudzieleniu mu zamówienia. Okoliczności wskazane w zdaniu poprzednim skutkują zatem wyrządzeniem odwołującemu szkody polegającej na niezyskaniu spodziewanego zysku.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

1. zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 pzp w zw. z art. 224 ust. 5 pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w

sytuacji, w której Budimex nie złożył wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie określonym przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz naruszenia art. 224 ust. 6 pzp poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie i uznanie, że wyjaśnienia (wraz ze załączonymi dowodami) w sprawie ceny rażąco niskiej złożone przez Budimex są wystarczające do uchylenia domniemania wynikającego z art. 224 ust. 5 pzp. tj. potwierdzają, że oferta złożona przez Budimex nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Naruszenie przez zamawiającego postanowień art. 224 ust. 6 PZP nastąpiło w dwóch niezależnych aspektach:

- uznania przez zamawiającego za wystarczające szczegółowe wyjaśnień ceny rażąco niskiej udzielonych przez Budimex pomimo tego, iż Budimex nie odniósł się do wszystkich elementów objętych wezwaniem zamawiającego z 24 kwietnia 2024 r., a poza tym wyjaśnienia te w swoim zakresie w istocie są lakoniczne i powierzchowne (naruszenie art. 224 ust. 6 PZP zw. z art. 224 ust. 5 PZP);

i zarazem

- przyjęcia przez zamawiającego, iż Budimex obalił domniemanie wynikające z art. 224 ust. 5 PZP pomimo tego, iż na podstawie samych wyjaśnień ceny rażąco niskiej i załączonych do nich dowodów złożonych przez Budimex wynika, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest ceną niepokrywającą kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w poszczególnych pozycjach Formularza Cenowego (naruszenie art. 224 ust. 6 PZP w części, w której jest mowa o odrzuceniu oferty z rażąco niską ceną).

Analiza złożonych przez Budimex wyjaśnień ceny rażąco niskiej wskazuje, że są to wyjaśnienia niewyczerpujące, niekonkretne i w istocie pozbawione argumentacji dotyczącej rzeczywistego wpływu powoływanych przez Budimex okoliczności na możliwość uzyskania przez tego wykonawcę korzystnej ceny. Budimex w przedłożonych wyjaśnieniach powołuje się na okoliczności o charakterze generalnym, nie wykazując przy tym ich konkretnego wpływu na kalkulację cen przyjętych w Formularzu Cenowym. Jednocześnie nie można uznać za należyte wyjaśnienie ceny rażąco niskiej takiego ich sposobu, który w istocie ogranicza się do powołania się przez tego wykonawcę na oferty firm podwykonawczych.

Ponadto w przypadku wielu pozycji z Formularza Cenowego złożonego przez Budimex, wyjaśnienia złożone wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w żaden sposób nie potwierdzają możliwości uzyskania cen korzystniejszych, a zaoferowana w tych pozycjach cena jest rażąco zaniżona w stosunku do realiów rynkowych.

Ogólnikowy charakter wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez Budimex. Brak wykazania wpływu przywoływanych okoliczności na cenę oferty.

W wezwaniu z 24 kwietnia 2024 r. zamawiający wskazał, że „(...) oczekuje, że wyjaśnienia, w tym wyliczenie ceny, a także dowody potwierdzające dostępność dla wykonawcy okoliczności, na które się powołuje, będą adekwatne do specyfiki przedmiotowego zamówienia oraz ściśle powiązane z informacjami o planowanych przez Wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania”. Stosownie do oczekiwań zamawiającego zaprezentowanie założeń, jakie wykonawca powinien był przyjąć do wyjaśnień powinno odnosić się zatem do całej ceny ofertowej, przy czym założenia te powinny w sposób konkretny, „adekwatny dla specyfiki przedmiotowego zamówienia” potwierdzać wyliczenie ceny. Wyjaśnienia powinny zostać też powiązane z informacjami o planowanych przez wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania.

Budimex, w swoich wyjaśnieniach z 10 maja 2024 r. nie wykonał powyższych obowiązków i nie przedstawił ww. założeń w tym zakresie ograniczając się do bardzo ogólnikowych twierdzeń w sprawie swojej sytuacji rynkowej. Zaprezentowanie założeń do określenia ceny w taki właśnie sposób trudno uznać za zgodny z wezwaniem w sprawie ceny rażąco niskiej wystosowanym przez zamawiającego, ponieważ, wbrew oczekiwaniu zamawiającego, Budimex nie podał w jaki sposób przywoływane okoliczności wpłynęły na ustalenie cen.

Jak podkreśla to judykatura KIO, podanie przez wykonawców okoliczności faktycznych wpływających na określenie przez nich wysokości ceny nie może sprowadzać się tylko do ich przywołania, ale musi pozwalać na zweryfikowanie (w sposób mierzalny kwotowo), w jaki sposób dana okoliczność, na którą powołuje się wykonawca pozwoliło mu w warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obniżyć jego cenę.

Tymczasem w wyjaśnieniach Budimex z 10 maja 2024 r. de facto nie podano żadnych założeń, w oparciu, o które wykonawca ten skalkulował cenę swojej oferty złożonej w postępowaniu. Jedyna część tych wyjaśnień, która może być traktowana jako opis przyjętych założeń kalkulacyjnych znajduje się w ogólnej części pisma obejmującego wyjaśnienia. We fragmencie tym Budimex ograniczył się, jednakże wyłącznie do bardzo ogólnikowych twierdzeń na temat swojej pozycji rynkowej i posiadanego doświadczenia, takich jak:

- (1) fakt, że Budimex jest jedną z największych spółek budowlanych w Polsce, notowany na GPW od 1995 r., a zatem jest wykonawcą doświadczonym w realizacji podobnych inwestycji, w tym także inwestycji związanej z przebudową Nabrzeża Dworzec Drzewny realizowanej

w latach poprzednich w bliskim sąsiedztwie Nabrzeża Węglowego. Powyższe w ocenie Budimex pozwoliło na opracowanie najbardziej optymalnego rozwiązania świadczenia usług w ramach projektu oraz metody budowy z zachowaniem projektowanych postanowień umownych.

W kontekście powyższego w ocenie odwołującego istotne jest, że inwestycję związaną z przebudową Nabrzeża

Dworzec Drzewny Budimex zrealizował w oparciu o projekt zamienny przedłożony zamawiającemu, całkowicie odmienny od projektu wykonanego przez zamawiającego. Realizacja wspomnianej inwestycji opartej w całości o projekt zamienny nie może w żaden sposób służyć za argument poświadczający możliwość należytej realizacji kolejnej inwestycji, a także realności zaproponowanej przez wykonawcę ceny.

Dokonania kalkulacji ceny ofertowej w oparciu o wyliczenia własne jak i wyliczenia podwykonawców.

Fakt, że Budimex przyjął założenie zarządzania procesem budowy polegające na zapewnieniu skutecznego planowania, koordynacji i monitorowania procesów produkcyjnych, w tym prac wykonywanych przez podwykonawców w celu osiągnięcia zamierzonego celu, a w przypadku postępowania – zarządzania procesem produkcji obejmuje zastosowania technik i narzędzi, takich jak planowanie i przygotowanie projektu, analiza ryzyka, harmonogramowanie, zarządzanie kosztami i jakością, a także ocenę wydajności i kontrolę postępu w realizacji projektu,

- argument, że dzięki realizacji wielu projektów hydrotechnicznych Budimex posiada bazę wyspecjalizowanych dostawców i wykonawców poszczególnych robót specjalistycznych, z którymi jest w stanie zawrzeć umowy na korzystniejszych warunkach niż konkurencja – m. in. z uwagi na „owocną” współpracę przy wielu innych inwestycjach oraz już zawarte na umowy na dostawy i świadczenie usług – w tym zakresie wykonawca nie załączył nawet do złożonych wyjaśnień dowodów potwierdzających przywołane okoliczności,
- okoliczność, że Budimex realizuje obecnie szereg inwestycji, które pozwalają na pozyskanie optymalnych zasobów sprzętowych i materiałowych w celu realizacji zadania objętego postępowaniem – jak Terminal 3 Baltic Hub w Porcie Gdańsk oraz dysponuje sprzętem, w tym specjalistycznym własnym sprzętem pływającym, zwolnionym z ukończonej z końcem roku 2023 budowy części 2 drogi wodnej łączącej Zatokę Gdańską z Zalewem Wiślanym – w tym zakresie wykonawca nie załączył nawet do złożonych wyjaśnień dowodów potwierdzających przywołane okoliczności,
- okoliczność, że ceny, jakie w ramach poszczególnych pozycji kosztorysu zaoferował Budimex w przedmiotowym postępowaniu, wynikają z bogatego doświadczenia Budimex i są wynikiem praktyki w realizacji zamówień oraz długoletnich relacji handlowych z podwykonawcami.

Zaprezentowany przez Budimex zestaw okoliczności faktycznych nie jest w żadnym stopniu unikalny i właściwy tylko dla tego podmiotu. W postępowaniu wzięli udział wykonawcy o co najmniej podobnym lub nawet większym doświadczeniu, którzy pomimo tego zaoferowali ceny znacząco wyższe niż Budimex.

Także kwestia portfolio aktualnie realizowanych kontraktów nie daje wykonawcy przewagi konkurencyjnej, gdyż inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, pomimo większego pakietu realizowanych kontraktów, złożyli oferty istotnie wyższe cenowo niż Budimex.

Wreszcie długoletnie relacje z podwykonawcami, na które powołuje się Budimex nie są okolicznością unikalną, właściwą tylko dla tego podmiotu. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu współpracują od wielu lat z zaufanymi podwykonawcami, a zatem każdy z wykonawców może pochwalić się atrakcyjnymi warunkami współpracy z podwykonawcami, czy też sprawdzoną i niezawodną bazą dostawców.

Jednocześnie odnotować trzeba, że jakkolwiek Budimex w złożonych wyjaśnieniach powołuje się na szereg okoliczności faktycznych takich jak równoległa realizacja szeregu inwestycji, posiadane zasoby sprzętowe i kadrowe, tak jednak w tym zakresie nie przedstawia zamawiającemu żadnych miarodajnych dowodów wykazujących podnoszone twierdzenia.

Przede wszystkim jednak, nawet gdyby hipotetycznie wszystkie lub którakolwiek z okoliczności powoływanych przez Budimex jako założenia do kalkulacji ceny miały jakieś znaczenie dla poziomu ceny (cen) przyjętego przez tego wykonawcę, to w żadnym fragmencie wyjaśnień Budimex z 10 maja 2024 r. nie zostało to zaprezentowane zamawiającemu.

Podkreślić przy tym należy, że w wezwaniu do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej

zamawiający jednoznacznie sformułował wymóg ścisłego powiązania z informacjami o planowanych przez wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz

organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania z wyceną. Budimex został zatem poinformowany o konieczności opisanego wpływu danej okoliczności faktycznej na sposób skalkulowania ceny oferty. Winien zatem szczegółowo wyjaśnić jaki poziom kosztów zaoszczędza dzięki okolicznościom, na które się powołuje. Tymczasem Budimex w ogóle nie zaprezentował wpływu (rozumianego kwotowo) okoliczności, na które się powołuje na kwotę wyceny swojej oferty, co całkowicie uszło uwadze zamawiającego przy ocenie wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Brak złożenia wyjaśnień w przedmiocie oczekiwanych wyjaśnień i w stopniu szczegółowości narzuconym przez zamawiającego.

Wezwanie zamawiającego z 24 kwietnia 2024 r. w sprawie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej skierowane do Budimex zawierało szczegółowe wytyczne co do przedmiotu i stopnia szczegółowości wyjaśnień. W piśmie tym Zamawiający wskazał, że (...) oczekuje, że wyjaśnienia, w tym wyliczenie ceny, a także dowody potwierdzające dostępność dla wykonawcy okoliczności, na które się powołuje, będą adekwatne do specyfiki przedmiotowego zamówienia oraz ściśle powiązane z informacjami o planowanych przez wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania.

Dowód: wezwanie z 24 kwietnia 2024 r. do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wystosowane do Budimex (załącznik do odwołania).

Podstawowym wymogiem przedmiotowego wezwania było przedstawienie informacji o planowanych przez wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania. Innymi słowy zamawiający w sposób oczywisty i w pełni uzasadniony oczekiwał wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej w stosunku do faktycznie przyjętych przez wykonawcę założeń co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Taki sposób rozumienia wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej jest oczywisty w świetle ratio legis art. 224 PZP, gdyż wyjaśnienie ceny objętej ustawowym domniemaniem ceny rażąco niskiej nie powinno mieć charakteru fikcyjnego tylko winno precyzyjnie prezentować faktyczne założenia realizacyjne rzutujące na koszty realizacji zamówienia. Zamawiający winien wiedzieć, jak planuje zrealizować zamówienie wykonawca, jak skalkulował cenę oferty dla tak zamierzonego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.

W przypadku zasadniczej grupy robót, tj. hydrotechnicznych (wycenionych przez na kwotę 83 655 396,13 zł netto przy kwocie 103 397 838,00 zł całej oferty) Budimex informuje zamawiającego w swoich wyjaśnieniach z 10 maja 2024 r. (...).

Budimex nie udzielił zatem wyjaśnień co do faktycznie założonego i wycenionego w ofercie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, lecz zaprezentował wariant wyjaśnień, który jego zdaniem jest łatwiejszy do prezentacji. Jednocześnie w wyjaśnieniach dot. robót hydrotechnicznych Budimex sam potwierdza, że nie będzie całego zakresu rzeczowego tych prac zlecać podwykonawcom, a część prac wykona w siłach własnych. Pomimo tego wyjaśnia cenę swojej oferty w oparciu o kontrfaktyczne założenie wykonania całości robót hydrotechnicznych przy pomocy podwykonawców (sic.!) całkowicie pomijając obowiązek zaprezentowania wyceny dla tej części robót hydrotechnicznych, którą chce wykonać w siłach własnych.

Tak złożone wyjaśnienia ceny rażąco niskiej ab initio nie mają dla zamawiającego jakiegokolwiek wartości dowodowej z punktu widzenia art. 224 ust. 3 PZP oraz art. 224 ust. 5 PZP, w szczególności nie sposób uznać ich za wyjaśnienia obalające ustawowe domniemanie ceny rażąco niskiej. Opisują bowiem sposób realizacji zamówienia (w tym przypadku

w zakresie kluczowych robót – robót hydrotechnicznych), który wedle oświadczenia woli samego Budimex w ogóle nie będzie mieć miejsca. W związku z powyższym wyjaśnienia te jako bezprzedmiotowe nie powinny być brane pod uwagę, a zaistniały stan faktyczny winien być traktowany jak przypadek nieudzielenia wyjaśnień ze wszystkimi skutkami wynikającymi z art. 224 ust. 6 PZP.

Niezależnie od opisanej powyżej wady wyjaśnień Budimex, odwołujący zwraca uwagę, że w wezwaniu z 24 kwietnia 2024 r. zamawiający określił, że wykonawca, zgodnie z art. 224 ust. 4 w związku z art. 224 ust. 3 Ustawy PZP, ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym: 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 (Dz.U. z 2020 r. poz. 2207) 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.

Wyjaśnienia złożone przez Budimex w tym zakresie są niezwykle ogólnikowe i nie pozwalają na jakiegokolwiek zweryfikowane werbalnych deklaracji Budimex dotyczących przestrzegania przepisów o płacy minimalnej oraz o zabezpieczeniu społecznym. Dodatkowo oświadczenie to zostało ograniczone tylko do przestrzegania przepisów o płacy minimalnej oraz o zabezpieczeniu społecznym przez samego wykonawcę (Budimex) natomiast próżno szukać w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej złożonych przez Budimex jakiegokolwiek informacji co do przestrzegania ww. przepisów prawa przez podwykonawców pomimo tego, że cała cena oferty Budimex jest wyjaśniana przez tego wykonawcę za pomocą cen z uzyskanych ofert podwykonawców.

Oświadczenie to jest, jednakże całkowicie niemożliwe do zweryfikowania, gdyż Budimex najprawdopodobniej z pełnym rozmysłem zaniechał zaprezentowania kosztów robocizny. Jak zostało to już opisane powyżej Budimex wskazał, że Rozbicie na etapie wyjaśnień poszczególnych cen na wykonanie przez podwykonawców i w siłach własnych z wykazaniem kosztów R, M, S (robocizny, materiałów, sprzętu) sprawiłoby, iż obraz wyjaśnień stałby się nieczytelny i zagmatwany, dlatego mimo, iż organizacyjnie wykonawca nie zamierza całości zadania powierzać podwykonawcom, to w taki sposób zostaną

przedstawione wyjaśnienia poszczególnych pozycji cenowych zaoferowanych zamawiającemu.

Jest to jednak sprzeczne z wezwaniem zamawiającego z 24 kwietnia 2024 r. który z jednej strony określił, że Budimex ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

w zakresie dotyczącym: 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, (...), 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, (...). Tym samym zaniechanie przez Budimex prezentacji kosztów robocizny nie spełnia zatem wymogów stopnia szczegółowości wyjaśnień narzuconego przez zamawiającego.

Wydaje się, że zaniechanie podania przez Budimex w swoich wyjaśnieniach kosztów robocizny przypadającej na poszczególne asortymentów jest działaniem całkowicie intencjonalnym i przemyślanym. Sama deklaracja przestrzegania przez Budimex przepisów o płacy minimalnej oraz o zabezpieczeniu społecznym, ale bez podania kosztów robocizny przypadającej na dany rodzaj robót uniemożliwia bowiem tak zamawiającemu, jak KIO oraz wykonawcom biorącym, udział w postępowaniu weryfikację prawdziwości takiej deklaracji.

Powyższa uwaga dotyczy także tej części wyjaśnień Budimex, w której wyjaśnienie ceny rażąco niskiej następuje poprzez załączenie do wyjaśnień ofert podwykonawców. Oferty te, nawet jeżeli zawierają kalkulację ceny za dany asortyment robót, to nie prezentują kosztów robocizny tak, aby było możliwe sprawdzenie czy robocizny przyjęta do ich skalkulowania jest prawidłowa (z uwzględnieniem przepisów o płacy minimalnej i zabezpieczeniu społecznym). Ponadto, o ile w wyjaśnieniach Budimex znajduje się przynajmniej werbalna deklaracja skalkulowania ceny z poszanowaniem przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, to żadna z ofert podwykonawców Budimex do tych kwestii się nie odnosi w żaden sposób.

Brak możliwości zastąpienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny kalkulacjami poczynionymi przez podwykonawców.

Odnosząc się do dalszej części złożonych przez Budimex wyjaśnień w sprawie ceny rażąco niskiej (vide: str. 28 - 34) trzeba wskazać, że wadliwym i z gruntu błędnym, a także nieadekwatnym do wymagań stawianych wyjaśnieniom ceny rażąco niskiej przez przepisy PZP, jest prowadzenie przez Budimex tych wyjaśnień w sposób przewidujący jedynie w oparciu o powołanie się na ceny wynikające z ofert podwykonawców. Taka metodologia prowadzenia wyjaśnień pomija w zasadzie istotę instytucji jaką są wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Trzeba bowiem zauważyć, że w przypadku, gdy wykonawca uzasadnia wylizoną przez siebie cenę jedynie tym, że istnieją na rynku podmioty, które gotowe są zaoferować za wykonanie danych robót cenę jeszcze niższą niż ta zaoferowana przez wykonawcę, to nie dochodzi do jakiegokolwiek wyjaśnienia sposobu skalkulowania ceny.

Tymczasem Budimex wyjaśnia całą kwotę swojej ceny ofertami podwykonawców. Ich treść sprowadza się, jednakże tylko do podania kwot ofert przypadających na oferowany do wykonania przez nich zakres rzeczowy, a żadna oferta podwykonawcza złożona przez Budimex nie zawiera jakichkolwiek informacji pozwalających na dokonanie weryfikacji założeń cenotwórczych przyjętych dla jej kalkulacji.

Już sam ten fakt powinien zwrócić uwagę zamawiającego, ponieważ pozostaje w oczywistej sprzeczności z prezentacją przez Budimex okoliczności pozwalających rzekomo na zaoferowanie realizacji zamówienia w tak niskiej kwocie. Wszystkie okoliczności zaprezentowane przez Budimex we wstępnej części wyjaśnień dotyczą przecież jego jako takiego, a nie jego podwykonawców, bo Budimex o tym nawet nie wspomina. Jeżeli zatem podwykonawcy Budimexu potrafią zrealizować poszczególne fragmenty zamówienia jeszcze taniej niż wykonawca korzystający z tak wyjątkowo sprzyjających okoliczności jak opisane w wyjaśnieniach, to Budimex powinien okoliczności te opisać szczegółowo w stosunku do każdego z nich. Przecież sytuacja podmiotowa Budimex nie przenosi się automatycznie na jego podwykonawców, a każdy z tych podmiotów jest samodzielnym przedsiębiorcą z określonym standingiem finansowym, goodwill'em czy historią kontraktową.

Pomimo nałożenia na Budimex przez zamawiającego obowiązku przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny oferty żadnego z podwykonawców Budimex nie zawierają jakichkolwiek informacji w sprawie sposobu skalkulowania cen za omawiane roboty (sic. !). Odnosi się to zarówno do (1) braku kalkulacji jako takiej, jak i (2) udowodnienia, że elementy kosztotwórcze przyjęte do skalkulowania cen w ofercie danego podwykonawcy mogły być przyjęte w takich wysokościach, aby móc zaoferować wykonanie robót z danych pozycji kosztorysowych w takich wysokościach jak wynika to z oferty.

Odwołując w tym miejscu zwraca uwagę, że w ofertach podwykonawców Budimex podano jedynie wysokość wynagrodzenia tego podwykonawcy za dane pozycje Formularza Cenowego, ale bez podania sposobu ich skalkulowania (R, M, S). W związku z powyższym na podstawie ofert podwykonawców Budimex zamawiający jest w stanie ustalić jedynie co najwyżej wysokość marży, jaką uzyskuje Budimex na cenach podwykonawców za analogiczne roboty jak wycenione w Formularzu Oferty. Oferty podwykonawców są już, jednakże całkowicie bezużyteczne z punktu widzenia ustalenia założeń kosztowych, które miałyby rzekomo potwierdzać realność ceny Budimex za te same zakresy rzeczowe wycenione w jej Formularzu Cenowym. Co więcej – zaprezentowanie w ofercie podwykonawców niskich cen (co do zasady jeszcze niższych niż ceny z oferty Budimex) powinno wzbudzić naturalne wątpliwości po stronie zamawiającego, skoro żaden podwykonawca nie wyjaśnia w najmniejszy nawet sposób jak uzyskuje tak korzystny poziom cenowy.

Skoro to dany podwykonawca ma być faktycznym realizatorem tych robót (czyli ma ponieść koszty ich wykonania), a roboty te zostały wycenione jeszcze niżej niż te same oferty w ofercie Budimex, to wykazanie kosztu wykonania robót tylko przy pomocy oferty podwykonawcy jest całkowicie niewystarczające z punktu widzenia ciężaru dowodu obalenia ceny rażąco niskiej. Chcąc uzasadnić wycenę robót w swojej ofercie przy pomocy oferty podwykonawcy Budimex powinien rzetelnie poinformować zamawiającego dzięki jakim okolicznościom faktycznym dany podwykonawca jest w stanie (z przynajmniej minimalnym zyskiem) zrealizować roboty w zaoferowanych stawkach. W przeciwnym razie, a tak się stało w postępowaniu, oferta podwykonawcy nie ma żadnej wartości dowodowej z punktu widzenia wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w ofercie Budimex, a tym samym z punktu widzenia uchylenia przez Budimex domniemania, które go obciąża na podstawie art. 224 ust. 5 PZP.

W pewnym uproszczeniu (jakkolwiek dobrze oddającym istotę problemu) stwierdzić można, że w wyjaśnieniach z 10 maja 2024 r. Budimex swoje głośłowne zapewnienie o realności ceny oferty wyjaśnia przy pomocy równie głośłownego zapewnienia podwykonawcy

o wykonaniu tych robót w cenach wynikających z oferty tego podwykonawcy (czyli w cenach jeszcze niższych niż ceny Budimex). Skądinąd wadliwość takiej metody prowadzenia wyjaśnień przez Budimex dobitnie uzasadnia fakt, że jednej z ofert podwykonawczych załączonych podwykonawca za wykonanie robót czerpalnych zaoferował cenę w wysokości wyższej niż Budimex w złożonym Formularzu Cenowym. Jak wynika bowiem ze złożonego przez Budimex Formularza

Cenowego, za realizację poz. 10 wykonawca ten zaoferował cenę w wysokości 2 434 689,91 zł netto. Natomiast oferta podwykonawcy datowana na 27.03.2024 r. za wykonanie robót czerpalnych wskazuje cenę w wysokości 2 749 220,92 zł netto.

Dowód: wyjaśnienia ceny rażąco niskiej złożone przez Budimex 10 maja 2024 r. (załącznik do odwołania).

Mimo powyższego, w przedmiotowej sprawie Budimex w taki właśnie sposób dąży do uzasadnienia przyjętych kalkulacji. Jednocześnie szczegółowa analiza złożonych wyjaśnień z 10 maja 2024 r. wskazuje, że są to także wyjaśnienia rażąco niekonkretne. W tym kontekście, tytułem przykładu należy zwrócić uwagę na sposób, w który Budimex złożył wyjaśnienia kalkulacji z Formularza Cenowego w zakresie: branży elektroenergetycznej; branży sanitarnej; branży drogowej; branży kolejowej.

Należy zauważyć, że zgodnie z przyjętą przez Budimex kalkulacją za wykonanie robót we wskazanych powyżej czterech branżach wykonawca ten zaoferował łącznie cenę w wysokości 19 742 441,87 zł, co stanowi 19% ceny całkowitej za wykonanie zamówienia. Niewątpliwie zatem jest to istotny element oferty, którego wycena powinna zostać należycie

wyjaśniona przez wykonawcę w ramach wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny. Tymczasem Budimex w przedłożonych wyjaśnieniach z 10 maja 2024 r. wyjaśnieniom ceny za wykonanie omawianego zakresu zamówienia poświęca raptem dwie strony, przy czym podkreślić trzeba, że większą część wyjaśnień w tym zakresie opiera się o grafiki obrazujące poszczególne fragmenty (branże) Formularza Cenowego złożonego przez Budimex (a zatem dokumentu znanego już zamawiającemu). Nie sposób zatem uznać, by Budimex w jakimkolwiek stopniu wyjaśnił realność ceny zaproponowanej za wykonanie zamówienia w przedmiotowych branżach.

Rażąco niska i nierynkowa cena zaoferowana przez Budimex za realizację zamówienia.

W dalszej kolejności wskazać trzeba na rażąco zaniżoną wycenę, której dopuścił się Budimex w wielu pozycjach złożonego Formularza Cenowego. Taka sytuacja dotyczy w szczególności następujących pozycji Formularza Cenowego złożonego przez Budimex: poz. 5.1 „Dostawa ścianki szczelnej”; poz. 6 „Wykonanie pali”, poz. 14 „Wykonanie kanalizacji”, poz. 15 „Układanie kabli” - dowód: Formularz Cenowy złożonych przez Budimex wraz z ofertą (załącznik do odwołania).

W zakresie pozycji 5.1 Budimex zaproponował dostawę ścianki szczelnej za cenę 18 475 069,21 zł netto. Wycena tej pozycji zaproponowana przez wykonawcę znacząco odbiega od kwoty za wykonanie tej pozycji wskazanej w kosztorysie inwestorskim, gdzie zamawiający oszacował dostawę ścianki szczelnej za cenę 33 727 097,64 zł - dowód: Kosztorys inwestorski (załącznik do odwołania).

Za dostawę ścianki szczelnej Budimex zaoferował cenę, która jest o 15 252 027,43 zł niższa niż kalkulacja poczyniona przez inwestora w kosztorysie inwestorskim. W ujęciu procentowym wycena tej pozycji przez Budimex stanowi zatem zaledwie 54,78% wyceny z kosztorysu inwestorskiego. Jednocześnie o braku realności dokonanej przez Budimex wyceny poz. 5.1 świadczy również to, że zaproponowana wycena jest niższa od wartości ścianki szczelnej wynikającej z ofert jej producenta – Arcerol Miital RPS S.a.r.l. Jak wynika z załączonej do odwołania oferty wyżej wymienionego dostawcy oferuje on dostawę ścianki szczelnej za kwotę 24 069 074,49 zł. Wycena zaproponowana przez Budimex stanowi 76,76% tej kwoty - dowód: oferta Arcerol Miital RPS S.a.r.l. z 28 marca 2024 r. pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania).

Ponadto odwołujący wskazuje, że zgodnie z § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umownych: Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z udostępnioną mu dokumentacją projektową i geologiczną, o której mowa w OPZ, w tym pod kątem zawartości, kompletności i zastosowanych metod. Wykonawca musi przeanalizować udostępnioną mu dokumentację projektową i geologiczną, o której mowa w OPZ, pod kątem jej kompletności i ewentualnych błędów i braków, które mogą utrudnić lub uniemożliwić prawidłowe wykonanie Przedmiotu Umowy, nie musi natomiast analizować tej dokumentacji pod kątem obliczeń i doboru

rozwiązań projektowych i błędów w tym zakresie. Wykonawca oświadcza, że jest świadomy tego, że grunt w miejscu realizacji Przedmiotu Umowy jest zmienny i w zależności od rejonu robót nabrzeża mogą pojawić się grunty o gorszych lub lepszych parametrach wytrzymałościowych. W przypadku wystąpienia gruntów o lepszych parametrach wytrzymałościowych Wykonawca wykona posadowienie (ścianki szczelne, pale, kolumny, itp.) do głębokości projektowych i nie będzie dążył do ich skrócenia z uwagi na możliwą zmienność warunków gruntowych. W związku z powyższym Wykonawca oświadcza, że dołoży wszelkich starań, aby wykonać Przedmiot Umowy bez zmian w stosunku do tej dokumentacji projektowej i geologicznej.

Z projektowanego postanowienia umownego wynika zakaz dokonywania przez wykonawcę składającego ofertę optymalizacji cenowej zakładającej jakiegokolwiek manipulacje cenowe związane z zakładaniem przy wycenie wykonania ścianki szczelnej możliwości zmniejszenia ich ilości czy też skrócenia. Wykonawca w złożonej ofercie zobowiązany był zatem do całkowitej wyceny wykonania ścianki szczelnej. Należy zatem zauważyć, że rażąco zaniżona wycena przez Budimex poz. 5.1 obejmującej dostawę ścianki szczelnej dowodzi, że wykonawca ten posłużył się optymalizacją cenową, nieuprawnioną w świetle przytoczonego powyżej postanowienia § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umownych. W konsekwencji przedstawiona przez Budimex wycena tej pozycji jest nierealna, przez co nie gwarantuje wykonania w tej cenie zamówienia zgodnie z zasadami przewidzianymi przez kontrakt.

Powyższe wyliczenia potwierdzają zatem, że Budimex w poz. 5.1 Formularza Cenowego dokonał wyceny w sposób nierynkowy. W żaden sposób również Budimex nie przedstawił w tym zakresie urealnionych cenę wyjaśnień. Zauważyć można, że w złożonych wyjaśnieniach wykonawca jedynie ogólnikowo przedstawił założenia przyjęte do wyceny całej

poz. 5 Formularza Cenowego. Poprzestał jednak tylko na generalnych stwierdzeniach, że: „Budimex wycenił [ściankę szczelną] w najtańszym wariantcie w oparciu o własny zakup grodzic, ich logistykę i wykorzystanie własnego sprzętu pływającego i obsługi do pogrążenia. Mamy doświadczenie w logistyce dostaw morskich [...]”.

Z przedstawionych przez Budimex wyjaśnień nie sposób zatem wysnuć jakichkolwiek wniosków, które tłumaczyłyby tak niską wycenę poz. 5.1 w Formularzu Cenowym.

W dalszej kolejności wskazać trzeba, że nierynkowa jest wycena zaproponowana przez Budimex w poz. 6 – „Wykonanie pali”, za wykonanie której Budimex zaoferował cenę w wysokości 13 081 022,50 zł netto. W kontekście tej wyceny znamienne jest to, że jest znacząco niższa od średniej cen ofert kluczowych na rynku podwykonawców robót palowych, którzy wyceniali realizację przedmiotowego zakresu robót. Za wykonanie tej pozycji podwykonawcy zaoferowali następujące wynagrodzenie:

| | | |
|------------------|------------------|------------------|
| SOILTECH | SOLETANCHE | AARSLEFF |
| 20 910 919,40 zł | 20 982 000,00 zł | 21 184 000,00 zł |

Dowód: oferta Soiltech pozyskana przez Odwołującego (załącznik do Odwołania);

Dowód: oferta Soletanche pozyskana przez Odwołującego (załącznik do Odwołania);

Dowód: oferta Aarsleff pozyskana przez Odwołującego (załącznik do Odwołania).

Porównanie ceny zaoferowanej przez Budimex za realizację tej pozycji z wyliczoną średnią arytmetyczną ww. ofert podwykonawczych wskazuje, że wycena Budimex-u jest o 7 944 617,30 zł niższa od tej średniej, a w ujęciu procentowym stanowi 62,21 % tej średniej. Ponadto, zaoferowana przez Budimex cena za realizację poz. 6 jest skrajnie niższa niż wycena tej pozycji przedstawiona w kosztorysie inwestorskim, którą zamawiający wycenił na kwotę 32 933 646,00 zł - dowód: Kosztorys inwestorski (załącznik do odwołania).

Jak wskazuje przeprowadzona analiza, Budimex za wykonanie pali zaoferował cenę o prawie 20 000 000,00 zł niższą niż przewidziana w kosztorysie inwestorskim. Natomiast w ujęciu procentowym zaoferowana przez Budimex cena stanowi niecałe 40% wyceny inwestorskiej. Ponadto odwołujący wskazuje, że zasady wyceny poz. 6 w Formularzu Cenowym określone zostały także zgodnie z przywołanym powyżej § 8 ust. 2

projektowanych postanowień umownych. Z przedmiotowego postanowienia umownego wynika zatem zakaz dokonywania przez wykonawcę składającego ofertę optymalizacji cenowej zakładającej jakiejkolwiek manipulacje cenowe związane z zakładaniem przy wycenie wykonania pali możliwości zmniejszenia ich ilości czy też skrócenia samych poszczególnych pali. Wykonawca w złożonej ofercie zobowiązany był zatem do całkowitej wyceny wykonania pali, obejmującego wykonanie wszystkich sztuk przewidzianych przez dokumentację projektową, bez możliwości ich skracania.

Przyjęte przez zamawiającego założenia projektowe zakładają natomiast wykonanie 1474 szt. pali CFA, co wynika z zestawienia zamieszczonego w dokumentacji projektowej – TOM II projektu wykonawczego – Teczka 1-hydro - dowód: wyciąg z OPZ - TOM II projektu wykonawczego – Teczka 1-hydro (załącznik do odwołania).

Jednocześnie, jak zostało to wskazane powyżej, zamawiający szczegółowo przewidział wymiary pali, które powinny być zostać wycenione przez Budimex w ramach poz. 6 Formularza Cenowego. Tytułem przykładu wskazać można, że w stosunku do pala częściowo przemieszczeniowego $\varnothing 600\text{mm}$ np. L=19,50 (do wykonania w ramach inwestycji – 384 szt.), zamawiający precyzyjnie przewidział następujące wymiary (...) - dowód: wyciąg z OPZ - rysunek pokazujący konstrukcję pala przemieszczeniowego (załącznik do odwołania).

Należy zatem stwierdzić, że rażąco zaniżona wycena przez Budimex poz. 6 obejmującej wykonanie pali dowodzi, że wykonawca ten posłużył się optymalizacją cenową,

nieuprawnioną w świetle przytoczonego powyżej postanowienia § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umownych. W konsekwencji przedstawiona przez Budimex wycena tej pozycji jest nierealna, przez co nie gwarantuje wykonania w tej cenie zamówienia zgodnie z zasadami przewidzianymi przez kontrakt.

Odwołujący wskazuje, że mechanizm niedozwolonej w świetle postanowień kontraktu optymalizacji obrazuje przykład oferty na wykonanie pali pozyskanej w toku przygotowania oferty przez Konsorcjum GAP od firmy Keller Polska sp. z o.o. Wskazany podwykonawca optymalizując swoją ofertę (w sposób sprzeczny z projektowanym brzmieniem §8 ust. 2 umowy) zaoferował za wykonanie pali cenę w wysokości 17 927 000,00 zł netto - dowód: oferta Keller pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania).

Co znamienne, oferta złożona przez Budimex za wykonanie poz. 6 zakłada cenę jeszcze niższą niż ta oferowana we wspomnianej ofercie podwykonawczej. Budimex w prowadzonej optymalizacji posunął się zatem skrajnie daleko i uzyskał za wykonanie pali cenę o 4 845 977,50 zł niższą niż oferta przedstawiona przez podwykonawcę Keller. W ujęciu procentowym zaś wskazana przez Budimex cena stanowi 72,97% ceny wynikającej z oferty Keller.

Powyżej opisane kwestie związane z wyceną przez wykonawcę poz. 6 „Wykonanie pali” obrazuje całościowo tabela stanowiąca załącznik nr 34 do odwołania.

Próżno także szukać wyjaśnień wyceny poz. 6 w wyjaśnieniach w sprawie ceny rażąco niskiej. W tym zakresie Budimex ograniczył swoje wyjaśnienia jedynie do apriorycznego powołania się na oferty dwóch firm podwykonawczych, które zadeklarowały realizację tych robót po cenie jeszcze niższej niż zaferował Budimex. Budimex nie wyjaśnił, jednakże w jakikolwiek sposób jak podwykonawcy ci są w stanie zrealizować omawiane roboty w tych cenach. Powyższe przesądza z jednej strony o braku wyjaśnień w zakresie tej pozycji robót, zaś z drugiej o braku realności ceny, którą Budimex zaproponował za wykonanie pali.

W dalszej kolejności odwołujący wskazuje, że Budimex nie obalił domniemania istnienia rażąco niskiej ceny w przypadku cen, które zaferował za realizację poz. 14 i 15 w Formularzu Cenowym, tj. grupy prac z branży elektroenergetycznej polegających na wykonaniu kanalizacji kablowych i układaniu kabli. W tym zakresie wspomniany wykonawca zaferował następujące ceny: w poz. 14 - 436 643,35 zł; w poz. 15 - 82 132,81 zł.

Odnosząc powyższe do ceny za realizację omawianych robót określoną przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim odnotować trzeba, że:

- w przypadku poz. 14 Budimex zaferował cenę o 1 161 892,02 zł niższą niż oszacowana przez zamawiającego. W ujęciu procentowym natomiast cena zaferowana przez Budimex stanowi 27,32% kwoty oszacowanej przez zamawiającego;
- w przypadku poz. 15 Budimex zaferował cenę o 952 477,23 zł niższą niż oszacowana przez zamawiającego. W ujęciu procentowym natomiast cena zaferowana przez Budimex stanowi zaledwie 7,94% kwoty oszacowanej przez zamawiającego.

dowód: Kosztorys inwestorski (załącznik do odwołania).

Za wykonanie pozycji 14 i 15 wykonawcy biorący udział w postępowaniu zaferowali natomiast ceny o znacznie wyższej wartości, zarazem mieszczące się w rozsądnym spektrum wynikającym z kosztorysu inwestorskiego.

Wycena zaproponowana przez Budimex odnośnie pozycji 14 i 15 znacząco odbiega również od średniej arytmetycznej wynikającej z ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu. Jak zatem wynika z powyższego zestawienia:

- w przypadku poz. 14 Budimex zaferował cenę o 538 161,43 zł niższą niż wynikającą ze średniej arytmetycznej wynikającej ze złożonych w postępowaniu oferty. W ujęciu procentowym natomiast cena zaferowana przez Budimex stanowi 44,79% kwoty stanowiącej tę średnią;
- w przypadku poz. 15 Budimex zaferował cenę o 948 815,50 zł niższą niż wynikającą ze średniej arytmetycznej wynikającej ze złożonych w postępowaniu oferty. W ujęciu procentowym natomiast cena zaferowana przez Budimex stanowi zaledwie 7,97% kwoty stanowiącej tę średnią.

Zaferowana przez Budimex cena w poz. 15 Formularza Cenowego jest ceną skrajnie nierynkową. Świadczą o tym zarówno poczynione powyżej wyliczenia odnoszące ją ceny oszacowanej przez zamawiającego i średniej arytmetycznej, ale przede wszystkim to, że zaproponowana cena nie pokrywa nawet kosztu samego materiału (kabla). Jak wynika OPZ (Tom II – Teczka 2) dla postępowania zamawiający wymaga położenia kabla o długości 23 487,36 m - dowód: OPZ – projekt wykonawczy TOM II – Teczka 2 (str. 20, tabela) (załącznik do odwołania).

Przedstawiona przez Budimex wycena poz. 15 jedynie ułankowo pokrywa wartość zakupu samego materiału na realizację objętego nią zakresu rzeczowego. Trzeba bowiem wskazać, że rynkowe ceny zakupu kabla niezbędnego do realizacji tej pozycji, na przykładzie załączonych od odwołania ofert, kształtują się następująco:

- dostawca LQelectric zaferował materiał w cenie 13 980,00 zł netto za 1 km. Uwzględniając ilość metrów kabla potrzebną do położenia (23 487,36 m, co daje 23, 49 km) wskazać trzeba, że dostawca ten zaferował dostawę potrzebną dla realizacji zamówienia kabla w cenie 328 390,20 zł netto;
- dostawca TIM zaferował materiał w cenie 15,75 zł netto za 1 m. Uwzględniając ilość metrów kabla potrzebną do położenia (23 487,36 m) wskazać trzeba, że dostawca ten zaferował dostawę potrzebną dla realizacji zamówienia kabla w cenie 369 925,92 zł netto;
- dostawca Involt sp. z o.o. sp. k. zaferował dostawę potrzebną dla realizacji zamówienia kabla w cenie 338 217,98 zł netto;
- dostawca Onninen zaferował dostawę potrzebną dla realizacji zamówienia kabla w cenie 352 070,13 zł netto;
- dowód: oferta LQelectric pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania);
- dowód: oferta TIM pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania);
- dowód: oferta Involt sp. z o.o. sp. k. pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania);
- dowód: oferta Onninen pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania).

Oczywistym jest, że w ramach kwoty ceny poz. 15 w Formularzu Cenowy Budimex nie był jednak zobowiązany jedynie

do wyceny samego materiału. Pozycją tą objęte również jest bowiem położenie tego kabla i wszystkie towarzyszące temu świadczenia, co w konsekwencji przekłada się na dość szeroki zakres rzeczowy robót objętych tą pozycją. Brak rynkowej wyceny przez Budimex ceny za realizację zakresu rzeczowego ujętego w poz. 15 Formularza Cenowego potwierdza także oferta podwykonawcy El-Grześ sp. z o.o. W jej ramach podwykonawca za układanie kabli przewidział cenę w wysokości 983 390,00 zł netto, a zatem ponad 10 raz więcej niż w złożonej ofercie Budimex. Co warte wskazania – podmiot ten (El-Grześ sp. z o.o.) realizuje aktualnie prace podwykonawcze w ramach inwestycji na Nabrzeżu Bytomskim realizowanej przez Port Gdańsk, w związku z czym jest dobrze zorientowany

w wycenie analogicznych robót - dowód: oferta El-Grześ sp. z o.o. pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania).

W wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej złożonych przez Budimex nie zawarto natomiast jakiegokolwiek argumentacji w przedmiocie sposobu wyceny poz. 15.

Faktyczny brak złożenia przez Budimex wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej.

Powyżej opisane okoliczności faktyczne dowodzą, że Budimex w istocie nie złożył wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej. Za takim stanowiskiem świadczy ogólnikowe przedstawienie przez tego wykonawcę wyjaśnień w stosunku do całości ceny oraz brak przedstawienia wyjaśnień w stosunku do wszystkich pozycji objętych wyceną w ramach Formularza Cenowego. Brak wyjaśnienia przez wykonawcę wszystkich zagadnień objętych wezwaniem do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wystosowanym przez zamawiającego de iure jest równoznaczny z brakiem wyjaśnień i jako taki jest podstawą do odrzucenia oferty. W związku z powyższym oferta Budimex powinna zostać odrzucona.

2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i uznanie, że oferta złożona przez Budimex nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W związku z okolicznościami faktycznymi opisanymi przy okazji omawiania zarzutu 1 zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Budimex czym naruszył przepis art.

226 ust. 1 pkt 8 PZP. Wykonawca ten nie obalił bowiem ustawowego domniemania ceny rażąco niskiej, jak również złożone przez niego wyjaśnienia potwierdziły, że cena przez niego zaoferowana posiada taki właśnie charakter.

3. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie i uznanie, że wadliwe wypełnienie przez NDI formularza cenowego stanowiącego załącznik nr 1 do formularza oferty stanowi inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty i dokonanie przez zamawiającego poprawienia tej omyłki, co nastąpiło w następstwie niedopuszczalnych negocjacji treści oferty oraz art. 223 ust. 2 pkt 2 pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania.

Zamawiający dokonując poprawienia ceny wskazanej w poz. 8.1 w Formularzu Cenowym złożonym przez NDI, w ocenie odwołującego dopuścił się naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP w zw. art. 223 ust. 1 PZP, gdyż:

- błędnie zamawiający uznał, że wada zawarta w omawianej pozycji Formularza Cenowego może stanowić inną omyłkę podlegającą trybowi naprawczemu opisanemu w art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, podczas gdy w swojej istocie nie stanowiła ta wada wskazanej omyłki;

oraz

- nawet gdyby przyjąć, że wada w poz. 8.1. Formularza Cenowego mogła zostać sklasyfikowana jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, tak jednak jej poprawienie jej doprowadziło do istotnej zmiany w treści oferty NDI.

W terminie składania ofert NDI złożyło ofertę, w której za realizację zamówienia wskazało cenę ryczałtową netto w wysokości 113 432 110,92 zł. Taka kwota została wskazana w złożonym przez wykonawcę Formularzu Cenowym. Jednocześnie, w poz. 8.1. tego formularza NDI za wykonanie pachołów cumowniczych zaoferowało wynagrodzenie w kwocie 11 563 133,38 zł.

| | | |
|------|--|------------------|
| 8 | WYPOSAŻENIE NABRZEŻA | 11 785 489,06 zł |
| 8.1 | PACHOŁY CUMOWNICZE | 11 569 133,38 zł |
| 8.2 | DRABINKI I WYŁAZY RATOWNICZE | 75 969,00 zł |
| 8.3 | ODBOJNICE PASMOWE Z BELEK ELASTOMEROWYCH | 157 413,32 zł |
| 8.4 | KRAWĘŻNIKI Z BELEK GUMOWYCH | 1 133 594,72 zł |
| 8.5 | ODBOJNICE TYPU MV Z PANELEM | 2 748 673,66 zł |
| 8.6 | PRZYKRYCIE STUDZIENEK ELEKTRYCZNYCH | 39 873,46 zł |
| 8.7 | PRZYKRYCIE STUDZIENEK INSTALACYJNYCH | 61 787,57 zł |
| 8.8 | DOSTAWA SZYN PODDŹWIGOWYCH | 1 750 106,18 zł |
| 8.9 | MONTAŻ SZYN PODDŹWIGOWYCH | 4 760 048,24 zł |
| 8.10 | POZOSTAŁE ELEMENTY WYPOSAŻENIA NABRZEŻA | 841 667,23 zł |

Analiza Formularza Cenowego wskazuje, że NDI w sposób błędny zsumowało wartość ceny ofertowej, która powinna być zostać wskazana w poz. 8 – WYPOSAŻENIE NABRZEŻA (wartość pozycji nr 8 powinna być stanowić sumę wartości poz. 8.1 - 8.10), a w konsekwencji w sposób błędny została podana przez NDI także cena ryczałtowa za

wykonanie zamówienia podstawowego, podana w Formularzu Cenowym jako kwota 113 432 110, 92 zł.

Trzeba wskazać, że gdyby NDI w złożonej ofercie w sposób prawidłowy, zgodny z zasadami matematyki, dokonało zsumowania poz. 8.1 - 8.10. Formularza Cenowego i w konsekwencji dla całej oferty, to wartość poz. 8 Formularza Cenowego powinna wynieść 23 138 266,76 zł – a zatem o 11 352 777,68 zł więcej niż wskazało NDI w Formularzu Cenowym. Konsekwencją powyższych wyliczeń jest wzrost całkowitej ceny netto za wykonanie zamówienia podstawowego o ww. różnicę. Prawidłową wartością całkowitą ceny netto za wykonanie zamówienia w złożonej przez NDI ofercie powinna być zatem kwota 124 784 888,60 zł netto (153 485 412,98 zł brutto), a nie jak wskazano w ofercie NDI 113 432 110,92 zł netto (139 521 496,43 zł brutto).

Powyższe ustalenia są bardzo istotne dla ukształtowanego w postępowaniu rankingu ofert. W układzie faktycznym, w którym dla klasyfikacji w tym rankingu oferty NDI zamawiający przyjął cenę podaną w złożonym Formularzu Cenowym, oferta NDI uplasowała się na drugim miejscu, ustępując ceną jedynie ofercie złożonej przez Budimex (w istocie także ofercie złożonej przez Strabag – ta jednak została odrzucona przez zamawiającego). Natomiast gdyby zamawiający ukształtował ten ranking opierając go o cenę całkowitą oferty wynikającą

z prawidłowego zsumowania podlegających sumowaniu pozycji z Formularza Cenowego, to oferta złożona przez NDI zajęłaby dalsze miejsce i ustępowałaby cenowo także ofertom złożonym przez Konsorcjum GAP, PORR Doraco.

Zgodnie z przepisem art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Stwierdzić zatem trzeba, że jest obowiązkiem zamawiającego, wynikającym z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które: polegają na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W związku z tym poprawiane powinny być wyłącznie omyłki w treści oferty polegające na niezgodności z dokumentami zamówienia. Tymczasem omyłka poprawiona w treści oferty NDI nie była omyłką polegającą na niezgodności z dokumentami zamówienia. Zamawiający dokonał korekty obliczeń matematycznych zgodnie z wytycznymi, które uzyskał po złożeniu ofert od NDI. Fakt, że NDI w poz. 8.1. Formularza Ofertowego podało wycenę w kwocie 11 563 133,38 zł nie powoduje przecież jakiegokolwiek sprzeczności z dokumentami zamówienia. Jest to po prostu kwota, której zapłaty oczekuje wykonawca i brak w niej cechy niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, a wyłącznie taka omyłka w treści oferty podlega poprawieniu w omawianym trybie. Co więcej - fakt podania w formularzu ofertowym, w poz. 8.1., wyceny w kwocie 11 563 133,38 zł w ogóle trudno uznać za omyłkę. Brak jest bowiem w treści oferty jakiegokolwiek znamienia wskazującego, iż miałaby to być omyłka, a nie wycena dokonana w takiej kwocie nominalnej jak została podana. Analiza Formularza Ofertowego z oferty NDI wskazuje raczej, że omyłka nastąpiła w podaniu wartości poz. 8, która stanowiła sumę wartości poz. 8.1. – 8.10. W świetle art. 223 ust.2 pkt 3 PZP niedopuszczalne jest, jednakże poprawianie omyłek, które wykonawca popełnił w ofercie zamierzając zaoferować inne wynagrodzenie, jeśli to zaproponowane (rzekomo) omyłkowo wynagrodzenie nie powoduje niezgodności z dokumentami zamówienia, lecz np. jedynie pogorszenie pozycji konkurencyjnej wykonawcy (atrakcyjności oferty). Przepis jednoznacznie dopuszcza wyłącznie poprawę takich omyłek, których popełnienie spowodowało niezgodność oferty z dokumentami zamówienia.

W ocenie odwołującego nie jest zaś niezgodnością z dokumentami zamówienia rzekomy błąd polegający na przeprowadzeniu przez wykonawcę składającego ofertę błędnych obliczeń matematycznych (rozumiany również jako zastosowanie błędnych formuł w programie do obliczeń typu „excel”). W istocie bowiem błąd taki może być poprawiany jako oczywista omyłka rachunkowa (o ile spełnia kryteria wskazane w art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP) albo stanowi błąd w obliczeniu ceny sankcjonowany odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP. W dalszej kolejności zaznaczyć należy, że poprawiane mogą być wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc a priori, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania

wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek („niepowodujące istotnych zmian”) sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki powinna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Z reprezentatywnego orzecznictwa KIO, można zatem wywieść, że poprawianie treści zawartej w ofercie wykonawcy jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia jest dopuszczalne przy łącznym spełnieniu następujących przesłanek: błąd powinien być łatwo zauważalny dla zamawiającego; zamawiający powinien dysponować wszystkimi danymi potrzebnymi do dokonania jego poprawy; dokonanie poprawy omyłki nie powinno prowadzić do istotnej zmiany treści oferty.

Przykładając te kwestie do sposobu, w którym zamawiający dokonał poprawiania omyłki w Formularzu Cenowym złożonym przez NDI, należy stwierdzić, że dokonanie przez zamawiającego poprawy tej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP było wadliwe.

Odwołujący w pierwszej kolejności chciałby zauważyć, że wątpliwa jest sama kwalifikacja przez zamawiającego omawianej niezgodności jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Jak zostało to już szeroko omówione powyżej charakter omawianej wady Formularza Cenowego złożonego przez NDI wskazuje, że należałoby zakwalifikować tę wadę jako omyłkę rachunkową o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP i to na zasadzie tego przepisu dokonać poprawiania omyłki w złożonej przez NDI ofercie poprzez korektę kwoty podanej w poz. 8 jako wynikowej (sumy) poz. 8.1. – 8.10. Wykonawca NDI w złożonej ofercie, co jest zresztą także łatwo dostrzegalne, niepoprawnie zsumował pozycje Formularza Cenowego składające się na cenę całkowitą oferty. Jak zostało to już bowiem wskazane powyżej, poprawna wartość całkowita netto oferty złożonej przez NDI powinna wynieść łącznie 124 784 888,60 zł netto, zamiast kwoty 113 432 110,92 zł netto wskazanej przez NDI.

W ocenie odwołującego takie właśnie rozumienie wady Formularza Cenowego złożonego przez NDI jawi się jako pierwotne i możliwe do zidentyfikowania przez zamawiającego w drodze procedury badania i oceny ofert. Kierując się zresztą tymi dyrektywami zamawiający poprawił omyłkę rachunkową (co prawda błędnie w ocenie odwołującego uznana za inną omyłkę, o której stanowi art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP) zawartą w Formularzu Oferty złożonym przez Konsorcjum GAP. W tym przypadku zamawiający skorygował o jeden grosz cenę brutto wskazaną przez Konsorcjum GAP za realizację Etapu I inwestycji - dowód: pismo zamawiającego do Konsorcjum GAP wraz z załączonym do niego poprawionym Formularzem Ofertowym (załącznik do odwołania).

Natomiast sposób, w który zadziałał zamawiający, dokonując poprawienia omyłki zgodnie ze szczegółowymi instrukcjami przedstawionymi przez NDI w piśmie z 19 kwietnia 2024 r., powinien zostać uznany za stojący w opozycji do powyższego i jako wyczerpujący wszelkie znamiona negocjacji. Tym samym w ocenie odwołującego nie sposób uznać, by wada Formularza Cenowego, w optyce, którą stara się jej nadać NDI była błędem (omyłką), który byłby dostrzegalny dla zamawiającego, a z całą stanowczością nie jest błędem, który byłby dla zamawiającego dostrzegalny w sposób łatwy. Powyższe stwierdzenie potwierdza to, że w toku prowadzonego postępowania zamawiający nie odkrył podnoszonej przez NDI omyłki samodzielnie, a do jej poprawienia doszło w wyniku wniesienia przez NDI pisma zawierającego szczegółową instrukcję wprowadzenia oczekiwanych przez wykonawcę zmian w Formularzu Cenowym. Co szczególnie istotne, sposób poprawienia Formularza Cenowego zgodnie ze szczegółowymi instrukcjami przedstawionymi przez NDI w piśmie z 19 kwietnia 2024 r. nie wynika z żadnych postanowień oferty. Zatem do czasu otrzymania pisma NDI z 19 kwietnia 2024 r. (co nastąpiło już po otwarciu ofert) zamawiający nie dysponował żadnymi informacjami pozwalającymi ustalić, iż NDI chciało złożyć ofertę w taki sposób jak opisało

to w tym piśmie. Instrukcje powyższe oraz ich uwzględnienie przez zamawiającego noszą wszelkie znamiona negocjacji zakazanych na podstawie art. 223 ust. 1 PZP. Sposób poprawienia oferty przekazany przez NDI nie jest bowiem jedynym jaki potencjalnie może mieć miejsce. Mając na uwadze fakt, że cena poz. 8 Formularza Cenowego jest wynikiem sumowania, to poprawa Formularza Ofertowego może nastąpić (a w ocenie odwołującego wręcz powinna) poprzez prostą korektę wynikowej wartości poz. 8., a nie poprzez skomplikowany proces obliczeń zgodnie ze szczegółowymi wytycznymi NDI przekazanymi zamawiającemu.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej przez NDI w piśmie do zamawiającego z 19 kwietnia 2024 r. wskazać trzeba, że twierdzenie wykonawcy, iż w poz. 8.1 doszło rzekomo do omyłkowego, przypadkowego zsumowania pozycji od 8.2 do 8.10 stanowi tylko jedno

z wielu, alternatywnych i niezależnie od siebie występujących (a przy tym wzajemnie wykluczających się) sposobów, w których wykonawca NDI mógłby zawnioskować o wprowadzenie zmiany Formularza Cenowego. Przy ocenie poprawności czynności poprawienia innej omyłki, o której stanowi art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, jak wskazuje zarówno literalne brzmienie tego przepisu, ale także orzecznictwo KIO, jest ocena istotności zmiany treści Oferty. W przypadku przedmiotowego postępowania nie ulega w ocenie odwołującego żadnym wątpliwościom, że dokonanie poprawy omyłki istotnie zmieniło treść złożonej przez NDI oferty. Za takim stwierdzeniem stoją następujące argumenty, natury matematycznej:

- w wyniku dokonanej przez zamawiającego zmiany (poprawki) wartość ceny wskazanej w poz. 8.1 Formularza Cenowego załączonego do oferty NDI uległa obniżeniu o kwotę 11 352 777,68 zł netto;
- w ujęciu procentowym wartość tej pozycji uległa redukcji o 98,13% w stosunku do wartości wskazanej przez NDI w ofercie;
- w wyniku dokonanej przez zamawiającego zmiany (poprawki) cena całkowita oferty NDI (tj. cena wynikająca z zsumowania wszystkich pozycji Formularza Cenowego złożonego wraz z ofertą) uległa de facto obniżeniu o kwotę o 11 352 777,68 zł (redukcja z kwoty 124 784 888,60 zł netto do kwoty 113 432 111,92 zł netto);
- w ujęciu procentowym wartość ceny całkowitej netto zatem uległa redukcji o prawie o 10% w stosunku do ceny całkowitej wskazanej przez NDI w złożonej ofercie.

W okolicznościach sprawy nie można tracić z pola widzenia, że sposób poprawienia Formularza Cenowego przekazany zamawiającemu pismem 19 kwietnia 2024 r. był dla NDI sposobem najkorzystniejszym mając na uwadze konfigurację kolejności ofert w ich rankingu, który w momencie wystosowywania tego pisma był już NDI wiadomy. Nie można wykluczyć, że gdyby było to korzystne dla NDI (np. w sytuacji wystąpienia innej konfiguracji ofert), to wskazałaby inny sposób poprawienia jej oferty.

Powyżej opisana ingerencja w treść oferty NDI nie pozostała jednak obojętna w zakresie rankingu ofert złożonych w postępowaniu. Jak zostało to już zasygnalizowane w odwołaniu, zamawiający dokonując poprawienia omyłki w ofercie NDI, zgodnie z wyrażoną przez tego wykonawcę sugestią, doprowadził do stanu, w którym złożona przez NDI oferta pozostała na drugim miejscu w rankingu ofert. Trzeba w tym kontekście jednoznacznie wskazać, że gdyby zamawiający przyjął do rankingu oceny ofert całkowitą wartość oferty NDI, która wynikała z Formularza Cenowego po zsumowaniu wszystkich podlegających sumowaniu pozycji tj. wartość 124 784 888,60 zł netto, a wymiarze brutto kwotę 153 485 412,98 zł, to ranking ofert kształtowałby się dalece odmiennie od tego, który przedstawił ostatecznie zamawiający.

Uwzględniając powyższe okoliczności związane z prawidłową ceną całkowitą oferty NDI wynoszącą 153 485 412,98 zł brutto, a także zasadne odrzucenie przez zamawiającego oferty złożonej przez Strabag, ranking ofert powinien kształtować się w następujący sposób:

| pozycja | nazwa wykonawcy | cena całkowita brutto |
|---------|-----------------------|-----------------------|
| 1 | Budimex | 127 179 340,74 zł |
| 2 | Konsorcjum GAP | 144 539 993,26 zł |
| 3 | PORR | 149 644 960,13 zł |
| 4 | Doraco | 149 895 000,00 zł |
| 5 | NDI | 153 485 412,98 zł |
| 6 | Konsorcjum Colas Rail | 168 329 534,40 zł |
| 7 | Konsorcjum Roverpol | 176 197 500,00 zł |

Z uwagi jednak na fakt dokonania przez zamawiającego poprawki omyłki zgodnie z sugestiami podpowiedzianymi zamawiającemu przez NDI, ranking ofert w postępowaniu ukształtował się finalnie w następujący sposób:

| pozycja | nazwa wykonawcy | cena całkowita brutto |
|---------|-----------------------|-----------------------|
| 1 | Budimex | 127 179 340,74 zł |
| 2 | NDI | 139 521 496,43 zł |
| 3 | Konsorcjum GAP | 144 539 993,26 zł |
| 4 | PORR | 149 644 960,13 zł |
| 5 | Doraco | 149 895 000,00 zł |
| 6 | Konsorcjum Colas Rail | 168 329 534,40 zł |
| 7 | Konsorcjum Roverpol | 176 197 500,00 zł |

Działania zamawiającego doprowadziły zatem do znacznej poprawy sytuacji NDI w postępowaniu. W ten właśnie sposób należy ocenić faktyczny awans z piątego na drugie miejsce w rankingu ofert w postępowaniu. W realiach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z punktu widzenia NDI, utrzymanie się w czołowej części rankingu ofert gwarantowało jednocześnie utrzymanie się w grze o uzyskanie zamówienia, a ujmując powyższe innymi słowy – dalszą i realną szansą na zwycięstwo w postępowaniu.

Z uwagi na powyżej przedstawione argumenty trzeba zatem stwierdzić, że działania zamawiającego ukierunkowane na dokonanie poprawienia omyłki w Formularzu Cenowym NDI były niezgodne z obowiązującymi przepisami PZP. Nie wytrzymują one konfrontacji z przesłankami, których spełnienie w świetle przepisów PZP i standardów wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie, powinny były ziścić się, by zastosowanie trybu naprawczego dla oferty NDI było dopuszczalne.

Z powyższych względów uprawnione jest zatem również twierdzenie, że zamawiający w istocie naruszył także art. 223 ust. 1 PZP, a to z uwagi na fakt, że już po upływie terminu składnia ofert i złożeniu oferty NDI zamawiający i NDI de facto wynegocjowali ostateczną treść oferty w zakresie tak poz. 8.1, poz. 8 Formularza Cenowego jak i ceny całkowitej za wykonanie zamówienia. Postępując w ten sposób zamawiający naruszył jednocześnie przepis art. 223 ust. 2 pkt 2 PZP nakazujący mu poprawić oczywiste omyłki rachunkowe. Mając na uwadze fakt, że poz. 8 jest sumą wartości poz. 8.1 – 8.10 to jedynym możliwym

sposobem poprawienia Formularza Oferty była korekta wartości poz. 8. Tylko taka intencja (do czasu uzyskania pisma NDI z 19 kwietnia 2024 r.) była możliwa do wywnioskowania z treści Formularza Ofertowego.

4. zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 pzp w zw. z art. 224 ust. 5 pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania w sytuacji, w której NDI nie złożył wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie określonym przez zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz art. 224 ust. 6 pzp poprzez nieprawidłowe jego zastosowanie i uznanie, że wyjaśnienia (wraz ze załączonymi dowodami) w sprawie ceny rażąco niskiej złożone przez NDI są wystarczające do uchylenia domniemania wynikającego z art. 224 ust. 5 pzp. tj. potwierdzają, że oferta złożona przez NDI nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Naruszenie przez zamawiającego postanowień art. 224 ust. 6 PZP w związku z oceną oferty NDI nastąpiło w związku z uznaniem przez zamawiającego za wystarczające szczegółowe wyjaśnień ceny rażąco niskiej udzielonych przez NDI pomimo tego, iż NDI nie odniósł się do wszystkich elementów objętych wezwaniem zamawiającego z 24 kwietnia 2024 r. Jednocześnie naruszenie przez zamawiającego postanowień art. 224 ust. 6 PZP w związku z oceną oferty NDI nastąpiło także w związku z uznaniem, iż NDI obalił domniemanie wynikające z art. 224 ust. 5 PZP pomimo tego, iż na podstawie samych wyjaśnień ceny rażąco niskiej i załączonych do nich dowodów złożonych przez NDI wynika, że cena zaferowana przez tego wykonawcę jest ceną niepokrywającą kosztów realizacji przedmiotu zamówienia w poszczególnych pozycjach Formularza Cenowego (naruszenie art. 224 ust. 6 PZP w części, w której jest mowa o odrzuceniu oferty z rażąco niską ceną).

NDI w przedłożonych wyjaśnieniach powołuje się na okoliczności o charakterze generalnym, nie wykazując przy tym ich konkretnego wpływu na kalkulację cen przyjętych w Formularzu Cenowym. Jednocześnie nie można uznać za należyte wyjaśnienie ceny rażąco niskiej takiego ich sposobu, który w istocie ogranicza się do powołania się przez tego wykonawcę na oferty firm podwykonawczych. Ponadto w przypadku wielu pozycji z Formularza Cenowego złożonego przez NDI, wyjaśnienia złożone wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w żaden sposób nie potwierdzają możliwości uzyskania cen korzystniejszych, a zaferowana w tych pozycjach cena jest rażąco zaniżona w stosunku do realiów rynkowych.

Ogólnikowy charakter wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny złożonych przez NDI. Brak wykazania wpływu przywoływanych okoliczności na cenę oferty.

W wezwaniu z 24 kwietnia 2024 r. zamawiający wskazał, że „(...) oczekuje, że wyjaśnienia, w tym wyliczenie ceny, a także dowody potwierdzające dostępność dla wykonawcy okoliczności, na które się powołuje, będą adekwatne do specyfiki przedmiotowego zamówienia oraz ściśle powiązane z informacjami o planowanych przez

Wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania”. Stosownie do oczekiwań zamawiającego zaprezentowanie założeń, jakie wykonawca powinien był przyjąć do wyjaśnień powinno odnosić się zatem do całej ceny ofertowej, przy czym założenia te powinny w sposób konkretny, „adekwatny dla specyfiki przedmiotowego zamówienia” potwierdzać wyliczenie ceny. Wyjaśnienia powinny zostać też powiązane z informacjami o planowanych przez Wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania.

NDI, w swoich wyjaśnieniach z dnia 10 maja 2024 r. nie wykonał powyższych obowiązków i nie przedstawił ww. założeń w tym zakresie ograniczając się do bardzo ogólnikowych twierdzeń w sprawie swojej sytuacji rynkowej. Zaprezentowanie założeń do określenia ceny w taki właśnie sposób trudno uznać za zgodny z wezwaniem w sprawie ceny rażąco niskiej wystosowanym przez zamawiającego, ponieważ, wbrew oczekiwaniu zamawiającego, NDI nie podał w jaki sposób przywoływane okoliczności wpłynęły na ustalenie cen.

Jak podkreśla to judykatura KIO, podanie przez wykonawców okoliczności faktycznych wpływających na określenie przez nich wysokości ceny nie może sprowadzać się tylko do ich przywołania, ale musi pozwalać na zweryfikowanie (w sposób mierzalny kwotowo), w jaki sposób dana okoliczność, na którą powołuje się wykonawca pozwoliło mu w warunkach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obniżyć jego cenę.

Tymczasem w wyjaśnieniach NDI z 10 maja 2024 r. de facto nie podano żadnych założeń, w oparciu, o które wykonawca ten skalkulował cenę swojej oferty złożonej w postępowaniu. Jedyna część tych wyjaśnień, która może być traktowana jako opis przyjętych założeń kalkulacyjnych znajduje się w ogólnej części pisma obejmującego wyjaśnienia. We fragmencie tym NDI ograniczył się, jednakże wyłączenie do bardzo ogólnikowych twierdzeń na temat swojej pozycji rynkowej i posiadanego doświadczenia, takich jak:

- fakt, że NDI, w ramach grupy NDI, funkcjonuje na krajowym i lokalnym rynku budowlanym od kilkudziesięciu lat, w trakcie których z powodzeniem ukończyli wiele skomplikowanych

i wymagających inwestycji budowlanych zarówno w branży infrastrukturalnej, hydrotechnicznej jak i kubaturowej,

- NDI opracował szereg rozwiązań organizacyjnych i ekonomicznych, mających na celu maksymalną optymalizację prowadzonych procesów budowlanych, w oparciu o zdobyte bogate doświadczenie,
- w trakcie wielu lat funkcjonowania na rynku NDI, w ramach grupy NDI, podjął współpracę z szerokim gronem podwykonawców robót budowlanych, dostawców materiałów oraz usługodawców, a stała, wieloletnia współpraca, przekłada się na korzystne oferty

podwykonawców, dostawców i usługodawców i jest możliwa dzięki posiadanej przez NDI opinii solidnego kontrahenta,

- NDI posiada bogate doświadczenie w realizacji robót będących przedmiotem niniejszego postępowania, zaś w chwili obecnej realizuje następujące projekty branży hydrotechnicznej/ infrastrukturalnej w obrębie Trójmiasta.

Zaprezentowany przez NDI katalog okoliczności faktycznych nie jest w żadnym stopniu unikalny i właściwy tylko dla tego podmiotu. W postępowaniu wzięli udział wykonawcy o co najmniej podobnym lub nawet większym doświadczeniu, którzy pomimo tego zaferowali ceny znacząco wyższe niż NDI. Także kwestia portfolio aktualnie realizowanych kontraktów nie daje wykonawcy przewagi konkurencyjnej, gdyż inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, pomimo większego pakietu realizowanych kontraktów, złożyli oferty istotnie wyższe cenowo niż NDI. Wreszcie długoletnie relacje z podwykonawcami, na które powołuje się NDI nie są okolicznością unikalną, właściwą tylko dla tego podmiotu. Wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu współpracują od wielu lat z zaufanymi podwykonawcami, a zatem każdy z wykonawców może pochwalić się atrakcyjnymi warunkami współpracy z podwykonawcami, czy sprawdzoną i niezawodną bazą dostawców. Jednocześnie odnotować trzeba, że jakkolwiek NDI w złożonych wyjaśnieniach powołuje się na szereg okoliczności faktycznych takich jak wpływ bliskości inwestycji od siedziby Spółki, co ma istotny wpływ na zmniejszenie kosztów pośrednich, w porównaniu do inwestycji realizowanej w dalszej odległości od siedziby jednak w tym zakresie nie przedstawia zamawiającemu żadnych miarodajnych dowodów wykazujących podnoszone twierdzenia. Przede wszystkim jednak, nawet gdyby hipotetycznie wszystkie lub którakolwiek z okoliczności powoływanych przez NDI jako założenia do kalkulacji ceny miały jakieś znaczenie dla poziomu ceny (cen) przyjętego przez tego wykonawcę, to w żadnym fragmencie wyjaśnień NDI z 10 maja 2024 r. nie zostało to zaprezentowane zamawiającemu. Podkreślić przy tym należy, że w wezwaniu do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej zamawiający jednoznacznie sformułował wymóg ścisłego powiązania z informacjami o planowanych przez wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania z wyceną. NDI został zatem poinformowany o konieczności opisanego wpływu danej okoliczności faktycznej na sposób skalkulowania ceny oferty. Winien zatem szczegółowo wyjaśnić jaki poziom kosztów zaoszczędza dzięki okolicznościom, na które się powołuje. Tymczasem NDI nie zaprezentował wpływu (rozumianego kwotowo) okoliczności, na które się powołuje na kwotę wyceny swojej oferty, co całkowicie uszło uwadze zamawiającego przy ocenie wyjaśnień ceny rażąco niskiej.

Brak złożenia wyjaśnień w przedmiocie oczekiwanych wyjaśnień i w stopniu szczegółowości narzuconym przez

zamawiającego.

Wezwanie zamawiającego z 24 kwietnia 2024 r. w sprawie wyjaśnienia ceny rażąco niskiej skierowane do NDI zawierało szczegółowe wytyczne co do przedmiotu i stopnia szczegółowości wyjaśnień. W piśmie tym zamawiający wskazał, że (...) oczekuje, że wyjaśnienia, w tym wyliczenie ceny, a także dowody potwierdzające dostępność dla Wykonawcy okoliczności, na które się powołuje, będą adekwatne do specyfiki przedmiotowego zamówienia oraz ściśle powiązane z informacjami o planowanych przez Wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania - dowód: wezwanie z 24 kwietnia 2024 r. do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wystosowane do NDI (załącznik do odwołania).

Podstawowym wymogiem przedmiotowego wezwania było przedstawienie informacji o planowanych przez wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania. Innymi słowy zamawiający w sposób oczywisty i w pełni uzasadniony oczekiwał wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej w stosunku do faktycznie przyjętych przez wykonawcę założeń co do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Taki sposób rozumienia wezwania do wyjaśnień ceny rażąco niskiej jest oczywisty w świetle ratio legis art. 224 PZP, gdyż wyjaśnienie ceny objętej ustawowym domniemaniem ceny rażąco niskiej nie powinno mieć charakteru fikcyjnego tylko winno precyzyjnie prezentować faktyczne założenia realizacyjne rzutuujące na koszty realizacji zamówienia. Zamawiający winien wiedzieć, jak planuje zrealizować zamówienie wykonawca, jak skalkulował cenę oferty dla tak zamierzonego sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.

W wezwaniu z 24 kwietnia 2024 r. zamawiający określił, że wykonawca, zgodnie z art. 224 ust. 4 w związku z art. 224 ust. 3 Ustawy PZP, ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym: 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, (...), 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego (...).

Wyjaśnienia złożone przez NDI w tym zakresie są niezwykle ogólnikowe i nie pozwalają na jakiegokolwiek zweryfikowane werbalnych deklaracji NDI dotyczących przestrzegania przepisów o płacy minimalnej oraz o zabezpieczeniu społecznym. Dodatkowo oświadczenie to zostało ograniczone tylko do przestrzegania przepisów o płacy minimalnej oraz o zabezpieczeniu społecznym przez samego wykonawcę (NDI) natomiast próżno szukać w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej złożonych przez NDI jakichkolwiek nawiązań do przestrzegania ww. przepisów prawa przez podwykonawców.

Oświadczenie NDI jest jednakże całkowicie niemożliwe do zweryfikowania, gdyż NDI zaniechał zaprezentowania kosztów robocizny przy poszczególnych rodzajach robót. Tymczasem zamawiający w wezwaniu z 24 kwietnia 2024 r, z jednej strony określił, że NDI ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym: 1)

zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, (...), 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, (...), zaś z drugiej podkreślił, że oczekuje wyliczenia ceny. Zaniechanie przez NDI prezentacji kosztów robocizny nie spełnia zatem wymogów stopnia szczegółowości wyjaśnień narzuconego przez zamawiającego. Sama deklaracja przestrzegania przez NDI przepisów o płacy minimalnej oraz o zabezpieczeniu społecznym, ale bez podania kosztów robocizny przypadającej na dany rodzaj robót uniemożliwia bowiem tak zamawiającemu, jak i innym wykonawcom biorącym udział

w postępowaniu weryfikację prawdziwości takiej deklaracji.

Powyższa uwaga dotyczy także tej części wyjaśnień NDI, w której wyjaśnienie ceny rażąco niskiej następuje poprzez załączenie do wyjaśnień ofert podwykonawców. Oferty te, nawet jeżeli zawierają kalkulację ceny za dany asortymenty robót, to nie prezentują kosztów robocizny tak, aby było możliwe sprawdzenie czy robocizny przyjęta do ich skalkulowania jest prawidłowa. Ponadto, o ile w wyjaśnieniach NDI znajduje się przynajmniej werbalna deklaracja skalkulowania ceny z poszanowaniem przepisów prawa pracy i przepisów o zabezpieczeniu społecznym, to żadna z ofert podwykonawców do tej kwestii się nie odnosi.

Brak możliwości zastąpienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny kalkulacjami poczynionymi przez podwykonawców.

Odnosząc się do dalszej części złożonych przez NDI wyjaśnień w sprawie ceny rażąco niskiej trzeba wskazać, że wadliwym i z gruntu błędnym, a także nieadekwatnym do stawianych wyjaśnieniom ceny rażąco niskiej, jest prowadzenie przez NDI tych wyjaśnień w sposób przewidujący jedynie powołanie się na ceny wynikające z ofert podwykonawców. Taka metodologia prowadzenia wyjaśnień pomija w zasadzie istotę instytucji jaką są wyjaśnienia ceny rażąco niskiej. Trzeba bowiem zauważyć, że w przypadku, gdy wykonawca uzasadnia wyliczoną przez siebie cenę jedynie tym, że istnieją na rynku podmioty, które gotowe są zaoferować za wykonanie danych robót cenę jeszcze niższą niż ta zaoferowana przez wykonawcę, to w zasadzie nie dochodzi do jakiegokolwiek wyjaśnienia sposobu obliczenia ceny. Tymczasem NDI wyjaśnia znaczącą część swojej ceny ofertami podwykonawców. Ich treść sprowadza się jednakże tylko do podania kwot ofert przypadających na oferowany do wykonania przez nich zakres rzeczowy, jednakże żadna oferta podwykonawcza złożona przez NDI nie zawiera jakichkolwiek informacji pozwalających na dokonanie weryfikacji założeń cenotwórczych przyjętych dla tej kalkulacji.

Już sam ten fakt powinien zwrócić uwagę zamawiającego, ponieważ pozostaje w oczywistej sprzeczności z prezentacją przez NDI okoliczności pozwalających rzekomo na zaoferowanie realizacji zamówienia w tak niskiej kwocie. Wszystkie okoliczności zaprezentowane przez NDI we wstępnej części wyjaśnień dotyczą przecież jego jako takiego, a nie jego podwykonawców. Jeżeli zatem podwykonawcy NDI potrafili zrealizować

poszczególne fragmenty zamówienia jeszcze taniej niż wykonawca korzystający z tak wyjątkowo sprzyjających okoliczności, to NDI powinien okoliczności te opisać szczegółowo w stosunku do każdego z nich. Przecież sytuacja podmiotowa NDI nie przenosi się automatycznie na jego podwykonawców, a każdy z tych podmiotów jest samodzielnym przedsiębiorcą z określonym standingiem finansowym, good will'em czy historią kontraktową.

Pomimo nałożenia na NDI przez zamawiającego obowiązku przedstawienia dowodów potwierdzających realność i prawidłowość zaoferowanej ceny oferty żadnego z podwykonawców NDI nie zawierają jakichkolwiek informacji w sprawie sposobu skalkulowania cen za omawiane roboty. Odnosi się to zarówno do (1) braku kalkulacji jako takiej, jak i (2) udowodnienia, że elementy kosztotwórcze przyjęte do skalkulowania cen w ofercie danego podwykonawcy mogły być przyjęte w takich wysokościach, aby móc zaoferować wykonanie robót z danych pozycji kosztorysowych w takich wysokościach jak wynika to z oferty.

Odwolujący w tym miejscu zwraca uwagę, że w ofertach podwykonawców NDI podano jedynie wysokość wynagrodzenia tego podwykonawcy, ale podania sposobu ich skalkulowania (R, M, S). W związku z powyższym na podstawie ofert podwykonawców NDI zamawiający jest w stanie ustalić jedynie co najwyżej wysokość marży, jaką uzyskuje NDI na cenach podwykonawców za analogiczne roboty. Oferty podwykonawców są jednakże całkowicie bezużyteczne z punktu widzenia ustalenia założeń kosztowych, które miałyby rzekomo potwierdzać realność ceny NDI za te same zakresy rzeczowe wycenione w jej Formularzu Cenowym. Co więcej – zaprezentowanie w ofercie podwykonawców niskich cen (jeszcze niższych niż ceny z oferty NDI) powinno wzbudzić naturalne wątpliwości po stronie zamawiającego, skoro żaden podwykonawca nie wyjaśnia w najmniejszy nawet sposób jak uzyskuje tak korzystny poziom cenowy. Skoro to dany podwykonawca ma być faktycznym realizatorem tych robót (czyli ma ponieść koszty ich wykonania), a roboty te zostały wycenione jeszcze niższe niż te same oferty w ofercie NDI, to wykazanie tego kosztu tylko przy pomocy oferty podwykonawcy jest całkowicie niewystarczające. Chcąc uzasadnić wycenę robót w swojej ofercie przy pomocy oferty podwykonawcy NDI powinien rzetelnie poinformować zamawiającego dzięki jakim okolicznościom faktycznym dany podwykonawca jest w stanie (z przynajmniej minimalnym zyskiem) zrealizować roboty w zaoferowanych stawkach. W przeciwnym razie, a tak się stało w postępowaniu, oferta podwykonawcy nie ma żadnej wartości dowodowej z punktu widzenia wyjaśnienia ceny rażąco niskiej w ofercie NDI, a tym samym z punktu widzenia uchylecia przez NDI domniemania, które go obciąża na podstawie art. 224 ust. 5 PZP. W pewnym uproszczeniu (jakkolwiek dobrze oddającym istotę problemu) stwierdzić można, że w wyjaśnieniach z 10 maja 2024 r. NDI swoje głosowne zapewnienie o realności ceny oferty wyjaśnia przy pomocy równie głosownego zapewnienia

podwykonawcy o wykonaniu tych robót w cenach wynikających z oferty tego podwykonawcy (czyli w cenach jeszcze niższych niż ceny NDI).

Rażąco niska i nierynkowa cena zaoferowana przez NDI za realizację zamówienia.

W dalszej kolejności wskazać trzeba na rażąco zaniżoną wycenę, której dopuścił się NDI w wielu pozycjach złożonego Formularza Cenowego. Taka sytuacja dotyczy w szczególności następujących pozycji Formularza Cenowego złożonego przez NDI: poz. 5.1 „Dostawa ścianki szczelnej”; poz. 6 „Wykonanie pali”, poz. 25 „Nawierzchnie betonowe” - dowód: Formularz Cenowy złożonych przez NDI wraz z ofertą (załącznik do odwołania).

W zakresie pozycji 5.1 NDI zaproponował dostawę ścianki szczelnej za cenę 13 473 667,40 zł netto. Wycena tej pozycji zaproponowana przez wykonawcę znacząco odbiega od kwoty za wykonanie tej pozycji wskazanej w kosztorysie inwestorskim, gdzie zamawiający oszacował dostawę ścianki szczelnej za cenę 33 727 097,64 zł - dowód: Kosztorys inwestorski.

Za dostawę ścianki szczelnej NDI zaoferował cenę, która jest o 20 253 430,24 niższa niż kalkulacja poczyniona przez inwestora w kosztorysie inwestorskim. W ujęciu procentowym wycena tej pozycji przez NDI stanowi zatem zaledwie 39,95% wyceny z kosztorysu inwestorskiego. Jednocześnie o braku realności dokonanej przez NDI wyceny poz. 5.1 świadczy również to, że zaproponowana wycena jest niższa od wartości ścianki szczelnej wynikającej z ofert jej producenta – Arcerol Miital RPS S.a.r.l. Jak wynika z załączonej do odwołania oferty wyżej wymienionego dostawcy oferuje on dostawę ścianki szczelnej za kwotę 24 069 074,49 zł. Wycena zaproponowana przez NDI stanowi 55,98 % tej kwoty -dowód: oferta Arcerol Miital RPS S.a.r.l. z 28 marca 2024 r. pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania)

Ponadto odwołujący wskazuje, że zgodnie z § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umownych: Wykonawca oświadcza, że (...). Z projektowanego postanowienia umownego wynika zatem zakaz dokonywania przez wykonawcę składającego ofertę optymalizacji cenowej zakładającej jakiegokolwiek manipulacje cenowe związane z zakładaniem przy wycenie wykonania ścianki szczelnej możliwości zmniejszenia ich ilości czy też skrócenia. Wykonawca w złożonej ofercie zobowiązany był zatem do całkowitej wyceny wykonania ścianki szczelnej.

Należy zatem zauważyć, że rażąco zaniżona wycena przez NDI poz. 5.1 obejmującej dostawę ścianki szczelnej dowodzi, że wykonawca ten posłużył się optymalizacją cenową, nieuprawnioną w świetle przytoczonego powyżej postanowienia § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umownych. W konsekwencji przedstawiona przez NDI wycena tej pozycji jest nierealna, przez co nie gwarantuje wykonania w tej cenie zamówienia zgodnie z zasadami przewidzianymi przez kontrakt.

Odnotować trzeba, że nierynkowa jest również wycena zaproponowana przez NDI w poz. 6 – „Wykonanie pali”, za wykonanie której NDI zaoferował cenę w wysokości 10 805 021,64 zł netto. W kontekście tej wyceny znamienne jest to, że jest znacząco niższa od średniej cen ofert kluczowych na rynku podwykonawców robót palowych, którzy wyceniali realizację przedmiotowego zakresu robót.

dowód: oferta Soiltech pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania);

dowód: oferta Soletanche pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania);

dowód: oferta Aarsleff pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania).

Porównanie ceny zaoferowanej przez NDI za realizację tej pozycji z wyliczoną średnią arytmetyczną ww. ofert podwykonawczych wskazuje, że wycena NDI jest o 10 220 618,16 zł niższa od tej średniej (wynoszącej jak zostało to wskazane powyżej w odwołaniu - 21 025 639,80 zł), a w ujęciu procentowym stanowi zaledwie 51,39 % tej średniej. Ponadto, zaoferowana przez NDI cena za realizację poz. 6 jest skrajnie niższa niż wycena tej pozycji przedstawiona w kosztorysie inwestorskim, którą zamawiający wycenił na kwotę 32 933 646,00 zł - dowód: Kosztorys inwestorski (załącznik do odwołania).

Jak wskazuje przeprowadzona analiza, NDI za wykonanie pali zaoferował cenę ponad 22 000 000,00 zł niższą niż przewidziana w kosztorysie inwestorskim. Natomiast w ujęciu procentowym zaoferowana przez NDI cena stanowi tylko 32,81% wyceny inwestorskiej. Ponadto odwołujący wskazuje, że zasady wyceny poz. 6 w Formularzu Cenowym określone zostały także zgodnie z przywołanym powyżej § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umownych. Z przedmiotowego postanowienia umownego wynika zatem zakaz dokonywania przez wykonawcę składającego ofertę optymalizacji cenowej zakładającej jakiegokolwiek manipulacje cenowe związane z zakładaniem przy wycenie wykonania pali możliwości zmniejszenia ich ilości czy też skrócenia samych poszczególnych pali. Wykonawca w złożonej ofercie zobowiązany był zatem do całkowitej wyceny wykonania pali, obejmującego wykonanie wszystkich sztuk przewidzianych przez dokumentację projektową, bez możliwości ich skracania. Przyjęte przez zamawiającego założenia projektowe zakładają natomiast wykonanie 1474 szt. pali CFA, co wynika z zestawienia zamieszczonego w dokumentacji projektowej – TOM II projektu wykonawczego – Teczka 1-hydro - dowód: wyciąg z OPZ -TOM II projektu wykonawczego – Teczka 1-hydro (załącznik do odwołania).

Jednocześnie, jak zostało to wskazane powyżej, zamawiający szczegółowo przewidział wymiary pali, które powinny być zostać wycenione przez NDI w ramach poz. 6 Formularza Cenowego. Tytułem przykładu wskazać można, że w stosunku do pala częściowo przemieszczeniowego $\varnothing 600\text{mm}$ np. L=19,50 m (do wykonania w ramach inwestycji – 384 szt.), zamawiający precyzyjnie przewidział następujące wymiary (...) - dowód: wyciąg z OPZ - rysunek pokazujący konstrukcję pala przemieszczeniowego (załącznik do odwołania).

Należy zatem stwierdzić, że rażąco zaniżona wycena przez NDI poz. 6 obejmującej wykonanie pali dowodzi, że wykonawca ten posłużył się optymalizacją cenową nieuprawnioną w świetle przytoczonego powyżej postanowienia § 8 ust. 2 projektowanych postanowień umownych. W konsekwencji przedstawiona przez NDI wycena tej pozycji jest nierealna, przez co nie gwarantuje wykonania w tej cenie zamówienia zgodnie z zasadami przewidzianymi przez kontrakt. Odwołujący wskazuje, że mechanizm niedozwolonej w świetle postanowień kontraktu optymalizacji obrazuje przykład oferty na wykonanie pali pozyskanej w toku przygotowania oferty przez Konsorcjum GAP od firmy Keller Polska sp. z o.o. Wskazany podwykonawca optymalizując swoją ofertę (w sposób sprzeczny z projektowanym brzmieniem §8 ust. 2 umowy) zaoferował za wykonanie pali cenę w wysokości 17 927 000,00 zł netto - dowód: oferta Keller pozyskana przez odwołującego (załącznik do odwołania).

Co znamienne, oferta złożona przez NDI za wykonanie poz. 6 zakłada cenę jeszcze niższą niż ta oferowana we wspomnianej ofercie podwykonawczej. NDI w prowadzonej optymalizacji posunął się zatem skrajnie daleko i uzyskał za wykonanie pali cenę o 7 121 978,36 zł niższą niż oferta przedstawiona przez podwykonawcę Keller. W ujęciu procentowym zaś wskazana przez NDI cena stanowi 60,27% ceny wynikającej z oferty Keller.

Powyżej opisane kwestie związane z wyceną przez wykonawcę poz. 6 „Wykonanie pali” obrazuje całościowo tabela stanowiąca załącznik nr 34 do odwołania.

Rynkowa wycena przedmiotowego zakresu robót w odniesieniu do jednego pala, w ocenie odwołującego, prezentuje się natomiast w następujący sposób:

| Projektowa ilość pali przemieszczeniowych CFA 600 Σ = 28 042,00 mb | Cena jednostkowa materiału | Wartość [PLN Netto / szt.] | Inne informacje |
|---|--|----------------------------|-----------------|
| Dok. Projektowa - TOM II FW - Teczka 1- hydro; Rys. II_01_02; Rys. nr II_01_18; Rys. nr II_01_19; Rys. nr II_01_20; Rys. nr II_01_21; Rys. nr II_01_22; | | | - |
| Stal zbrojeniowa - kosze | 4 200,00 PLN/ T | 5 506,00 PLN/ szt. | - |
| Beton C30/37, XA2, W6, F150 | 440,00 PLN/ m ³ | 3 076,00 PLN/ szt. | - |
| Razem materiały: | | 8 582,00 PLN/ szt. | - |
| | Wartość Materiału: | 451,68 PLN / mb | 57,67% |
| Wykonanie wiercenia, montaż zbrojenia- kosz i betonowanie pali | Wartość wykonania robót: [KO + Robocizna + Sprzęt] | 294,60 PLN / mb | 37,61% |

| | | | |
|--|-----------------|------------------|----------------|
| OGÓLNE PAKI CFA fi 600mm = 1 474,00 szt. | Łączna wartość: | 746,28 PLN / rnb | Pal CFA 600 |
|--|-----------------|------------------|----------------|

Zauważyć również należy, że zjawisko skrajnie zaniżonej w przedstawionej przez NDI ofercie zachodzi także w stosunku do poz. 25 „Nawierzchnie betonowe”. Za wykonanie przedmiotowej pozycji NDI zaofერowało cenę wynoszącą 66 680,28 zł netto. Tymczasem w kosztorysie inwestorskim, zamawiający oszacował wartość tej pozycji na kwotę 791 490,90 zł. Zaofერowana przez NDI wycena jest zatem niższa od wyceny z kosztorysu inwestorskiego o 724 810,62 zł. Jednocześnie porównanie przedstawionej przez NDI wyceny poz. 25 do wyceny zaproponowanej przez pozostałych wykonawców w postępowaniu prowadzi do wniosku, że jest ona kilkunastokrotnie niższa od pozostałych z wycen, a jej wartość stanowi zaledwie 4,59% średniej ceny zaofერowanej przez wykonawców za wykonanie tej pozycji.

Faktyczny brak złożenia przez NDI wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej.

Powyżej opisane okoliczności faktyczne dowodzą, że NDI w istocie nie złożył wyjaśnień w przedmiocie ceny rażąco niskiej. Za takim stanowiskiem świadczy ogólnikowe przedstawienie przez tego wykonawcę wyjaśnień w stosunku do całości ceny oraz brak przedstawienia wyjaśnień w stosunku do wszystkich pozycji objętych wyceną w ramach Formularza Cenowego. Brak wyjaśnienia przez wykonawcę wszystkich zagadnień objętych wezwaniem do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej wystosowanym przez zamawiającego de iure jest równoznaczny z brakiem wyjaśnień i jako taki jest podstawą do odrzucenia oferty. W związku z powyższym oferta NDI powinna zostać odrzucona.

5. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i uznanie, że oferta złożona przez NDI nie zawiera ceny rażąco niskiej.

W związku z okolicznościami faktycznymi opisanymi przy okazji omawiania zarzutu 4 zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty NDI czym naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP. Wykonawca ten nie obalił bowiem ustawowego domniemania ceny rażąco niskiej, jak również złożone przez niego wyjaśnienia potwierdziły, że cena przez niego zaofერowana posiada taki właśnie charakter

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Jednocześnie zamawiający oświadczył, że ewentualnie widzi możliwość do wezwania wykonawców Budimex oraz NDI do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny pozycji 5.1 i 6 formularza cenowego. Ponadto zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów, na podstawie okoliczności i dowodów wskazanych i opisanych w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie częściowo uwzględnił zarzut nr 1 oraz 4, w ten sposób, że częściowo uznaje twierdzenia dotyczące niedostatecznego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie istotnych części składowych ceny, przy czym uważa za zasadne unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Budimex S.A. i ponowne wezwanie wykonawców Budimex S.A. i NDI S.A. do złożenia

wyjaśnień uzupełniających w zakresie istotnych części składowych zamówienia, tj. pozycji nr 5.1. i 6 Formularza Cenowego. W tym zakresie zamawiający deklaruje wolę unieważnienia czynności wyboru oferty Budimex S.A. oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwania Budimex S.A. oraz NDI S.A. do złożenia uzupełniających wyjaśnień – jak wyżej. W pozostałym zakresie zamawiający wnosi o oddalenie odwołania oraz oświadcza, że:

- nie uwzględnił zarzutu nr 2 oraz 5 i w tym zakresie wnosi o oddalenie odwołania, gdyż w wyniku niedostatecznego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny przez wykonawców: Budimex S.A. i NDI S.A. nie zachodzi podstawa do odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców,

a do ponownego wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny,

- nie uwzględnił zarzutu nr 3 i w tym zakresie wnosi o oddalenie odwołania z uwagi na jego oczywistą bezzasadność.

Zamawiający wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

1. Zarzuty 1-2 oraz 4-5 odwołania.

Zamawiający wskazał, że 24.04.2024 r. wezwał wykonawców: Budimex S.A. oraz NDI S.A. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, działając na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP. Cena brutto oferty złożonej przez Budimex S.A. w wysokości 127.179.340,74 zł była niższa o 37,07% od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, wynoszącej 202.089.000,00 zł, zaś cena brutto oferty złożonej przez NDI S.A. w wysokości 139.521.496,43 zł była niższa o 30,96% od ww. szacunkowej wartości zamówienia. Tym samym zaistniał po stronie zamawiającego obowiązek wezwania ww. wykonawców, zgodnie z art. 224 ust. 4 w zw. z art. 224 ust. 3 PZP co najmniej w zakresie określonym w art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP, tj.:

- w zakresie 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 2020 r. poz. 2207) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie.
- w zakresie zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

Choć należy zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż wyjaśnienia ceny rażąco niskiej powinny korespondować z treścią wezwania wzywającego do złożenia takich wyjaśnień, to nie sposób zgodzić się z twierdzeniem, iż wykonawcy: Budimex S.A. oraz NDI

S.A. nie wykonali nałożonych obowiązków i nie przedstawili w tym zakresie odpowiednich założeń,

co w konsekwencji powinno prowadzić do odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP z uwagi na brak udzielenia informacji dotyczących wszystkich zagadnień objętych wezwaniem do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny.

Wskazać bowiem należy, że wezwania zamawiającego z 24.04.2024 r. miały charakter ogólny, a ich treść w zasadniczej mierze sprowadzała się do powielenia art. 224 ust. 3 pkt 4 i 6 PZP. Wyjaśnienia wykonawców zawierają odpowiedź na poszczególne zagadnienia podniesione przez zamawiającego, które z racji literalnego przywołania przepisów charakteryzują się określonym poziomem ogólności. Nie można zatem wymagać od wykonawców, aby w odpowiedzi na ogólnie sformułowane wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odnieśli się w sposób abstrakcyjny do wszystkich elementów ceny, w sposób jaki wskazuje odwołujący w uzasadnieniach zarzutów (KIO 3021/23).

W wezwaniach z 24.04.2024 r. zamawiający nie wskazał żadnych szczegółowych pytań, czy też obszarów kalkulacji ceny (w przeciwieństwie do treści wezwania NDI S.A. z 24.05.2024 r., na które to wykonawca odpowiedział wyczerpująco), które budziły jego szczególne wątpliwości i wymagały wyjaśnień, w tym w zakresie kosztów pracy, poprzestając jedynie na wskazaniu, iż wyjaśnienia powinny być adekwatne do specyfiki zamówienia oraz powinny być powiązane z informacjami o planowanych przez danego wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do wykonania zamówienia. Wobec powyższego wezwany wykonawca uprawniony był do przedstawienia wyjaśnień korespondujących z treścią wezwania według przyjętej przez siebie metody. Dostrzec należy, iż w przypadku procedury badania rażąco niskiej ceny co do zasady sposób przedstawienia wyjaśnień pozostaje w gestii wykonawcy, przy czym stopień szczegółowości wyjaśnień determinowany jest właśnie wezwaniem zamawiającego. Wobec powyższego w takim wypadku wykonawca nie ma obowiązku złożenia wyjaśnień w sposób oderwany od treści wezwania, w sposób szczegółowy w odniesieniu do wszystkich składowych ceny mających na nią wpływ. Wykonawca ma obowiązek usunąć wątpliwości zamawiającego w takim zakresie, jaki wynika z wezwania do wyjaśnień. Nie jest zatem prawidłowe zapatrywanie odwołującego, że na skutek złożenia przez wykonawców wyjaśnień stanowiących odpowiedź na skierowane ogólne wezwanie do wyjaśnień poziomu ceny, zasadne jest odrzucenie oferty tych wykonawców z tej przyczyny, iż określony składnik cenotwórczy nie został przedstawiony w złożonych wyjaśnieniach bądź też został zaprezentowany w inny sposób niż oczekuje tego odwołujący.

Odnosząc się zatem do zarzutów, iż wykonawcy Budimex S.A. oraz NDI S.A. nie złożyli wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny w zakresie określonym w wezwaniu do wyjaśnienia

rażąco niskiej ceny, co powinno skutkować odrzuceniem oferty, należy wskazać, iż w istocie zarówno Budimex S.A., jak i NDI S.A. w ocenie zamawiającego złożyli wyjaśnienia referujące do skierowanego do nich wezwania, a wskazane twierdzenia należy uznać za rzetelne, jednoznaczne oraz spójne. Natomiast jeżeliby uznać, że wyjaśnienia charakteryzują się „lakonicznością oraz powierzchownością”, to stanowią one odpowiedź na wezwanie o podobnym poziomie ogólności.

Wreszcie wskazania wymaga, że decyzja zamawiającego czy dany wykonawca złożył wystarczające wyjaśnienia, jest jego autonomiczną oceną otrzymanych informacji. Natomiast w razie uznania przez skład orzekający, że wyjaśnienia, co do kosztów czy założeń kalkulacyjnych wymagały bardziej dokładnego przedstawienia (z czym zamawiający się nie zgadza) i w konsekwencji dalszego uzasadnienia, to w ocenie zamawiającego nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP, a do ponownego wezwania tych wykonawców do złożenia wyjaśnień uzupełniających.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie zamawiającego, zważając na fakt, iż wykonawcy w zakresie wskazanym w wezwaniu z 24.04.2024 r. podjęli skuteczną próbę wykazania realności oferowanej ceny i złożyli obszernie wyjaśnienia w tym zakresie poparte stosownymi dowodami, to w razie powstania ewentualnych wątpliwości dotyczących niedostatecznego wyjaśnienia określonego aspektu, zasadne jest nie tyle odrzucenie oferty, a zobowiązanie zamawiającego do ponownego wezwania danego wykonawcy, w celu uzupełnienia złożonych wyjaśnień. Na marginesie, odnosząc się do przywołanej przez odwołującego kwestii braku możliwości zastąpienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny kalkulacjami poczynionymi przez podwykonawców, godzi się wskazać, że w sytuacji, gdy wykonawca deklaruje realizację danej części zamówienia przez podwykonawców, to w ocenie zamawiającego adekwatnym dowodem uwiarygadniającym przyjęte założenia cenowe jest właśnie oferta danego podwykonawcy. Celem procedury weryfikacji ofert pod kątem zaproponowania rażąco niskiej ceny jest bowiem eliminacja ofert stwarzających realne zagrożenie dla należytego wykonania umowy. W tym kontekście posłużenie się ofertami podwykonawców dla wykazania realności realizacji zamówienia w określonej cenie świadczy o rynkowym umocowaniu danych założeń cenowych.

Odnosząc się do kwestii rażąco zaniżonej wyceny wielu pozycji Formularza Cenowego, to na wstępie należy wskazać, że taki zarzut odwołujący formułuje względem wykonawcy Budimex S.A. w zakresie poz. 5.1. (dostawa ścianki szczelnej), 6 (wykonanie pali), 14 (wykonanie kanalizacji) oraz 15 (układanie kabli) (nb. 59-92) oraz względem wykonawcy NDI S.A. w zakresie poz. 5.1 (dostawa ścianki szczelnej), 6 (wykonanie pali) oraz 25 (powierzchnie betonowe) (nb. 159-184). Jednocześnie należy wyraźnie wskazać, że wskazane pozycje Formularza Cenowego na etapie badania i oceny ofert nie budziły szczególnych zastrzeżeń zamawiającego, stąd wezwanie z 24.04.2024 r. dotyczące

wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie obejmowało obowiązku wykazania w sposób wyczerpujący konkretnych pozycji Formularza Cenowego. Z tego też względu, we wskazanym zakresie zarzutu wniosek odwołującego dotyczący zasadności odrzucenia oferty wykonawców na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 PZP należy uznać za chybiony, wszak jak wskazano powyżej, nie sposób wymagać od wykonawców, aby w odpowiedzi na ogólnie sformułowane wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny odnieśli się w sposób abstrakcyjny do wszelkich szczegółów elementów ceny, w sposób jaki wskazuje odwołujący w uzasadnieniach zarzutów (KIO 3021/23).

W tym miejscu nie sposób nie zauważyć, że działanie odwołującego w tym postępowaniu, a raczej konstruowane przez niego zarzuty dotyczące oferty przystępujących, opierają się de facto na porównaniu poszczególnych pozycji w ich ofercie z odpowiednimi pozycjami kosztorysu inwestorskiego oraz swojej własnej oferty. Przez takie porównanie odwołujący usiłuje stworzyć obraz ofert wykonawców jako ofert, które są nierealne, spekulacyjne, uniemożliwiające wykonanie inwestycji. W ocenie zamawiającego takie działanie jest nieprawidłowe z kilku podstawowych przyczyn. Po pierwsze wartość szacunkowa danej części zamówienia jest oszacowaniem zamawiającego opartym o kalkulację, które muszą znaleźć odpowiedź, czy też zostać zweryfikowane poprzez treść cen oferowanych przez podmioty działające na zasadzie konkurencji. Nie budzi przy tym wątpliwości konieczność dokonywania oszacowania przez zamawiającego z zachowaniem zasady ostrożnej wyceny, w sposób uśredniony i nie nadmiernie optymistyczny. Kosztorys inwestorski jest jednak opracowywany w określonych realiach rynkowych (które bywają bardzo zmienne), w celu określenia wartości zamówienia publicznego z dokładnością wynikającą z jego przeznaczenia, a więc przede wszystkim w celu określenia kwoty jaką zamawiający musi posiadać i zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy nie można jednak tak sporządzonego kosztorysu inwestorskiego uznać za właściwy miernik cen rynkowych – na co wskazuje istotna dysproporcja ofert oraz kosztorysu inwestorskiego w połączeniu ze zbliżoną wartością wszystkich ofert.

Po drugie przedstawione dowody w postaci ofert podwykonawców przedstawiają ceny kontrahentów wyselekcjonowanych przez odwołującego, które zostały złożone w oparciu o kalkulację cenową dedykowaną dla danego podmiotu. Wnioski odwołującego opierają się zatem na błędnym założeniu, że wszyscy wykonawcy uzyskali takie same albo zbliżone cenowo oferty jak odwołujący, od tych samych firm. Z oczywistych względów wskazane zestawienie ofert nie jest miarodajne, co poddaje pod wątpliwość tok rozumowania przedstawiony przez odwołującego. Na marginesie należy wskazać, że przedstawiona w odwołaniu oferta firmy Keller na wykonanie ścianki kombinowanej nabrzeża oraz pali dotyczy rozwiązania zamiennego (a więc de facto właśnie zarzucanej innym wykonawcom optymalizacji i inżynierii finansowej), co nie tylko podważa wiarygodność w tym zakresie

pretensji odwołującego, ale może budzić wątpliwości co do rzetelności oferty samego odwołującego (oferta na rozwiązanie zamienne została pozyskana w okresie przygotowywania oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym).

Wreszcie należy wskazać, że znamionem jest, a co intencjonalnie pomija sam odwołujący (bo nie wskazuje wszystkich swoich cen z pozycji Formularza Cenowego), również jego oferta obejmuje pozycje, które zawierają ceny o wiele niższe niż ceny wskazane przez innych wykonawców, jak również w odniesieniu do kosztorysu zamawiającego np. poz. 2 – roboty rozbiórkowe (branża hydrotechniczna), poz. 29 – roboty rozbiórkowe (branża kolejowa), poz. 33 – budowa nawierzchni torowej w nawierzchni bezpodsytkowej (branża kolejowa), poz. 34 – budowa rozjazdów w nawierzchni bezpodsytkowej (branża kolejowa).

Wracając do meritum, zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z art. 244 ust. 1 PZP: Jeżeli zaoferowana 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. Natomiast zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8, odrzuceniu podlega oferta zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Podkreślić należy, że łącznie w Formularzu Cenowym znajduje się 36 pozycji odpowiadających zagregowanym częściom zamówienia, przy czym oczywistym jest, iż nie każdy ze wskazanych elementów stanowi jednocześnie istotną część składową zamówienia w rozumieniu art. 244 ust. 1 PZP. Nie każda cena jednostkowa spełnia automatycznie przesłanki uznania za istotną część składową, biorąc pod uwagę charakter planowanej inwestycji oraz udział wartościowy w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia. Idąc tokiem rozumowania odwołującego można by dojść do wniosku, że w Formularzu Cenowym nie ma pozycji nieistotnych i każdą z nich należy szczegółowo wyjaśniać (podobnie KIO 3546/23). Podobnie nie sposób uznać za istotną część składową sumy elementów zamówienia o charakterze pobocznym (nieistotnym), których zsumowana cena ma znaczący udział

w kompleksowej cenie oferty (nb. 50-56).

Mając na względzie utrwalone orzecznictwo KIO (np. wyrok o sygn. 2678/18 KIO) można przyjąć, iż istotne części składowe ceny to elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Odwołujący wymieniając w treści odwołania pozycje, których wycenę podważa, próbuje wyrzeźwić wrażenie, jak wiele nieprawidłowości występuje w ofercie przystępujących. Tymczasem nie

wszystkie kwestionowane przez odwołującego ceny jednostkowe spełniają warunek uznania za istotną część składową zamówienia biorąc pod uwagę charakter planowanej inwestycji oraz udział wartościowy w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia - w ocenie zamawiającego za takie nie sposób uznać pozycje nr 14-15 oraz 25.

W ocenie zamawiającego, jako gospodarza postępowania i podmiotu doświadczonego w udzielaniu tego typu zamówień,

istotne znaczenie merytoryczne dla przedmiotu zamówienia mają przede wszystkim pozycje 5.1. (dostawa ścianki szczelnej), 6 (wykonanie pali) oraz 7 (nadbudowa), albowiem to czynności opisane w tych pozycjach formularza cenowego mają kluczowe znaczenie dla możliwości i prawidłowości wykonywania zamówienia publicznego, którego głównym i podstawowym przedmiotem jest Rozbudowa Nabrzeża Węglowego w Porcie Gdańsk. Natomiast pozostałe pozycje, w szczególności zaś pozycje nr 14 (wykonanie kanalizacji), 15 (układanie kabli), 25 (powierzchnie betonowe) nie stanowią merytorycznie istotnych elementów ceny lub kosztu wykonania przedmiotowego zamówienia, bo są to czynności marginalne i incydentalne, mające charakter poboczny względem głównego zakresu. Wycena tych pobocznych pozycji nie budzi szczególnych zastrzeżeń zamawiającego w kontekście rażąco niskiej ceny całej oferty, zaś ewentualne rażące zaniżenie tych cen nawet teoretycznie nie mogłoby skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 PZP. Podstawą do odrzucenia oferty nie jest bowiem rażąco niska cena części składowej ceny, a rażąco niska cena oferty. Tym samym biorąc pod uwagę kryterium wartościowe, nawet znaczne zaniżenie (w stosunku do innych ofert) tej części oferty nie mogłoby skutkować rażącym zaniżeniem ceny całkowitej.

Tym samym częściowo podzielając wątpliwości odwołującego w zakresie wyceny przez wykonawców: Budimex S.A. oraz NDI S.A. pozycji nr 5.1 (dostawa ścianki szczelnej) oraz 6 (wykonanie pali) Formularza Cenowego, zamawiający uważa za zasadne w tym zakresie unieważnienie czynności wyboru oferty Budimex S.A. oraz ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Budimex S.A. oraz NDI S.A. do złożenia bardziej szczegółowych wyjaśnień w zakresie istotnych części składowych budzących uzasadnione wątpliwości, tj. pozycji nr 5.1. oraz 6 Formularza Cenowego. Stosunkowo niskie wartości ww. pozycji – w porównaniu do wyceny w innych ofertach w połączeniu z ich istotnym charakterem dla powodzenia całego zamówienia, mogą wpływać na rażące zaniżenie ceny całkowitej ofert w świetle art. 224 ust. 2 pkt 1 PZP. W ocenie zamawiającego różnice między poszczególnymi ofertami są na tyle istotne, a informacje na tyle nieprecyzyjne, że uzasadniona jest konieczność dodatkowego badania ww. ofert co najmniej w zakresie realności uzyskania na rynku deklarowanych cen za zakup materiałów będących istotną częścią składową ofert.

Zarzut nr 3. W ramach zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust. 2 w zw. z art. 223 ust. 1 PZP, odwołujący kwestionuje kwalifikację wady zawartej w pozycji 8.1. Formularza Cenowego złożonego przez NDI S.A. jako innej omyłki podlegającej trybowi naprawczemu opisanemu w art. 223 ust. 2 pkt 3, podnosi, iż poprawienie tej wady w istocie doprowadziło do istotnej zmiany w treści oferty NDI S.A., a zamawiający dokonał poprawienia Formularza Cenowego zgodnie ze „szczegółowymi instrukcjami przedstawionymi przez NDI S.A. w piśmie z 19.04.2024 r.”.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że ustawa PZP nie definiuje pojęć „oczywistej omyłki rachunkowej” z art. 223 ust. 2 pkt 2, ani „innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty” w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, w pewien sposób uznając właściwość do zdekodowania treści tych pojęć przede wszystkim orzecznictwu. Zdaniem przeważającej części orzecznictwa, uznaje się, że oczywista omyłka rachunkowa to oczywisty błąd w zakresie działań arytmetycznych, który polega na uzyskaniu błędnego wyniku wyliczeń na podstawie przyjętego przez zamawiającego wzoru (tak KIO w wyroku z 12.1.2016 r., KIO 2834/15), przy czym oczywistą omyłką rachunkową stanowi błąd w obliczeniach popełniony przez wykonawcę, który da się poprawić wyłącznie w jeden niebudzący wątpliwości sposób (KIO 1150/23, podobnie KIO 783/13). Natomiast jak słusznie zauważa odwołujący, w okolicznościach niniejszej sprawy sposób poprawienia oferty przez zamawiającego nie był jedynym potencjalnie możliwym do wyobrażenia sposobem korekty Formularza Cenowego, co przeczy przymiotowi „oczywistości” wady zaistniałej w przedmiotowej sprawie (nb.119,123-127). Celnie także wskazuje, iż posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawienia omyłki, sprawia, że to do zamawiającego w pierwszej kolejności należy ocena czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki i jak istotny charakter ma dana poprawka (nb. 109). Jak wskazuje się w doktrynie, ustawodawca, wprowadzając ten przepis, miał przede wszystkim na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego (tak red. Granecka w komentarzu do art. 224 PZP, Legalis 2024).

W orzecznictwie wskazuje się także, że poprawienie omyłki w jednej z pozycji formularza ofertowego, w sytuacji, gdy wskazana pozycja była objęta oświadczeniem ofertowym i całkowita cena oferty nie ulegnie zmianie, a brakującą kwotę można łatwo wyliczyć na podstawie innych elementów oferty, należy zakwalifikować jako poprawienie innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Odnosząc się wprost do treści przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, aby uznać wadę oferty za „inną omyłkę” muszą zostać spełnione trzy przesłanki:

- zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści,
- omyłka powinna polegać na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia,
- poprawienie niezgodności nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty

Omyłka w poz. 8.1. Formularza Cenowego, zważając na jej charakter, niewątpliwie była przypadkowym i niezamierzonym błędem NDI S.A. dotyczącym dokumentów zamówienia. Błąd w poz. 8.1 Formularza cenowego wykonawcy był zauważalny, a zamawiający powziął wątpliwości w zakresie zaoferowanej ceny – m.in. porównując wartość pozycji wykonawcy NDI

| Nr oferty | Nazwa Wykonawcy | CENA NETTO [PLN] Pz. 8.1. Formularza Cenowego | |
|-----------|-----------------|---|-------------|
| 1 | FORR S.A. | 276 163,67 | S.A. do war |
| 2 | BUDIMEX S.A. | 125 499,57 | toś |

| | | | |
|---|---|---------------|---------------|
| 3 | Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. | 171 013,54 | ci zaofertowa |
| 4 | STRABAG Sp. z o.o. | 132 941,92 | |
| 5 | Konsorcjum ROVERPOL Sp. z o.o., ROVERMARTIME S.L. | 231 818,10 | |
| 6 | Konsorcjum Gap Insaat Yatirim Ve Dis Ticaret S.A. Fabe Polska Sp. z o.o. | 162 552,75 | |
| 7 | NDI S.A. | 11 785 489,08 | nej |
| 8 | Konsorcjum Colas Rail Polska sp. z o.o., Warbud S.A. | 313 510,00 | prz |

ez pozostałych wykonawców.

W Formularzu Cenowym zostało zagregowanych 36 pozycji, które zostały dodatkowo rozbite na pozycje cząstkowe z rozbiciem dla danych branż (w danym przykładzie pozycje nr 8.1-8.10), których łączna suma powinna odpowiadać głównej pozycji ceny ofertowej (pozycja nr 8). Zgodnie z zapisami SWZ pkt 21.1 wykonawca zobowiązany został do wskazania łącznej ryczałtowej ceny ofertowej w Formularzu Oferty – załącznik nr 2 do SWZ, która stanowi zsumowane wynagrodzenie, określone szczegółowo w Formularzu Cenowym, stanowiącym załącznik nr 2A do SWZ (przypis nr 3 i 4 do Formularza Oferty). Natomiast zgodnie

z przedstawionym przez wykonawcę NDI S.A. Formularzem Cenowym pozycja nr 8 prezentowała się następująco:

| | | |
|------|--|---------------|
| 8 | WYPOSAŻENIE NABRZEŻA | 11 785 489,08 |
| 8.1 | PACHOŁY GUMOWICZE | 11 569 133,38 |
| 1 | | |
| 8.2 | DRABINKI I WŁAZY RATOWNICZE | 75 969,00 |
| 2 | | |
| 8.3 | ODBOJNICE PASMOWE Z BELEK ELASTOMEROWYCH | 157 413,32 |
| 3 | | |
| 8.4 | KRAWĘŻNIKI Z BELEK GUMOWYCH | 1 133 594,72 |
| 4 | | |
| 8.5 | ODBOJNICE TYPU M/ Z PANELEM | 2 748 673,66 |
| 5 | | |
| 8.6 | PRZYKRYCIE STUDZIENEK ELEKTRYCZNYCH | 39 873,46 |
| 6 | | |
| 8.7 | PRZYKRYCIE STUDZIENEK INSTALACYJNYCH | 61 787,57 |
| 7 | | |
| 8.8 | DOSTAWA SZYN PODDŹWIGOWYCH | 1 750 106,18 |
| 8 | | |
| 8.9 | MONTAŻ SZYN PODDŹWIGOWYCH | 4 760 048,24 |
| 9 | | |
| 8.10 | POZOSTAŁE ELEMENTY WYPOSAŻENIA NABRZEŻA | 841 667,23 |
| 10 | | |

Wbrew stanowisku odwołującego, dokonana poprawa omyłki nie doprowadziła do istotnej zmiany treści oferty, wszak nie zmieniło się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie, tj. łączna ryczałtowa cena oferty. Zgodnie bowiem z pkt 21.6.1. SWZ, cena ofertowa jest ceną ryczałtową i pokrywa wszelkie zobowiązania wykonawcy objęte Kontraktem oraz wszystko potrzebne dla właściwego wykonania i ukończenia robót oraz usunięcia wszelkich wad. W tym zakresie odwołujący zbagatelizował fakt, że cena w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, co zamawiający dobitnie podkreślił w sposobie obliczenia ceny. W ocenie zamawiającego to właśnie dokonanie zmiany w sposób przedstawiony przez odwołującego,

tj. przez proste zsumowanie pozycji cząstkowych dla poz. 8 Formularza Cenowego w istocie prowadziłyby do dokonania zmiany istotnej, a więc skutkującej zmianą łącznej ceny oferty w sposób sprzeczny z rzeczywistą intencją danego wykonawcy. Co więcej, skutkowałoby skorygowaniem treści oferty w sposób oderwany od całokształtu okoliczności niniejszej sprawy, z pominięciem wagi potencjalnych następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz celu postępowania przetargowego.

W świetle powyższego wbrew stanowisku odwołującego należy wskazać, iż poprawienie oferty nie może de facto stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji – a do tego prowadziłyby przyjęcie koncepcji odwołującego.

Jak wskazano powyżej, wycena przez NDI danej pozycji w kwocie 11.569.133,38 zł netto wzbudziła wątpliwości zamawiającego, co do prawidłowości zaofferowanej kwoty. Pismo NDI S.A. z 19.04.2024 r. uprzedziło czynność zamawiającego do wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie wątpliwości dotyczących pozycji nr 8.1. Formularza Cenowego. W piśmie wykonawca de facto potwierdził wątpliwości samodzielnie

powzięte przez zamawiającego co do wartości wyceny wskazanej pozycji, jak również uzupełnił dane niezbędne do poprawienia omyłki (które zamawiający posiadał w polu widzenia w dacie powzięcia wątpliwości). Zasadność powzięcia dodatkowej wiedzy o wadzie potwierdza orzecznictwo KIO (wyrok z 12.04.2022 o sygn. KIO 856/22).

Mając powyższe na uwadze, nie sposób także zgodzić się z zarzutem dotyczącym prowadzenia przez zamawiającego z NDI S.A. nielegalnych negocjacji mających na celu ustalenie finalnej treści oferty. Zgodnie ze słownikową definicją pojęcia, przez negocjacje należy rozumieć rozmowy, pertraktacje prowadzone przez upoważnionych przedstawicieli dwu lub większej liczby państw, instytucji, organizacji itp. lub targowanie się ze sprzedającym o niższą cenę lub korzystniejsze warunki zakupu (<https://sjp.pwn.pl/sjp/negocjacje;2487962.html>). Wskazanego zarzutu przede wszystkim nie potwierdzają przywołane powyżej okoliczności sprawy – zamawiający nie wymieniał w tym zakresie z wykonawcą korespondencji. Nie sposób takiego wniosku także wyprowadzić z faktu, iż wykonawca NDI S.A. pismem z 19.04.2024 r. de facto uprzedził zamawiającego przedstawiając szerokie uzasadnienie swoich twierdzeń. Można bowiem zaryzykować twierdzenie, że gdyby zamawiający wykonał obowiązek żądania złożenia wyjaśnień treści oferty przed datą wpływu pisma NDI S.A., to stanowisko wykonawcy nie uległoby zmianie. Z powyższych względów niniejszej sprawie obiektywnie nie powinno powstać choćby wrażenie, że strony prowadziły zakazane negocjacje. Za całkowicie chybiony należy także uznać argument odwołującego, iż zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał poprawienia Formularza Cenowego zgodnie ze „szczegółowymi instrukcjami przedstawionymi przez NDI”. Poprawienie innych omyłek powinno być poprzedzone żądaniem wyjaśnień od wykonawców, w przeciwnym razie do poprawienia oczywistych omyłek, które co do zasady nie powinno być (z racji swej „oczywistości”) poprzedzone stosownym w tym zakresie wyjaśnieniami wykonawcy. Powyższe wynika z faktu, iż zamawiający w przypadku innych omyłek może nie wiedzieć, jak należy poprawić ofertę. Jeżeli otrzyma wyjaśnienia, będzie mógł zatem łatwiej ocenić, czy poprawa spowoduje istotną zmianę w treści oferty. Stąd też, jakkolwiek zamawiający samodzielnie powziął wątpliwość co do prawidłowości danych wskazanych w pkt 8.1. Formularza Cenowego przedłożonego przez NDI S.A. i posiadał w polu widzenia prawdopodobne rozwyżnienie, tak przedstawione wyjaśnienia wykonawcy NDI S.A. utwierdziły zamawiającego co do zasadności skorygowania oferty w niniejszy sposób. Jednocześnie należy wyraźnie podkreślić, iż z całokształtu okoliczności przedmiotowej sprawy w sposób oczywisty wynika, iż przyjęte rozwiązanie jest logiczne i spójne, i jako takie nie może budzić wątpliwości w świetle art. 223 PZP.

Przystępujący wykonawca (uczestnik) Budimex S.A. złożył pismo procesowe, w którym wskazał, co następuje.

Przystępujący zaznacza, że tak wezwanie do złożenia wyjaśnień jak i udzielone przez przystępującego wyjaśnienia należy czytać w całości. Treść przedkładanych wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest przy tym ściśle skorelowana z treścią wezwania i przez pryzmat takiego ich definiowania należy oceniać prawidłowość działań podjętych przez przystępującego.

W przedmiotowym przypadku, wbrew twierdzeniom odwołującego, wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wystosowane przez zamawiającego nie opierało się na konkretnych pytaniach kierowanych do wykonawcy, nie wskazywało obszarów, które miałyby w sposób szczególny być przedmiotem dostarczanych wyjaśnień i nie narzucało sposobu ich prezentacji. Odwołujący zdaje się kreować oczekiwanie przedstawienia wyjaśnień i sposobu wykazywania realności ceny przystępującego w sposób abstrahujący od zakresu weryfikacji ukształtowanej przez samego zamawiającego. Zamawiający w ramach wystosowanego wezwania ani nie oczekiwał przedstawienia kosztorysów ofertowych, ani nie dyskredytował ofert podwykonawców jako zastosowanego w wyjaśnieniach środka dowodowego. W tym kontekście, przystępujący sygnalizuje jednocześnie, że Krajowa Izba Odwoławcza w swoich wyrokach wielokrotnie podkreślała, że dowody składane przez wykonawców na wezwanie zamawiającego mogą mieć różnoraki charakter, a przepisy ustawy Pzp nie określają nawet przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności swojej wyceny (tak np. wyrok z 24.08.2017 r., sygn. akt KIO 1673/17, podobnie również wyrok KIO z 24.06.2020 r., sygn. akt KIO 1165/20).

Chociaż odwołujący w sposób bardzo rozbudowany odnosi się do elementów, których rzekomo w treści wyjaśnień przygotowanych przez przystępującego nie ma, równocześnie skrzętnie pomija i z góry dyskredytuje informacje, które zostały dostarczone zamawiającemu, eliminując jako środek dowodowy oferty podwykonawców, którymi paradoksalnie sam posługuje się dążąc do wykazania poziomu cen, jego zdaniem możliwych do osiągnięcia w danych asortymentach robót. To, co przebiega przez argumentację odwołującego to chęć doprowadzenia do sytuacji, w której przystępujący odpowie na wezwanie w sposób, jaki sobie tego życzy odwołujący. Tymczasem wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mają generalnie bazować na przyjętej przez wykonawcę metodzie kalkulacji, dostosowanej do określonych warunków postępowania. Wyjaśnienia mają, powracając do punktu wyjścia, czyli podstawy odrzucenia oferty ze względu na cenę, uzasadniać podaną w ofercie cenę, mają też wykazać jej realność i kompletność wykonanej kalkulacji. Podstawowym celem składanych wyjaśnień jest wszak możliwość weryfikacji przyjętej przez wykonawcę wartości robót. Cel ten, w ocenie przystępującego, został spełniony poprzez przedstawione zamawiającemu

wyjaśnienia

i dokumenty.

W ramach uzasadnienia wniesionego odwołania, odwołujący twierdzi, że wyjaśnienia złożone przez przystępującego winny podlegać dyskwalifikacji z tego względu, iż nie odpowiadają rzekomo wezwaniu wystosowanemu przez

zamawiającego. Zdaniem odwołującego, wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wystosowane przez zamawiającego precyzowało rzekomo sposób udzielenia wyjaśnień i zakres danych, które w ramach tych wyjaśnień należałoby przedstawić. Wbrew twierdzeniom odwołującego, wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny ograniczało się jednak wyłącznie do przytoczenia treści przepisu art. 224 ust. 3 i 4 ustawy Pzp i ogólnego pouczenia o konieczności przedstawienia wyjaśnień konkretnych i adekwatnych do specyfiki przedmiotowego zamówienia. Zastrzeżenie, które znalazło się w treści wezwania, na które powołuje się odwołujący budując swoją argumentację, w żaden sposób nie obligowało wykonawców do omawiania założeń realizacyjnych czy prezentacji wyjaśnień w oparciu o koszty w układzie „R, M, S”. Żadne takie sformułowania nie znalazły się w treści wezwania, a argumentacja odwołującego stanowi jego nadinterpretację, sprzeczną z interpretacją źródłową samego zamawiającego, który wyjaśnienia dostarczone przez przystępującego ocenił jako odpowiadające treści tegoż wezwania. W ramach wezwania, nie znalazły się też jakiegokolwiek konkretne pytania co do wyceny zastosowanej przez przystępującego, nie narzucone zostały jakiegokolwiek środki dowodowe, które miałyby zostać przedstawione, nie narzucona została też forma składanych wyjaśnień i nie określone zostały pozycje, które w sposób szczególny miałyby być poddane analizie. W konsekwencji wykonawcy, do których skierowane zostało wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny mieli względną swobodę, co do sposobu przedstawienia swoich wyjaśnień i uprawdopodobnienia dokonanego oszacowania kosztów realizacji przedmiotowego zamówienia, rozumianego jako całość.

Abstrahując od tego, że użyte w tym zastrzeżeniu sformułowania mają charakter klauzul generalnych, niekonkretyzujących ścisłego sposobu działania ze strony wykonawców, to oczekiwania w nich zawarte zostały wypełnione przez wyjaśnienia dostarczone przez przystępującego, które:

- referowały ściśle do formularza cenowego dotyczącego przedmiotowej realizacji i przedstawionego w ramach oferty,
- odnosiły się do zakresów niezbędnych do realizacji w ramach tego konkretnie zamówienia i jego parametrów,
- uprawdopodobnione zostały poprzez oferty podwykonawców oferujących konkretne warunki współpracy na zakresy opisane i wynikające z dokumentacji postępowania, do której w ramach składanych ofert współpracy podwykonawcy się odnosili.

Nie sposób więc uznać, że wyjaśnienia dostarczone przez przystępującego nie odnosiły się do specyfiki tego zamówienia i nie były adekwatne dla tego postępowania – wyjaśnienia te wprost referowały wszak do zakresów niezbędnych do wykonania tego konkretnego zamówienia oraz odwoływały się do dokumentacji postępowania narzucającej konkretne parametry realizacyjne. Dostarczenie takich informacji wyczerpywało więc oczekiwania wyartykułowane w ramach wezwania przez zamawiającego, uwzględniając też, że składane były one w procedurze wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a nie wyjaśnień treści oferty, których zdawałby się oczekiwać odwołujący. Nie jest też tak, jak próbuje wywodzić odwołujący, że wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego miałyby mieć charakter fikcyjny, z uwagi na to, że Budimex nie przedstawił rzekomo wyjaśnień co do wycenionego sposobu realizacji, co odwołujący wywodzi z fragmentu wyjaśnień zawartego na stronie 29. Interpretacja rzeczoności fragmentu wyjaśnień dokonana przez odwołującego w oderwaniu od kompleksowej analizy ich treści, a także treści oferty Budimex, nie odzwierciedla jednak rzeczywistych intencji przystępującego, który poprzez wskazaną deklarację dał wyraz jedynie temu, że dostrzegając możliwość dalszej optymalizacji kosztów, przy realizacji zamówienia w części siłami własnymi, co literalnie z tego fragmentu zresztą wynika: „(...) Wykonawca planuje przynajmniej część zakresu robót rozbiórkowych, nadbudów żelbetowych czy nawierzchni wykonać siłami własnymi, co umożliwi mu dalszą optymalizację kosztów i uzyskanie w konsekwencji lepszego wyniku finansowego (...)”.

Rzeczony fragment wyjaśnień w żaden sposób nie wskazuje więc na nieadekwatność oszacowania kosztów bezpośrednich za pośrednictwem ofert podwykonawców. Wskazuje on jedynie na okoliczność, że przy wykonaniu części zamówienia siłami własnymi, wykonawca dostrzega możliwość poprawienia wyniku finansowego, co nie podważa uprawdopodobnienia kosztów bezpośrednich za pomocą ofert podwykonawców. W ramach przedkładanych wyjaśnień, przystępujący wskazywał zresztą, że: „Wykonawca niezależnie wycenił prace na bazie sprzętu i sił własnych oraz na bazie ofert podwykonawców”. Innymi słowy, przystępujący wskazywał, że celem oszacowania kosztów realizacji prac, będących przedmiotem zamówienia, zweryfikował możliwości rynkowe ich wykonania i pozyskał oferty podwykonawcze, na których opierał się kalkulując ceny za poszczególne asortymenty w formularzu cenowym (co wynika również porównania przyjętych cen końcowych w formularzu oferty i cen wynikających z ofert podwykonawców), dostrzegając na bazie swojego doświadczenia możliwość osiągnięcia wręcz niższych kosztów, która to deklaracja nie podważa prawidłowości uprawdopodobnienia zaofiarowanej ceny, przy uwzględnieniu wręcz wyższych kosztów realizacyjnych.

Nie jest więc tak jak chciałby tego odwołujący, że oferty podwykonawców miałyby mieć charakter fikcyjny. Pozyskane zostały one bowiem na potrzeby oszacowania przedmiotowego zamówienia, co wynika tak z ich treści, jak i z opisu szacowania przedmiotu

zamówienia wynikającego z ogólnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Co więcej, jak wynika też z pkt 8 formularza ofertowego, realizacja zamówienia przy pomocy podwykonawców jest zakładanym przez przystępującego sposobem realizacji zamówienia, stąd też oparcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny właśnie o oferty podwykonawców jest spójne z deklaracjami dotyczącymi sposobu realizacji uwidocznionymi w formularzu oferty. Podkreślenia przy tym wymaga, że proces szacowania ceny ofertowej jest procesem niezależnym procesu realizacji zamówienia, w ramach którego zakres zaangażowania podwykonawców, przez wzgląd na treść art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, ustalany może być w sposób dynamiczny stosownie do zapotrzebowania realizacyjnego i jego uwarunkowań.

Dążąc do podważenia adekwatności i szczegółowości złożonych przez przystępującego wyjaśnień, odwołujący podnosi

też, że rzekomo niewystarczające i nie odpowiadające treści wezwania są informacje dotyczące kosztów pracy i zabezpieczenia społecznego założonych przez Budimex. Odwołujący, uznając, że złożone w tym przedmiocie wyjaśnienia są niewystarczające kreuje de facto oczekiwanie przedstawienia kosztorysów ofertowych opartych o podział „Robocizna, materiał, sprzęt”, które jego zdaniem w najpełniejszy sposób umożliwiłyby weryfikację tego zakresu prac. Abstrahując od tego, że kosztorysy RMS oparte są o indywidualne założenia dotyczące nakładów osobowych i sprzętowych, które nie mają waloru obiektywnie weryfikowalnego, to dodatkowo – tak jak zasygnalizowane zostało na wstępie – oczekiwania przedstawienia takiego rodzaju kosztorysów nie artykułował zamawiający w ramach wezwania. W tym kontekście, przystępujący bazując na swojej praktyce w funkcjonowaniu na rynku zamówień publicznych, wskazuje, że ilekroć zamawiający oczekują przedstawienia tego rodzaju kosztorysów, dążąc do weryfikacji realności zaoferowanej ceny opartej na konkretnej metodzie, to w taki sposób formułują wezwania do wyjaśnień, co w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca. Jako przykład możliwego formułowania wezwania, który nakazywałby dostarczenia kosztorysów dla uprawdopodobnienia zaoferowanej ceny, przystępujący wskazuje na postępowanie pn. wykonanie robót budowlano-montażowych po uprzednim opracowaniu dokumentacji projektowo-kosztorysowej dla budowy tymczasowego obozowiska kontenerowego wraz z niezbędną infrastrukturą towarzyszącą w systemie „zaprojektuj i wybuduj” w Konieczkach, gm. Elk, w ramach którego – odmiennie niż przedmiotowym postępowaniu - wyartykułowano konieczność przedstawienia kosztorysów dla każdej z branż.

Reasumując, treść wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wystosowana przez zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania nie konkretyzowała sposobu ich udzielania przez wykonawców, nie obligując zwłaszcza do przedstawiania kosztorysów opartych o podział „Robocizna, materiał, sprzęt” i nie eliminując wykazania realności zaoferowanej ceny za pośrednictwem ofert podwykonawczych. Co przy tym istotne wykonawcy, do których skierowane zostało wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny

i którzy udzielili wyjaśnień, zrozumieli je w analogiczny sposób, wyjaśniając zaoferowaną cenę według zbliżonego schematu, tj. zarówno Budimex jak i NDI nie identyfikowali otrzymanego wezwania jako obligującego do przedstawienia kosztorysów opartych o podział RMS, zaoferowaną cenę w poszczególnych zakresach uprawdopodobniając zasadniczo poprzez przedstawione oferty podwykonawców. Kreowanie przez odwołującego oczekiwań co do formy i treści składanych wyjaśnień, które oparte są o dowolną interpretację treści wezwania, abstrahującego od jego literalnej treści, nie mogą stanowić podstawy skutecznie podnoszonych zarzutów.

Niezależnie od powyższych rozważań, odwołujący zarzuca wyjaśnieniom złożonym przez przystępującego ogólnikowość i brak wykazania wpływu poszczególnych okoliczności na zaoferowaną cenę (pkt 20 -32 uzasadnienia odwołania). Co istotne, dokonując krytyki wyjaśnień przedstawionych przez przystępującego, odwołujący we wskazanej części uzasadnienia odwołania bazuje wyłącznie na treści wyjaśnień oznaczonych jako „Wyjaśnienia Wykonawcy Budimex S.A. – część ogólna”, co w samo w sobie świadczy o konieczności dyskwalifikacji tej argumentacji, która nie opiera się na kompleksowej analizie oświadczeń dostarczonych przez przystępującego. Odwołujący dokonuje rozdzielnej analizy każdego

z argumentów przedstawionych w części ogólnej, w żaden sposób nie zestawiającej jej z dalszymi informacjami zawartymi w części szczegółowej przedstawionych wyjaśnień i nie poddając ich właściwej analizie.

W związku z tym przystępujący wskazuje, że w ramach wyjaśnień dostarczonych zamawiającemu, wobec pozostawionej swobody w doborze formy i sposobu ich przedstawienia, w części szczegółowej wyjaśnień rażąco niskiej ceny przedstawił przede wszystkim:

- zestawienie obrazujące koszty bezpośrednio pozycji składających się na formularz cenowy, z którego wynika jednocześnie poziom kosztów pośrednich założonych na kwotę 12.143.571,25 zł netto (kwota obejmująca koszty ogólne, koszty biura, infrastruktury IT, laboratorium czy zysk wykonawcy). Zestawienie to stanowi rodzaj uproszczonej kalkulacji ceny ofertowej, wykazującej jej realność (str. 33 wyjaśnień);
- omówienie sposobu kalkulacji każdej z pozycji formularza cenowego ze wskazaniem oferty podwykonawcy uprawdopodobniającego przyjęty dla danego zakresu poziom kosztu bezpośredniego wraz z uzasadnieniem dokonania jej przyjęcia;
- oferty podwykonawców zawierające konkretne kwoty za realizację zakresów wynikających z dokumentacji projektowej.

Nie jest więc tak jak próbuje wywodzić odwołujący, że wyjaśnienia przedstawione przez przystępującego są ogólnikowe i nie zawierają żadnej merytorycznej treści. Za pośrednictwem dostarczonych wyjaśnień zamawiający zyskał bowiem konkretne dane

cenotwórcze dotyczące zakresów ujętych w formularzu cenowym, pozwalające stwierdzić, iż przyjęta przez przystępującego wartość oferty pozwala na pokrycie kosztów bezpośrednich zakresów wyszczególnionych w formularzu cenowym oraz osiągnięcie zysku. Co więcej, co wynika też z treści wyjaśnień dostarczonych przez przystępującego, to właśnie okoliczności omówione

w ogólnej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny, pozwoliły na osiągnięcie zaoferowanych cen za poszczególne asortymenty. W ramach części ogólnej wyjaśnień przystępujący wskazywał bowiem na takie okoliczności jak poziom gotówkowy spółki, doświadczenie w realizacjach hydrotechnicznych i znajomość rynku lokalnego, które pośrednio lub bezpośrednio powieili w części szczegółowej wyjaśnień uzasadniając nawiązanie współpracy z konkretnymi podwykonawcami (przystępujący wskazywał przykładowo na realizowane wspólnie z wybranymi podwykonawcami kontrakty, które powielają się z kontaktami wyszczególnionymi w części ogólnej wyjaśnień; siedziba wielu z

podwykonawców, których oferty zostały wzięte pod uwagę są dowodem sygnalizowanej we wstępnej części eksploracji rynku lokalnego). Co za tym idzie, wyjaśnienia złożone przez przystępującego mają spójny charakter, a ich wszechstronna analiza wskazuje na odniesienie się do wszystkich zakresów składających się na przedmiotową realizację i uprawdopodobnienie przyjętych założeń cenowych. Zarzuty odwołującego, bazujące na wybiórczej analizie dostarczonych wyjaśnień, dyskwalifikacji określonych metod dowodzenia i wymuszaniu własnej formy ich składania, co do zasady nie mogą zostać zaaprobowane, co podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w jednym z ostatnich wyroków z 17.06.2024 r., sygn. akt KIO 1774/24.

Odwołujący kwestionuje co do samej zasady oparcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o oferty podwykonawców. Zdaniem odwołującego wykazanie możliwości nawiązania współpracy i uzyskania określonych cen za poszczególne asortymenty robót nie stanowi bowiem wyjaśnienia sposobu skalkulowania danej ceny ofertowej. Taki argument odwołującego jest jednak o tyle niezrozumiały, że za pośrednictwem przedkładanych ofert podwykonawców, wykonawcy wykazują wszak, że sposobem skalkulowania ceny ofertowej było przeprowadzenie rozeznania rynku i zebrania ofert na zakresy związane z tym konkretnym postępowaniem i wymaganiami zamawiającego.

Oparcie wyjaśnień rażąco niskiej ceny o oferty podwykonawców jest zresztą standardowym mechanizmem wykorzystywanym w procedurze wyjaśnień rażąco niskiej ceny, powszechnie aprobowanym również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Tak np. wyrok KIO z 13.11.2023 r. (sygn. akt KIO 3159/23): Załączone do wyjaśnień wykonawcy dowody w postaci kalkulacji cenowych potencjalnych podwykonawców potwierdzają, że zaoferowane

ceny są cenami na poziomie rynkowym. Podobnie również wyrok KIO z 02.03.2023 r. (sygn. akt KIO 381/23):

Kwestionując możliwość oparcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny i uprawdopodobnienia jej realności poprzez oferty podwykonawcze, odwołujący popada jednocześnie w wewnętrzną sprzeczność. Dążąc bowiem do uprawdopodobnienia swoich zarzutów i wykazania cen, które jego zdaniem są cenami rynkowymi i realnymi, sam opiera wszak swoje twierdzenia na ofertach współpracujących z nim podwykonawców. W uproszczeniu można więc stwierdzić, że odwołujący kwestionuje możliwość oparcia wyceny ofertowej o oferty podwykonawców w sytuacji, w której są to podwykonawcy pozyskani przez konkurencyjnych wykonawców. Oferty współpracujących z nim podmiotów traktuje już natomiast jako właściwy i miarodajny środek dowodowy referujący do realnego poziomu cen danych asortymentów prac. Idąc dalej, odwołujący twierdzi, że oferty podwykonawców w procesie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny aby mogły być zaaprobowane przez zamawiającego jako miarodajny środek dowodowy winny poza określeniem ceny za dany asortyment prac, wykazywać sposób jej skalkulowania przez podwykonawcę. Kreując takie oczekiwanie, odwołujący całkowicie odrywa się jednak od praktyki rynkowej i nakłada na podwykonawców wymagania nieznanne w ustawie Pzp. Podwykonawcy jako niezależne podmioty, posiadają bowiem względną swobodę w określaniu swojej wyceny i formy składanych oświadczeń. Co więcej, wskazanie na konkretne kwoty i udokumentowanie tego w formie pisemnej, w połączeniu z deklaracją o przeanalizowaniu dokumentacji postępowania czy innymi założeniami ofertowymi, stanowi już samo w sobie o wiarygodności oświadczeń podwykonawców, bazujących na konkretnych założeniach będących przedmiotem danej oferty. Kreując dalej idące wymagania względem ofert podwykonawczych, odwołujący, zdaje się nie dostrzegać, że oferty podwykonawców pozyskiwane są na potrzeby kalkulacji oferty, a nie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, będąc elementem dynamicznego procesu, eliminującego możliwość stawiania tak sformalizowanych i rozbudowanych wymagań co do formy dokumentowania oświadczeń podwykonawców. Każdy z podwykonawców ma właściwy sobie sposób i formę składanych ofert, których treść – co oczywiste – nie jest i nie może być narzuca przez wykonawców. Oczekiwania odwołującego można byłoby w konsekwencji sprowadzić do, nieznanego ustawie, procesu wyjaśnienia „rażąco niskiej ceny oferty podwykonawcy” i zakładania „z góry” takiego jej charakteru już na etapie szacowania ceny ofertowej.

Odwołujący kwestionuje też wiarygodność przedstawianych przez przystępującego ofert podwykonawczych, twierdząc, że nie są one uprawdopodobnione chociażby poprzez stending finansowy tych podmiotów czy ich historię kontraktową. Abstrahując od tego, że oferty podwykonawcze dla uzyskania swojej wiarygodności nie muszą bezwzględnie zawierać określonych klauzul (przykładowo klauzul o stendingu finansowym czy historii

kontraktowej nie zawierają oferty podwykonawcze przedstawiane przez odwołującego jako załączniki do odwołania), to dodatkowo odwołujący po raz kolejny dokonuje wybiórczej analizy wyjaśnień przedstawionych przez przystępującego, który wielokrotnie sygnalizował historię kontraktową określonych podwykonawców, przemawiającą za ich wiarygodnością, np.:

- w odniesieniu do oferty nr 2, wykonawca na stronie 29 złożonych wyjaśnień wskazywał, że: sporządzenie przedmiotowej oferty dla tego zakresu prac bazowało w przypadku wykorzystania firm podwykonawczych na ofercie (...), z którym Wykonawca z powodzeniem realizował prace na dużej inwestycji budowy Części 2 drogi wodnej łączącej Zatokę Gdańską z Zalewem Wiślanym (...);
- w odniesieniu do oferty nr 8, wykonawca na stronie 29 złożonych wyjaśnień wskazywał, że: „(...) pozyskaliśmy ofertę firmy (...), która także uczestniczyła w prowadzonej przez Budimex S.A. realizacji wykonywania obudów brzegów Rzeki Elbląg z grodzic stalowych (...)” (przyp. budowa części 2 drogi wodnej łączącej Zatokę Gdańską z Zalewem Wiślanym (Mierzeja Wiślana));
- w odniesieniu do oferty nr 9, wykonawca na stronie 30 złożonych wyjaśnień wskazywał, że: „(...) prezentujemy ofertę bardzo dobrego podwykonawcy, który zrealizował największy zakres inwestycji Drogi wodnej w Elblągu, a obecnie realizuje prace na Baltic Hub oraz dla innych podmiotów w Porcie Gdynia (...)”,

- w odniesieniu do oferty nr 6, wykonawca na stronie 30 złożonych wyjaśnień wskazywał, że: „(...) kalkulacja wartości dla instalacji elektroenergetycznej i sanitarnej oparta została na podstawie oferty (...), z którą Wykonawca realizował przedsięwzięcie budowy Nabrzeża Dworzec Drzewny w Porcie Gdańsk (...). Dotychczasowa współpraca (...) wskazuje na wykonanie prac na najwyższym poziomie”.

Podsumowując, abstrahując od tego, że nie istnieją ścisłe wymagania co do treści i formy ofert podwykonawców, którzy posiadają swobodę w składaniu swoich oświadczeń i propozycji współpracy (co potwierdzają również oferty podwykonawcze przedstawiane przez odwołującego jako załączniki do odwołania dla uprawdopodobnienia jego twierdzeń), nie jest też tak jak twierdzi odwołujący, że „żadna oferta podwykonawcza złożona przez Budimex, nie zawiera jakichkolwiek informacji pozwalających na dokonanie weryfikacji założeń cenotwórczy przyjętych dla jej kalkulacji”. Jak wskazane zostało we wcześniejszej części pisma, oferty przedstawione przez przystępującego, zależnie od formy obranej przez niezależne podmioty jakimi są podwykonawcy, zawierają czy to wyliczenia oparte o schemat ilości i cen jednostkowych czy to opis założeń ofertowych i ich zakresu, uprawdopodobniające składane propozycje współpracy. Zarzuty stawiane w tym zakresie przez odwołującego w żaden sposób nie są przy tym zindywidualizowane, nie uzasadniają z jakich względów dana oferta podwykonawcy, przy uwzględnieniu konkretnej jej treści,

miałaby nie stanowić uprawdopodobnienia przyjętej ceny i nie być adekwatną dla przedmiotowego postępowania. Wydaje się więc, że zarzuty formułowane przez odwołującego abstrahują od skrupulatnej i całościowej analizy wyjaśnień przedstawionych przez przystępującego, będąc z góry podporządkowane pod obraną tezę, dla potrzeb której odwołujący stosuje też odmienne standardy wymagane od siebie i konkurencyjnych wykonawców.

Przykładem takiej wybiórczej analizy jest próba zdyskredytowania oparcia wyjaśnień rażąco niskiej ceny o oferty podwykonawców, z uwagi na rzekome błędy w wyjaśnieniach przystępującego przygotowanych z użyciem takiego schematu, a dotyczących robót czepalnych i robót branżowych (pkt 52 – 56 uzasadnienia odwołania). I tak:

- w odniesieniu do robót czepalnych (pkt 52-53 uzasadnienia odwołania):

Odwołujący dąży do wywarcia wrażenia, że przystępujący bezrefleksyjnie przedstawia oferty podwykonawców nie dokonując ich analizy i nie przekładając ich założeń na własne kalkulacje. Odwołujący twierdzi, że oferta podwykonawcy dotycząca robót czepalnych (załącznik nr 1 do wyjaśnień złożonych przez przystępującego) opiewa na wyższą kwotę niż założona przez przystępującego, a w konsekwencji nie wykazany został rynkowy charakter kwoty 2.434.689,91 netto przewidzianej w tym zakresie przez przystępującego w formularzu cenowym (poz. 10 formularza cenowego). Ponownie odwołujący pomija jednak kompleksową treść wyjaśnień dostarczonych przez przystępującego, w ramach których, przystępujący dla kalkulacji tego zakresu przyjął wartość 2.213.310,00 zł netto wynikającą z oferty nr 5 (co wynika z uproszczonej kalkulacji przedstawionej w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz przedłożonej oferty podwykonawczej nr 5). Reasumując, w odniesieniu do robót czepalnych, całościowa analiza wyjaśnień złożonych przez przystępującego obrazuje, że przystępujący wykazał realność założonej w tym zakresie kwoty 2.434.689,91 zł netto, co uprawdopodobnione zostało ofertą podwykonawcy oferującego wykonanie tego zakresu w kwocie: 2.213.310,00 zł netto (załącznik nr 5 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny).

- w odniesieniu do wyjaśnień przedstawionych względem robót branżowych (pkt 55 -56 uzasadnienia odwołania):

W zakresie tego fragmentu uzasadnienia odwołania trudno zidentyfikować jakiegokolwiek konkretne uwagi względem wyjaśnień przedstawionych przez przystępującego, co determinuje, że przedmiotowe zarzuty jako mające charakter blankietowy, podlegają automatycznej dyskwalifikacji. W żadnym miejscu uzasadnienia odwołania nie znalazła się jakakolwiek argumentacja wskazująca na to z jakich względów, na jakiej zasadzie, ceny zaoferowane za poszczególne branże miałyby nie zostać wyjaśnione przez przystępującego i z jakich względów przedstawione oferty podwykonawców miałyby nie stanowić uprawdopodobnienia przyjętych założeń cenowych. Odwołujący uznał, że wyjaśnieniom robót branżowych Przystępujący poświęcił „raptem dwie strony”, nie poddając jakiegokolwiek

analizie ich treści, w tym nie odnosząc się ani do uproszczonego zestawienia obrazującego koszty bezpośrednio i pośrednio dla tych zakresów, ani do ofert podwykonawczych uprawdopodobniających ceny za omawiane branże.

Tym samym uwzględniając, że zarzuty formułowane w ramach wniesionego odwołania nie mogą mieć charakteru ogólnego, nieskonkretyzowanego czy nieprecyzyjnie przytaczającego okoliczności faktyczne, z których odwołujący wyprowadza określone wnioski, zastosowana przez odwołującego konstrukcja uzasadnienia w tym zakresie winna podlegać dyskwalifikacji, a twierdzenia o rzekomym braku prawidłowego wyjaśnienia ceny za roboty branżowe pominięciu. Powoływane w ramach odwołania okoliczności faktyczne wyznaczają bowiem granice rozpoznania odwołania i nie mogą podlegać rozszerzaniu na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, w szczególności poprzez powoływanie nowych okoliczności faktycznych mających uzasadnić wniesione odwołanie. Co więcej, próbując wykazać istotność omawianego zakresu, odwołujący dokonuje nieuprawnionego zagregowania kosztów różnych branż o różnej specyfice, dążąc do wykreowania „istotnej części składowej”, nie mającej oparcia ani w charakterystyce prac, ani w systematyce podziału ceny wynikającej z formularza cenowego. W konsekwencji odwołujący wskazuje, że wycena za branżę elektroenergetyczną, sanitarną, drogową i kolejową stanowi 19% ceny całkowitej zaoferowanej przez przystępującego pomijając, że samodzielne rozpatrywanie każdej z branż i pozycji na te branże się składających niweczy tezę o istotności poszczególnych zakresów definiowanych jako części składowe w formularzu cenowym.

Odnosząc się do wyceny za poszczególne pozycje każdej z branż sygnalizowanych przez odwołującego dokonanej przez przystępującego, należy więc zauważyć, że żadna z jednostkowych pozycji składających się na poszczególne branże nie przekracza pułapu kilku procent w kontekście budowania ceny całkowitej, nie stanowiąc w konsekwencji – wbrew twierdzeniom odwołującego – istotnego zakresu. W ramach pkt 58 – 95 uzasadnienia odwołania, odwołujący

wywodzi, że cena zaoferowana przez Budimex za realizację zamówienia jest ceną rażąco niską, co wyprowadza z kwestionowania wyceny czterech pozycji składowych wyszczególnionych w formularzu cenowym, tj.: poz. 5.1. „Dostawa ścianki szczelnej”, poz. 6 „Wykonanie pali”, poz. 14 „Wykonanie kanalizacji”, poz. 15 „Układanie kabli”.

Przesłanką odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę lub koszt może być w istocie wyłącznie zniżenie ceny całkowitej (tak: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021), które w przedmiotowym przypadku nie miało miejsca, a odwołujący nie podjął tak naprawdę nawet próby dowodzenia w takim kierunku. Zaniechanie dowodzenia i argumentowania w takim kierunku ze strony odwołującego wydaje się celowym zabiegiem, wynikającym z faktu nieznaczących różnic między cenami zaoferowanymi przez poszczególnych wykonawców. Odwołujący w żadnym miejscu

wniesionego odwołania nie podważył realistycznego charakteru ceny zaoferowanej przez przystępującego na poziomie 103.397.838,00 zł netto (127.179.340,74 zł brutto) i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia za tę kwotę. Różnice cenowe między sześcioma pierwszymi wykonawcami są przy tym na tyle nieznaczące i mające rynkowy charakter, że dowodzenie w tym kierunku wydaje się niemożliwe. Reasumując, już tylko z tego powodu zarzuty oparte o dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp nie mogą odnieść pożądanego skutku, uwzględniając zwłaszcza przewidziany w ramach postępowania model wynagrodzenia oparty o formułę wynagrodzenia ryczałtowego, względem, którego formularz cenowy składany wraz z ofertą ma walor wyłącznie pomocniczy.

Niezależnie od powyższego, konstrukcja uzasadnienia zastosowana względem każdej z kwestionowanych pozycji formularza cenowego jest dodatkowo wadliwa z dwóch powodów:

- po pierwsze, uzasadnienie odwołania, wskazujące na rzekomo nierealistyczny charakter wyceny danej pozycji opiera się zasadniczo na porównaniach arytmetycznych względem oferty odwołującego, ofert konkurencyjnych wykonawców czy kosztorysu inwestorskiego (przy czym porównania te są niekonsekwentne w zależności od potrzeb odwołującego). Uwzględnienie kompleksowych porównań arytmetycznych obrazuje jednak co najwyżej, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia, w różny sposób podchodzili do wyceny poszczególnych pozycji formularza cenowego. Z kompleksowej analizy przeprowadzonej przez przystępującego wynika bowiem, że w każdej z ofert złożonych

w postępowaniu zidentyfikować można pozycje wycenione poniżej średniej wyceny wynikającej ze wszystkich złożonych ofert czy też pozycje wycenione najniżej spośród wszystkich konkurencyjnych ofert. Obrazuje to więc jedynie to, że w różnych zakresach wykonawcy są w stanie uzyskać korzystne dla siebie warunki współpracy. W przypadku odwołującego, zaniżonymi zakresami, w których odwołujący najwyraźniej jest w stanie uzyskać korzystniejsze warunki współpracy, jest branża kolejowa (odbiegająca o ok. 42% od średniej ceny za wykonanie całej branży wynikającej z ofert wszystkich podwykonawców) i branża drogowa (odbiegająca o ok. 41% od średniej ceny za wykonanie całej branży wynikającej z ofert wszystkich podwykonawców) - dowód: zestawienie z uwzględnieniem wszystkich ofert złożonych w postępowaniu z oznaczeniem pozycji wycenionych najniżej za dany zakres (kolor czerwony)- załącznik nr 1,

- po drugie, dążąc do wykazania rzekomo rynkowego charakteru cen za poszczególne pozycje, kwestionowane w ofercie przystępującego, odwołujący oparł swoją argumentację na otrzymanych przez niego ofertach podwykonawczych, zupełnie pomijając oferty na te zakresy przedstawione przez przystępującego w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, nie wskazując na jakąkolwiek rzeczową argumentację, która miałaby podważyć możliwość

wykazania za ich pośrednictwem rynkowości zaoferowanej ceny. Tak jak wskazywał przystępujący we wcześniejszej części pisma, odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił z jakich względów rynkowość wyceny za poszczególne zakresy oceniana miałaby być przez pryzmat pozyskanych przez niego ofert podwykonawczych, z jednoczesnym zdyskwalifikowaniem analogicznego środka dowodowego przedstawionego przez przystępującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. W konsekwencji, przedstawione przez odwołującego dowody w tym zakresie stanowią wyłącznie dowód na właściwe odwołującemu możliwości negocjacyjne i oferowane mu warunki współpracy, nie świadcząc o obiektywnej rynkowości wyceny danego zakresu prac na poziomie oczekiwanym przez odwołującego.

Podsumowując, jako że odwołujący przyjął analogiczny schemat argumentacji w odniesieniu do każdej z pozycji kwestionowanych w ofercie przystępującego, już tylko powyższe okoliczności świadczą o wadliwości podniesionych zarzutów, determinując konieczność ich oddalenia i brak możliwości stwierdzenia nierynkowego charakteru ceny zaoferowanej przez przystępującego. Jednocześnie, w dalszej kolejności przystępujący odniesie się w sposób szczegółowy do każdej z pozycji kwestionowanych przez odwołującego w kontekście przedstawianej przez niego argumentacji.

Dostawa ścianki szczelnej

Odwołujący kwestionuje realność zaoferowanej przez przystępującego ceny za dostawę ścianki szczelnej opiewającej na kwotę 18.475.069,21 zł netto (pozycja 5.1. formularza cenowego). Zasadniczym argumentem, który zdaniem odwołującego miałby przemawiać za tą nierealnością jest odniesienie się do wyceny tej pozycji wynikającej z kosztorysu inwestorskiego (33.727.097,64 zł). Odwołujący zupełnie pomija jednak w tym zakresie wycenę tego elementu wykonaną przez innych wykonawców, obrazującą (na przykładzie nawet samego odwołującego), przeszacowanie kosztorysu inwestorskiego i uprawdopodobniającą wycenę wykonaną przez przystępującego. Już sama analiza zaoferowanych przez konkurentów cen za dostawę ścianki szczelnej uprawdopodobnia więc rynkowość ceny zaoferowanej przez Budimex, niwecząc tezy stawiane przez odwołującego. Z powyższego wynika bowiem jednoznacznie, że:

- cena zaoferowana przez Budimex nie jest najniższą ceną za wykonanie tego elementu przewidzianą przez

wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (najniższa cena NDI);

- cena zaoferowana przez Budimex w wartości bezwzględnej jest zbliżona do wyceny zaoferowanej chociażby przez wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o.;
- wykonawcy konkurencyjni tacy jak: NDI, Konsorcjum Roverpol czy Doraco przewidzieli zbliżoną strukturę wyceny ofertowej, przypisując analogiczną wagę poz. 5.1. formularza ofertowego w budowaniu ceny całkowitej;
- wycena żadnego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zbliża się nawet do wyceny zaproponowanej w kosztorysie inwestorskim (33.727.097,64 zł), czyniąc odnośnienie się do tego dokumentu bezprzedmiotowym, nie kreującym poziomu rynkowości za wykonanie tego elementu.

Odwołujący w sposób wybiórczy przywołuje więc dane właściwe dla tego postępowania, dokując wyczeń podporządkowanych pod z góry określoną tezę, próbując wykreować wrażenie znacznego odbiegania wyceny zastosowanej przez Budimex względem wyceny rynkowej. Tymczasem, jak zostało wykazane powyżej wycena zaoferowana przez Budimex jest zbliżona do wyceny konkurentów, odbiegając od średniej cen wszystkich wykonawców (23.455.508,70 zł) o około 20%, co stanowi typowe, rynkowe różnice.

Dalej odwołujący przedstawia ofertę producenta ścianki szczelnej – Arcelor Mittal RPS s.a.r.l. pozyskaną przez odwołującego (opiewającą na kwotę 24.069.074,49 zł) sugerując, że jest to rynkowa i minimalna do osiągnięcia cena związana z tym zakresem prac. Odwołujący zdaje się przy tym sugerować, że jest to jedyny/wiodący producent, który w jakiś sposób miałby dyktować ceny na rynku. W związku z tym, przystępujący w tym kontekście wskazuje, że w ramach dokumentacji postępowania, zamawiający nie określił w sposób wiążący producenta ścianek szczelnych, które miałyby być użyte w ramach postępowania. Ścianki szczelne opisane zostały poprzez opis parametrów do osiągnięcia, które nie są wyłączną właściwością jednego producenta. Co za tym idzie, oferta spółki Arcelor Mittal RPS s.a.r.l. pozyskana przez odwołującego nie ma przełożenia na wycenę dokonywaną przez innych wykonawców, którzy nie są zobligowani do stosowania produktów tego producenta. W konsekwencji, tak jak wskazywał na wstępie przystępujący, treść tej oferty obrazuje jedynie możliwości negocjacyjne i rynkowe właściwe odwołującemu, nie mając odniesienia względem innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Co przy tym istotne, trudno wycenę zaoferowaną przez Arcelor Mittal traktować jako wyznaczającą rynkowe trendy, skoro wycena tego producenta przekracza znacznie średnią cenę zaoferowaną za poz. 5.1. przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nade wszystko, nie sposób uznać zarzutów dotyczących rzekomo nierealistycznego charakteru wyceny poz. 5.1. dokonanej przez przystępującego za prawidłowe uwzględniając, że odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do ofert podwykonawczych, które przystępujący przedstawił

w odniesieniu do tego zakresu w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący, skwitował jedynie jednym zdaniem, że Budimex nie przedstawił w tym zakresie wyjaśnień urealnijających cenę, całkowicie pomijając ich kompleksową analizę. Wbrew twierdzeniom odwołującego, przystępujący uprawdopodobnił cenę zaoferowaną za poz. 5.1. formularza cenowego poprzez przedstawienie oferty podwykonawczej nr 8, co przystępujący omówił na

stronie 29 złożonych przez siebie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tak jak wskazywał przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień i co wynika z przedstawionych do wyjaśnień załączników, otrzymał od podwykonawcy nr 8 ofertę na wykonanie pozycji 5.1 – 5.3. na łączną kwotę 22.100.000,00 zł. Łączna cena za te zakresy zaoferowana przez przystępującego wynosi natomiast: 24.966.536,32 zł netto. Powyższe obrazuje, że wycena zaoferowana przez przystępującego ma charakter rynkowy i uprawdopodobniony. Podział łącznej kwoty za poz. 5.1 – 5.3. na poszczególne pozycje formularza cenowego określony został przez przystępującego w uzgodnieniu z podwykonawcą, na bazie posiadanej wiedzy i doświadczenia, przy uwzględnieniu wyceny otrzymanej od innych podwykonawców, dotyczącej poszczególnych składowych związanych z tym zakresem (vide oferta nr 1 wyodrębniająca cenę za wykonanie poz. 5.2. formularza cenowego) - dowód: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami (w szczególności oferta nr 8 oraz oferta nr 1) – w aktach sprawy.

Całkowicie nieuprawnionymi są w końcu również oceny odwołującego jakoby cena zaoferowana przez przystępującego za poz. 5.1. formularza cenowego wskazywała na zamiar zaoferowania przez przystępującego produktów niezgodnych z wymaganiami dokumentacji (rzekomego zmniejszenia ilości czy skrócenia ścianek szczelnych). Abstrahując od tego, że w żadnym miejscu złożonej oferty czy składanych wyjaśnień przystępujący nie deklarował takiej intencji, a twierdzenia odwołującego w tym zakresie są jedynie jego pomysłem i nieuprawnioną dywagacją, to przede wszystkim skrupulatna analiza wyjaśnień dostarczonych przez przystępującego jednoznacznie przeczy takim insynuacją. Przystępujący zwraca w tym kontekście uwagę na to, że w ramach oferty nr 8, na którą powołał się uprawdopodobniając dokonaną wycenę za ten zakres, zawarto jednoznaczną deklarację o oferowaniu produktów zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego - dowód: fragment oferty nr 8 przedstawionej przez przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny – całość oferty w aktach sprawy.

Reasumując, zarzuty zdefiniowane przez odwołującego oparte są na wybiórczym przywoływaniu okoliczności faktycznych właściwym dla tego postępowania, ignorując uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny przez przystępującego za pośrednictwem ofert podwykonawczych i jej korelacje z wyceną dokonaną przez innych konkurencyjnych wykonawców.

Wykonanie pali.

Odwolujący kwestionuje realność zaoferowanej przez przystępującego ceny za wykonanie pali opiewającej na kwotę 13.081.022,50 zł netto (pozycja 6 formularza cenowego). Zasadniczym argumentem, który zdaniem odwołującego miałby przemawiać za

tą nierealnością jest ponownie odniesienie się do wyceny tej pozycji wynikającej z kosztorysu inwestorskiego (32.933.646,00 zł) i własne możliwości ofertowe. Odwołujący zupełnie pomija jednak w tym zakresie wycenę tego elementu dokonaną przez innych wykonawców, obrazującą (na przykładzie nawet samego odwołującego), przeszacowanie kosztorysu inwestorskiego i uprawdopodobniającą wycenę dokonaną przez przystępującego. Już sama analiza zaoferowanych przez konkurentów cen za wykonanie pali uprawdopodobnia więc rynkowość ceny zaoferowanej przez Budimex, niwecząc tezy stawiane przez odwołującego, albowiem:

- cena zaoferowana przez Budimex nie jest najniższą ceną za wykonanie tego elementu przewidzianą przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia (najniższa cena NDI; ofertą z niższą ceną jest również oferta wykonawcy Porr S.A.);
- cena zaoferowana przez Budimex w wartości bezwzględnej jest zbliżona do wyceny zaoferowanej chociażby przez NDI, Porr czy Strabag;
- wykonawcy konkurencyjni (z wyłączeniem odwołującego i konsorcjum Roverpol) przewidzieli zbliżoną strukturę wyceny ofertowej, przypisując zbliżoną wagę poz. 6 formularza ofertowego w budowaniu ceny całkowitej;
- wycena żadnego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie zbliża się nawet do wyceny zaproponowanej w kosztorysie inwestorskim (32.933.646,64 zł), czyniąc odnośnienie się do tego dokumentu bezprzedmiotowym, nie kreującym poziomu rynkowości za wykonanie danego elementu.

Odwołujący w sposób wybiórczy przywołuje więc dane właściwe dla tego postępowania, dokując wyczeń podporządkowanych pod z góry określoną tezę, próbując wykreować wrażenie znacznego odbiegania wyceny zastosowanej przez Budimex względem wyceny rynkowej. Tymczasem, jak zostało wykazane powyżej wycena zaoferowana przez Budimex jest zbliżona do wyceny konkurentów, odbiegając od średniej cen wszystkich wykonawców (16.782.933,41 zł) o około 20%, co stanowi typowe, rynkowe różnice. Z dokonanego porównania widać też, że odwołujący znacznie przeszacował cenę za wykonanie tego zakresu (będąc jedną z dwóch najdroższych ofert za ten zakres w postępowaniu), przy czym co warto podkreślić nawet wycena zastosowana przez odwołującego znacznie odbiega od założeń kosztorysu inwestorskiego (będąc wyceną niższą o 11.766.917,49 zł). Zaskakującym jest więc, traktowanie przez odwołującego na potrzeby niniejszego odwołania kosztorysu inwestorskiego jako kreującego rynkowe stawki, skoro wycena samego odwołującego w żaden sposób z tym kosztorysem w omawianym zakresie nie koreluje. Dalej odwołujący przedstawia też pozyskane przez siebie oferty podwykonawców (Solitech, Soletanche, Aarsleff) wskazując, że są to kluczowi na rynku podwykonawcy i sugerując, że wycena przez nich dokonana winna być traktowana jako wyznacznik rynkowych standardów. Ponownie przystępujący wskazuje więc, że treść ofert podwykonawczych pozyskanych przez

odwołującego obrazuje jedynie możliwości negocjacyjne i rynkowe właściwe odwołującemu, nie mając odniesienia względem innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Co przy tym istotne, trudno wycenę zaoferowaną przez tych wykonawców traktować jako rynkowe trendy, skoro ich średnia wycena wskazywana przez odwołującego (21.025.639,80 zł) przekracza wycenę poz. 6 zastosowaną praktycznie przez wszystkich wykonawców w tym postępowaniu (poza odwołującym i konsorcjum Roverpol). Wniosek, który miałby wypływać z ofert podwykonawców przedstawionych przez odwołującego miałby w praktyce oznaczać, że właściwie wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia nie znają uwarunkowań rynkowych i dokonali błędnego oszacowania przedmiotu zamówienia, co już samo w sobie obrazuje absurdalność argumentacji odwołującego. W tym kontekście warto podkreślić jest też to, że wszystkie oferty podwykonawcze, które przedstawił odwołujący pochodzą od dużych podmiotów, samodzielnie ubiegających się o udzielenie zamówień w ramach inwestycji hydrotechnicznych i standardowo będących bezpośrednimi konkurentami tych wykonawców, którzy ubiegają się o bieżące zamówienie. Innymi słowy, w ocenie przystępującego oparcie wyceny odwołującego na ofertach ww. podwykonawców determinuje wysokie i zdublowane narzuty i koszty pośrednie, będące właściwe dla dużych organizacji, które wyeliminowane mogą zostać przy współpracy z mniejszymi, wyspecjalizowanymi podwykonawcami, których strategią nie jest samodzielne składanie ofert w postępowaniach. Nade wszystko, nie sposób uznać zarzutów dotyczących rzekomo nierealistycznego charakteru wyceny poz. 6 dokonanej przez przystępującego za prawidłowe uwzględniając, że odwołujący w żaden sposób nie odniósł się do ofert podwykonawczych, które przystępujący przedstawił w odniesieniu do tego zakresu

w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odwołujący, skwitował jedynie jednym zdaniem, że oferty podwykonawców Budimex są niewiarygodne i nie zostało wykazane w jaki sposób są w stanie zaoferować przystępującemu tak korzystne ceny. Co w tym kontekście warto podkreślić, odwołujący dyskwalifikuje oferty przedstawione przez przystępującego jako niewiarygodne, pomimo że konstrukcja ofert, które sam przedstawia celem uprawdopodobnienia swoich twierdzeń jest analogiczna. I tak, jak wskazywał przystępujący we wcześniejszej części pisma w odniesieniu do ofert podwykonawczych mających znaczenie w tym punkcie:

- załącznik nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona oferta zawiera cenę za poszczególne asortymenty prac wraz z ich wyczeniem opartym o ilości i ceny jednostkowe;
- załącznik nr 8 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona oferta zawiera cenę za poszczególne asortymenty prac wraz z omówieniem zakresu oferty i jej założeń.

Konstrukcja ofert przedstawionych przez odwołującego jest zbliżona, tj. oferta Solitech – wskazana cena globalna za wykonanie zakresu wraz z krótkim omówieniem; oferta

Solentanche – wskazana cena globalna za wykonanie zakresu wraz z podziałem na cztery składowe; oferta Aarsleff –

wskazana cena globalna za wykonanie zakresu wraz z omówieniem. W konsekwencji, obrazuje to stosowanie przez odwołującego „podwójnych standardów” i autorytarne (niedowiedzione) uznawanie niektórych podwykonawców za kluczowych i wiarygodnych, z jednoczesnym zanegowaniem takiego przymiotu innych podwykonawców funkcjonujących na tym samym rynku.

Przystępujący uprawdopodobnił cenę zaoferowaną za poz. 6 formularza cenowego poprzez przedstawienie oferty podwykonawczej nr 1 oraz nr 8, co przystępujący omówił na stronie 30 złożonych przez siebie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tak jak wskazywał przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień i co wynika z przedstawionych do wyjaśnień załączników, otrzymał od podwykonawcy nr 1 ofertę na wykonanie pozycji 6 na poziomie 12.426.971,38 zł oraz od podwykonawcy nr 8 na poziomie 12.400.000,00 zł. Obie oferty wycenione zostały przez podwykonawców niezależnie od siebie na zbliżonym poziomie co również uprawdopodobnia realność zaoferowanych przez nich warunków współpracy. Powyższe okoliczności uprawdopodobniają z kolei cenę założoną przez przystępującego za wykonanie poz. 6 (13.081.022.50 zł netto), która pokrywa koszty bezpośrednie wykonania tego zakresu, gwarantując też możliwość alokacji w tej pozycji kosztów pośrednich i zysku dowód: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami (oferta nr 8 oraz nr 1) – w aktach sprawy.

Całkowicie nieuprawnionymi są w końcu również oceny odwołującego jakoby cena zaoferowana przez przystępującego za poz. 6 formularza cenowego wskazywała na zamiar zaoferowania przez przystępującego produktów niezgodnych z wymaganiami dokumentacji (o rzekomo odmiennych parametrach). Abstrahując od tego, że w żadnym miejscu złożonej oferty czy składanych wyjaśnień przystępujący nie deklarował takiej intencji, a twierdzenia odwołującego w tym zakresie są jedynie jego pomysłem i nieuprawnioną dywagacją, to przede wszystkim skrupulatna analiza wyjaśnień dostarczonych przez przystępującego jednoznacznie przeczy takim insynuacjom. Przystępujący ponownie zwraca w tym kontekście uwagę na to, że w ramach oferty nr 8, na którą powołał się uprawdopodobniając dokonaną wycenę za ten zakres, zawarto jednoznaczną deklarację o oferowaniu produktów zgodnych z opisem przedmiotu zamówienia dokonanym przez zamawiającego. Dodatkowo w przypadku oferty nr 1 przedstawiony został szczegółowy zakres prac objętych ofertą, w ramach którego określone zostały konkretne parametry pali, względem których odwołujący nie formułował jakichkolwiek uwag. Celem uprawdopodobnienia swoich zarzutów dotyczących rzekomej wyceny przez przystępującego odmiennego zakresu prac niż wynikających z dokumentacji, odwołujący powołał się dodatkowo na okoliczność, że jeśli otrzymał wycenę za wykonanie poz. 6 na poziomie niższym niż oferowana przez podwykonawców Solitech, Soletanche, Aarsleff (tj. niższym niż ok. 20 mln), to wówczas

oferty te obejmowały roboty ziemne. Na potwierdzenie tej okoliczności, odwołujący przedstawił ofertę spółki Keller opiewającą na kwotę 17.927.000,00 zł. Paradoksalnie rzeczona argumentacja i przedstawiona przez odwołującego oferta podwykonawcy Keller niweczy jednak jego dowodzenie o rzekomej wycenie przez przystępującego rozwiązań zamiennych względem dokumentacji. Oferta podwykonawcy Keller obrazuje bowiem, że jeśli podwykonawca nie oferuje rozwiązań opisanych w dokumentacji postępowania, w związku, z którym otrzymuje zapytanie ofertowe, to wprost na to wskazuje w swojej ofercie, opisując rozwiązanie zamienne. W przypadku omówionych powyżej ofert przedstawionych przez przystępującego w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, uprawdopodobniających zaoferowaną cenę za wykonanie poz. 6, żadne takie wskazanie się nie znajduje. Wręcz przeciwnie – tak jak wykazane zostało powyżej – oferty te zawierają deklarację o zapoznaniu się z dokumentacją i respektowaniu jej postanowień.

Reasumując, zarzuty zdefiniowane przez odwołującego oparte są na wybiórczym przywoływaniu okoliczności faktycznych właściwym dla tego postępowania, ignorując uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny przez przystępującego za pośrednictwem ofert podwykonawczych i jej korelację z wyceną dokonaną przez innych konkurencyjnych wykonawców.

Wykonanie kanalizacji i układanie kabli.

Z uwagi na zbliżony charakter poz. 14 „Wykonanie kanalizacji” oraz poz. 15 „Układanie kabli” i ich wzajemne powiązanie oraz ich przyporządkowanie do tej samej branży, tj. branży elektroenergetycznej, przystępujący omówi zarzuty formułowane przez odwołującego względem wyceny tych pozycji w sposób łączny.

Przede wszystkim, abstrahując od omówionej już kwestii braku podważenia przez odwołującego ceny całkowitej zaoferowanej przez przystępującego (co determinuje brak możliwości wdrożenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp), w tym miejscu przystępujący dodatkowo zaznacza, że odwołujący kwestionując wycenę poz. 14 i 15 formularza cenowego w żaden sposób nie wykazał istotności tych części w kontekście ceny całkowitej. W ocenie przystępującego brak takiego charakteru tych pozycji automatycznie dyskwalifikuje zarzuty oparte o dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, nie mogąc co do samej zasady (bez względu na ich merytoryczną bezzasadność) być podstawą wdrożenia tego przepisu, tak jak chciałby tego odwołujący. W tym kontekście przystępujący zaznacza, że ustawodawca w ramach art. 224 ust. 1 ustawy Pzp referuje wyraźnie do „ceny lub kosztu” oraz „części składowej ceny lub kosztu”. W konsekwencji, wydaje się, że intencją ustawodawcy było umożliwienie weryfikacji, a następnie możliwości wdrożenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp, w odniesieniu do takiej części wyceny jako części składowej, która cechuje się pewną „tożsamością”, pozwalającą na jej wyodrębnienie i przypisanie jej waloru istotności w kontekście ceny ofertowej. W konsekwencji, podstawą analizy i wniosku o rzekomo rażąco

niskiej cenie w ofercie wykonawcy, mogłyby być co najwyżej ceny jednostkowe przy ich samodzielnym istotnym znaczeniu dla danej realizacji, względnie ceny składające się na jedną samodzielną grupę robót. Innymi słowy, takiemu badaniu mogłyby podlegać ceny jednostkowe (względnie ceny jednostkowe grup robót), które sugerowałyby niekompletną, nieprawidłową wycenę elementu/grupy elementów powiązanych tematycznie i technologicznie, który w tej cenie jednostkowej się znajduje, a jednocześnie samodzielnie przekładałyby się w istotnym stopniu na cenę całkowitą, czyniąc ją nierealistyczną.

Biorąc pod uwagę powyższe, a także fakt, że kluczowym elementem definicji istotnej części składowej jest wpływ danego składnika cenotwórczego na należne wykonawcy wynagrodzenie, odwołujący podnosząc zarzuty względem wyceny poz. 14 i 15 formularza cenowego, celowo unika referowania do wpływu tych cen na budowanie ceny całkowitej. Tak poszczególne ceny jednostkowe kwestionowane przez odwołującego, jak i grupa (dział) robót, do których przynależą (branża elektroenergetyczna), nie prezentują bowiem znaczącego wpływu w kontekście ceny całkowitej zaoferowanej przez przystępującego, nie przekraczając samodzielnie 0,5%, a łącznie jako grupa robót elektroenergetycznych wynosząc zaledwie 1,20% w skali ceny całkowitej. Mało tego, kwestionowane pozycje oraz wycena branży elektroenergetycznej w zbliżony sposób kwalifikowana była pod kątem „istotności” tak przez innych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, jak i przez samego zamawiającego w kosztorysie inwestorskim. Zarówno konkurencyjni wykonawcy, jak i zamawiający znaczenie całej branży elektroenergetycznej w procesie budowania ceny ofertowej oznaczali na poziomie ok. 2 -3%; wycena poz. 14 i 15 formularza cenowego oscylowała zaś w kontekście ceny całkowitej w granicach maksymalnie 1% w ofertach konkurencyjnych wykonawców, wynosząc w przypadku kosztorysu inwestorskiego odpowiednio 0,99% oraz 0,64% - dowód: zestawienie z uwzględnieniem wszystkich ofert złożonych w postępowaniu z oznaczeniem znaczenia poszczególnych pozycji w kontekście budowania ceny ofertowej każdej z ofert – załącznik nr 1.

Argumentując o rzekomo nierealistycznym poziomie wyceny poz. 14 i 15 formularza cenowego, odwołujący ponownie stosuje analogiczny schemat argumentacji jak w przypadku pozostałych kwestionowanych przez siebie pozycji, tj. odnosi się do wyliczeń prezentujących różnice względem innych ofert/kosztorysu inwestorskiego; powołuje się na własne oferty podwykonawców oraz „z góry” dyskwalifikuje ofertę podwykonawcy przedstawionego przez przystępującego w toku składania wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Odnosząc się więc w pierwszej kolejności do wyliczeń przedstawionych przez odwołującego (pkt 85), odwołujący wyprowadza z nich wnioski podporządkowane pod swoją tezę, zupełnie pomijając to, co równoległe z nich wynika, tj.:

- w przypadku wyceny poz. 14 (kanalizacje kablowe), ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców cechują się dużym zróżnicowaniem, przy czym cena zaoferowana przez Budimex koreluje z wyceną dokonaną chociażby przez wykonawcę Doraco (globalnie sklasyfikowanego na 5 pozycji spośród ofert nie podlegających odrzuceniu);
 - w przypadku poz. 15 (układanie kabli), ceny zaoferowane przez poszczególnych wykonawców cechują się dużym zróżnicowaniem, znacznie przewyższając wręcz kosztorys inwestorski założony przez zamawiającego;
 - w ujęciu %, znaczenie poz. 14 i 15 formularza cenowego w kontekście budowania ceny ofertowej przewidziane przez Budimex i zamawiającego w kosztorysie inwestorskim są zbliżone, uprawdopodobniając przyjętą przez Budimex strukturę wyceny, tj.:
- a) oferta Budimex: kanalizacje kablowe: 0,42%, układania kabli: 0,08%; łącznie branża elektroenergetyczna: 1,20%;
- b) kosztorys inwestorski: kanalizacje kablowe: 0,99%, układania kabli: 0,64%; łącznie branża elektroenergetyczna: 2,22%.

W ocenie przystępującego, różnice w wycenie omawianych pozycji z branży elektroenergetycznej wynikały z wzajemnego zązębiania się prac poszczególnych pozycji składających się na tę branżę, przy jednoczesnym braku jednoznacznej kwalifikacji poszczególnych elementów do konkretnej pozycji formularza cenowego (brak narzucenia ujęcia poszczególnych elementów związanych z okablowaniem w konkretnej pozycji formularza cenowego). W związku z tym, pozycja „układanie kabli” literalnie odnosząc się wyłącznie do kosztów usług z tym związanych, nie narzucała przyporządkowania ceny samego materiału do tej pozycji, który mógł zostać ujęty w poz. 14 – kanalizacje kablowe (stąd też obie pozycje przystępujący omawia w sposób łączny).

Odwołujący dążąc do wykazania nierealistycznego poziomu wyceny, odwołuje się ponownie do ofert swoich podwykonawców (obrazujących jego możliwości rynkowe), dyskwalifikując i nie poddając analizie oferty podwykonawcy przedstawionego przez przystępującego w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przystępujący uprawdopodobnił cenę zaoferowaną łącznie za branżę elektroenergetyczną oraz sanitarną poprzez ofertę podwykonawcy nr 6, co przystępujący omówił na stronie 30-31 złożonych przez siebie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Tak jak wskazywał przystępujący w ramach złożonych wyjaśnień i co wynika z przedstawionych do wyjaśnień załączników, otrzymał od podwykonawcy nr 6 ofertę na wykonanie branży elektroenergetycznej i sanitarnej opiewającą na łączną kwotę 4.151.224,00 zł netto. Łączna cena za te zakresy zaoferowana przez przystępującego wynosi natomiast: 4.369.709,86 zł netto. Powyższe obrazuje, że wycena zaoferowana przez przystępującego ma charakter rynkowy i uprawdopodobniony, przy czym co istotne z treści oferty wynika ujęcie w niej wszystkich elementów wymaganych

dokumentacją, w tym zarówno dostawa, jak i montaż kabla. Podział łącznej kwoty za wykonanie poszczególnych elementów składających się na branżę elektroenergetyczną i sanitarną na poszczególne pozycje formularza cenowego określony został przez przystępującego w uzgodnieniu z podwykonawcą, na bazie posiadanej wiedzy i doświadczenia, przy czym co istotne, wobec treści wezwania (co szeroko omawiane było we wstępnej części pisma), przystępujący nie był obowiązany do dokumentowania i pozyskiwania odrębnych ofert dla każdej z pozycji, będąc uprawnionym do przedstawienia oferty obejmującej całą branżę - dowód: wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wraz z dowodami w postaci oferty nr 6 – w aktach sprawy.

W ocenie przystępującego oferty przedstawione dla tego zakresu przez odwołującego nie kreują rynkowego poziomu cen do osiągnięcia za ten zakres, nie będąc w konsekwencji miarodajnym punktem odniesienia. Odwołujący przyjął bowiem

schemat pozyskiwania ofert odrębnie dla każdej pozycji, odrębnie dla materiału i usługi. Powyższe determinuje wyższe koszty pośrednie i brak możliwości rabatowania w takiej skali, który możliwy jest do uzyskania przy zleceniu podwykonawcy większych zakresów, tak jak uczynił przystępujący, zlecając podwykonawcy nr 6 kompleksową realizację dwóch branż.

Reasumując, zarzuty zdefiniowane przez odwołującego nie dotyczą istotnej części składowej, nie mając wpływu na cenę całkowitą i nie mogą co do samej zasady stanowić uprawdopodobnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Ponadto, zarzuty odwołującego w tym zakresie oparte są na wybiórczym przywoływaniu okoliczności faktycznych właściwym dla tego postępowania, ignorując uprawdopodobnienie zaoferowanej ceny przez przystępującego za pośrednictwem oferty podwykonawcy, którego rzetelność przystępujący uprawdopodobniał dodatkowo poprzez wspólną historię kontraktową (do czego odwołujący się nie odniósł dokonując automatycznej dyskwalifikacji podwykonawcy przedstawionego przez przystępującego).

Przystępujący wykonawca (uczestnik) NDI S.A. złożył pismo procesowe (w zakresie zarzutów 3-4 odwołania), w którym wskazał, co następuje.

Ad. zarzut naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp (pkt 98-130 uzasadnienia odwołania).

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą uzupełnionego dokumentu Formularza Cenowego, którego wzór stanowił Załącznik nr 2a do SWZ. W dokumencie w pozycji nr 8 należało wycenić koszty "wyposażenia nadbrzeża". Pozycja nr 8 zawierała (10) dziesięć podpozycji nr 8.1-8.10, w których należało wskazać wartość poszczególnych elementów wyposażenia. Pozycja nr 8 miała wskazywać wartość stanowiącą sumę podpozycji od nr 8.1 do nr 8.10.

W Formularzu Cenowym NDI w trakcie uzupełniania dokumentu doszło do omyłki polegającej na przeniesieniu z pozycji 8 do pozycji nr 8.1 formuły „auto sumowanie”. W konsekwencji cena pozycji 8.1. zawierała zsumowanie cen z podpozycji nr 8.2. do nr 8.10. Z kolei w pozycji nr 8 przepisano "odręcznie" z szacunków wykonawcy wartość określoną dla całości prac przewidzianych dla wyposażenia nadbrzeża (która następnie miała zostać rozdzielona na poszczególne podpozycje). NDI pismem z 19 kwietnia 2024 r. poinformowało zamawiającego o omyłce w Formularzu Cenowym w pozycji 8.1. Zamawiający, 24 kwietnia 2024 r. poinformował NDI o dokonaniu poprawy wyżej wskazanej omyłki w jego ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego (i) dostrzeżony przez zamawiającego błąd nie stanowi "innej omyłki", a zatem (ii) zamawiający nie miał uprawnienia do poprawienia zaistniałej w ofercie NDI omyłki. Odwołujący stoi na stanowisku, że poprawa w Formularzu Cenowym NDI powinna polegać na zmianie pozycji nr 8, a nie pozycji nr 8.1, poprzez zmianę jej wartości w wyniku zsumowania pozycji nr 8.1 - nr 8.10. Odwołujący formułuje tezę, że w postępowaniu doszło do niedozwolonych negocjacji cenowych pomiędzy NDI, a zamawiającym. Odwołujący podkreśla, że w przypadku wprowadzenia tego rodzaju zmian do Formularza Cenowego NDI doszłoby do zmiany globalnej ceny oferty NDI, która uplasowałaby się na (5) piątym miejscu w rankingu ofert (obecnie znajduje się na pozycji (2) drugiej).

NDI nie podziela stanowiska odwołującego wskazując, iż jest ono całkowicie bezzasadne.

NDI w pierwszej kolejności pragnie wskazać na wewnętrzną sprzeczność odwołania, która powoduje, że jego uwzględnienie będzie prowadzić do obowiązku podjęcia przez zamawiającego działań sprzecznych z ustawą Pzp. Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich "niewłaściwe zastosowanie" oraz art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez "zaniechanie jego zastosowania". Jednocześnie w żądaniach odwołania, odwołujący formułuje wniosek o odrzucenie oferty odwołującego z postępowania (lecz brak wskazania podstawy prawnej odrzucenia). W konsekwencji uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu podjęcie działań zgodnie z żądaniami w nim sformułowanymi będzie obligować zamawiającego do zastosowania wobec oferty NDI przesłanki odrzucenia nieznaną ustawie Pzp. Odwołujący nie wnosi o unieważnienie czynności poprawy innej omyłki w Formularzu Cenowym NDI, jak również nie żąda zobowiązania zamawiającego do poprawy pozycji 8 Formularza Cenowego NDI w określony sposób. Zarzuty odwołania nie korespondują zatem z żądaniami odwołującego. Już z tego względu odwołanie w tym zakresie powinno zostać oddalone.

NDI wskazuje, że w zarzucie nr 3 odwołujący zarzuca zamawiającemu "niewłaściwe zastosowanie" art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, jednakże w uzasadnieniu odwołania nie wskazuje w jaki sposób prawidłowo, zdaniem odwołującego, przepis powinien zostać zastosowany. Z uzasadnienia odwołania można wywnioskować, że odwołujący kwestionuje

sam fakt uznania omyłki w Formularzu Ofertowym NDI jako "innej omyłki" (w ocenie odwołującego jest to "omyłka rachunkowa"). Uzasadnienie odwołania nie koresponduje zatem z brzmieniem sformułowanego zarzutu i de facto nie potwierdza jego zasadności.

Odwołujący przeprowadza w uzasadnieniu odwołania szeroki wywód na temat tego, że zamawiający nie mógł dokonać poprawy omyłki w Formularzu Cenowym NDI, gdyż: (i) przedmiotowy błąd nie był łatwo zauważalny, (ii) zamawiający nie dysponował wszystkimi danymi niezbędnymi do dokonania jej poprawy, oraz (iii) dokonanie poprawy prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty NDI.

Argumenty odwołującego są jednak nieuzasadnione, albowiem opierają się na wrywkowej i selektywnej analizie stanu faktycznego. Z całokształtu sprawy wynikają natomiast zgola odmienne wnioski.

Oczywistość omyłki.

Odwołujący formułuje wniosek, że omyłka w Formularzu Cenowym NDI nie była dostrzegalna "gołym okiem", a więc nie mogła zostać poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Takie twierdzenie jest jednak chybione. Bez dokonywania szczegółowych analiz czy obliczeń zamawiający mógł dostrzec przedmiotową niezgodność. Pozycje nr 8 oraz nr 8.1 opiewały na kwoty przekraczające ponad 11 mln złotych, a więc wartość pozycji była bardzo podobna (różnica to kwota ok. 200.000 zł). Zamawiający weryfikując wartość podpozycji nr 8.1-8.10 mógł łatwo stwierdzić, że sumarycznie przekraczają one wartość pozycji nr 8, a zatem w jednej z pozycji wskazano niewłaściwą wartość. W związku z tym, wbrew stanowisku odwołującego, omyłka w Formularzu Cenowym NDI miała charakter łatwo dostrzegalny.

Dysponowanie przez zamawiającego danymi niezbędnymi do poprawy omyłki.

Odwołujący stoi na stanowisku, że zamawiający nie posiadał danych niezbędnych do dokonania modyfikacji innej omyłki w Formularzu Cenowym NDI, a więc nie miał możliwości jej samodzielnej poprawy, bez uprzedniego uzyskania informacji od przystępującego w jaki sposób ją poprawić. Zdaniem odwołującego uniemożliwia to zastosowanie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w przedmiotowej sprawie. Jednocześnie odwołujący uważa, że pismo NDI skierowane do zamawiającego 19 kwietnia 2024 r., a następnie dokonanie przez zamawiającego 24 kwietnia 2024 r. poprawy innej omyłki w Formularzu Cenowym przystępującego należy kwalifikować jako niedozwolone na gruncie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp negocjacje cenowe.

NDI nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego.

Po pierwsze, zamawiający samodzielnie, na podstawie obliczeń matematycznych mógł łatwo sprawdzić prawdziwość i prawidłowość stanowiska NDI. Zamawiający na podstawie wykonanych działań uznał, że faktycznie doszło do zsumowania pozycji w niewłaściwym miejscu Formularza Cenowego, a w sprawie zachodzą przesłanki dokonania poprawy innej

omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Prawidłowa wartość pozycji nr 8.1 Formularza Cenowego wymagała wykonania następującego i prostego działania matematycznego: [pozycja nr 8.1] = [pozycja nr 8] - [suma pozycji nr 8.2 - nr 8.10].

Wszystkie dane niezbędne do wykonania obliczeń znajdowały się w Formularzu Cenowym dołączonym do oferty NDI. Zamawiający na ich podstawie miał możliwość ustalenia (i) gdzie znajduje się źródło dostrzeganego nieprawidłowości oraz (ii) w jaki sposób tę nieprawidłowość poprawić. W tym zakresie nie były potrzebne żadne dodatkowe wartości.

Po drugie, wbrew formułowanym przez odwołującego tezom w niniejszej sprawie nie doszło do niedozwolonych na gruncie ustawy Pzp negocjacji ceny oferty, gdyż zamawiający na podstawie danych zawartych w Formularzu Cenowym NDI był w stanie dokonać poprawy innej omyłki. O niedozwolonych negocjacjach moglibyśmy mówić w sytuacji, w której dana pozycja w ogóle nie zostałaby wyceniona albo gdyby nie istniała możliwość ustalenia jej wartości na podstawie obliczeń matematycznych innych wartości z Formularza Cenowego.

Po trzecie, wbrew twierdzeniom odwołującego w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się możliwość wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w jaki sposób należy poprawić omyłkę w jego ofercie, jeśli może zostać ona dokonana na więcej niż jeden sposób. Skoro Izba dopuszcza możliwość poprawienia omyłki na podstawie uzyskanej od wykonawcy odpowiedzi, to zaakceptować należy również wyjaśnienia wykonawcy, który z własnej inicjatywy wskazuje zamawiającemu kierunek poprawy jego oferty. Wbrew twierdzeniom odwołującego - fakt, że przedmiotowa omyłka może być poprawiona na więcej niż jeden sposób świadczy o tym, że nie ma ona charakteru omyłki rachunkowej. Omyłka rachunkowa ma miejsce, gdy istnieje tylko jeden sposób jej poprawy (np. właściwe zsumowanie, przemnożenie itp.). W analizowanym stanie faktycznym przedmiotową omyłkę dało się poprawić na kilka sposobów:

- poprawa pozycji nr 8 - zgodnie ze stanowiskiem odwołującego;
- poprawa pozycji nr 8.1 - zgodnie ze stanowiskiem NDI;
- poprawa pozycji nr 8.1 - nr 8.10 - poprzez ich proporcjonalne zmniejszenie, tak aby sumarycznie wskazywały wartość określoną w pozycji nr 8.

Skoro zatem w przedmiotowej sprawie dostrzeżona nieprawidłowość nie może zostać uznana jako omyłka rachunkowa, to zamawiający mógł (i) albo uznać ją jako "inną omyłkę" (ii) albo uznać, że oferta NDI podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp (przystępujący niezgodnie z warunkami zamówienia uzupełnił Formularz Cenowy).

Odwołujący nie sformułował natomiast zarzutu naruszenia przez zamawiającego przywołanej powyżej regulacji (art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp), a zatem na kanwie przedmiotowego stanu faktycznego działania zamawiającego należy uznać za zgodne z przepisami ustawy Pzp.

Nieistotność dokonanej poprawy omyłki.

Poprawa pozycji 8.1 Formularza Cenowego NDI pozostawała bez wpływu na cenę oferty wskazaną w Formularzu Ofertowym. Nie ingerowała zatem w żaden sposób w deklarację wykonawcy odnoszącą się do wysokości oferowanej ceny za wykonanie zamówienia. Co ważne, zamawiający na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia przewidział ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy. Płatność za wykonane prace powinna następować zgodnie ze wzorem umowy po zakończonych etapach prac, a za wykonanie poszczególnych robót (vide § 5 wzoru umowy). Rozliczenia będą dokonywane na podstawie Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego, który zostanie przygotowany przez

wykonawcę już po podpisaniu umowy. Wykonawca przygotowując Harmonogram będzie zobowiązany do uwzględnienia wysokości zaferowanej ceny wskazanej w Formularzu Ofertowym, który stanowić będzie załącznik do umowy (vide § 2 ust. 4 wzoru umowy). W konsekwencji z punktu widzenia realizacji umowy oraz dokonywanych w ramach wykonanych prac rozliczeń, poprawiona niezgodność w Formularzu Cenowym ma charakter całkowicie nieistotny.

Zamawiający w pkt 21.1. SWZ wskazał, że: „Wykonawca zobowiązany jest określić cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, poprzez wskazanie w Formularzu ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ) ceny ofertowej (netto i brutto)”. Podobnie także w pkt 21.6.1 SWZ: „Cena ryczałtowa pokrywa wszelkie zobowiązania Wykonawcy objęte Kontraktem oraz wszystko potrzebne dla właściwego wykonania

i ukończenia robót oraz usunięcia wszelkich wad”.

Skoro to cena ryczałtowa określona w Formularzu Ofertowym stanowi przedmiot badania i oceny zamawiającego, to zmiana w pozycji 8.1 Formularza Cenowego nie może zostać uznana za "istotną" zmianę treści oferty. Formularz Cenowy nie stanowił dokumentu, na podstawie którego zamawiający dokonywał oceny zobowiązania wykonawcy pod kątem np. kryterium oceny ofert. Formularz Cenowy miał zatem charakter poglądowy, weryfikacyjny. Zgodnie z § 9 ust. 18 Umowy, wykonawca w terminie 7 dni roboczych po zawarciu umowy, zobowiązany jest przekazać zamawiającemu tabelę elementów rozliczeniowych (TER), będącą rozwinięciem i uszczegółowieniem Formularza Cenowego wykonawcy. Powyższe dodatkowo potwierdza, że informacje zawarte w Formularzu Cenowym nie mają charakteru bezwzględnie obowiązującego i stanowią jedyne dokument poglądowy, dodatkowy.

Zgodnie z przywołaną powyżej regulacją wzoru umowy, jeśli w TER będą pojawiać się błędy lub niezgodności, to zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do poprawienia dokumentu wedle wskazówek zamawiającego. Skoro zatem zamawiający posiada uprawnienie do tego, aby polecić wykonawcy wprowadzenie zmian w TER (przygotowanym w oparciu o Formularz Cenowy) na etapie realizacji umowy, to nic nie stoi na przeszkodzie, aby stosowne zmiany wprowadzić jeszcze w trakcie trwającego postępowania przetargowego. Dokonana przez zamawiającego poprawa omyłki w Formularzu Cenowym

NDI nie zmieniła zakresu zobowiązania NDI wynikającego z oferty. Przede wszystkim nie zmieniła się wysokość zaferowanej przez NDI ceny, a określony przez zamawiającego ranking ofert nie uległ zmianie. Z uwagi na to, że przedmiotem oceny ofert jest cena globalna wskazana

w Formularzu Ofertowym, w oparciu o którą będą dokonywane rozliczenia na etapie realizacji zamówienia, zakres zobowiązania NDI nie uległ zmianie. Nie doszło w tej sytuacji do zmiany treści oferty oraz oświadczenia NDI co do sposobu wykonania zamówienia (w tym przypadku wysokości oferowanej ceny za realizację przedmiotu zamówienia).

Ad zarzut naruszenia art. 224 ust. 6 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp (pkt 131 - 184 uzasadnienia odwołania).

Odwołujący zarzuca NDI, że przedstawione wyjaśnienia są ogólnikowe i lakoniczne oraz nie wykazują w sposób dostateczny, w jakiś sposób NDI wyliczyła wartość zaferowanej ceny.

Takie twierdzenie odwołującego nie znajduje jednak potwierdzenia w korespondencji prowadzonej pomiędzy NDI oraz zamawiającym w zakresie wyjaśnień ceny.

Po pierwsze, przedstawione przez NDI wyjaśnienia z 10 maja 2024 r. składały się z dwóch części: (i) jawnej, w której w sposób przekrojowy odniesiono się do czynników pozwalających na obniżenie ceny oferty; oraz (ii) zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa, gdzie NDI w sposób bardzo szczegółowy odniosła się do kluczowych elementów kosztotwórczych. Do wyjaśnień dołączono kilkadziesiąt dowodów na potwierdzenie niemalże każdej okoliczności wskazanej w wyjaśnieniach. 10 czerwca 2024 r. z kolei NDI przedstawiło szczegółowe wyliczenia oraz dowody dotyczące wyceny pozycji nr 7 Formularza Cenowego ("Roboty żelbetowe") oraz dodatkowe dowody. W takim stanie rzeczy nie sposób obiektywnie uznać, że wyjaśnienia NDI miały charakter blankietowy, jak zarzuca to odwołujący.

Po drugie, odwołujący kwestionuje również wyjaśnienia NDI z 10 maja 2024 r. w zakresie w jakim odnoszą się one do doświadczenia i pozycji NDI na rynku. Przystępujący nie zgadza się z tego rodzaju retoryką. Wskazać bowiem należy, że spółki z grupy NDI specjalizują się i skupiają swoją działalność na pracach związanych z budową obiektów hydrotechnicznych (w przeciwieństwie np. do odwołującego, którego głównym obszarem działalności są prace drogowe, a w Polsce partner konsorcjum realizuje raptem kilka kontraktów, a lider nie zrealizował do tej pory żadnego). Taka sytuacja powoduje, że NDI może poszczycić się znacznie szerszym zakresem wiedzy oraz doświadczenia, bardziej rozbudowaną siecią biznesową w tej branży czy też dysponowaniem własną kadrą oraz sprzętem niezbędnym do wykonania zamówienia. Okoliczności te, wbrew formułowanym twierdzeniom odwołującego, mają istotne znaczenie z punktu widzenia kalkulacji ceny oferty. Firmy działające od kilkunastu lat w branży hydrotechnicznej mają możliwość znacznie lepiej ocenić ryzyka

kontraktowe oraz wdrożyć odpowiednie środki zaradcze celem ich uniknięcia. Optymalizacja ryzyk bezpośrednio wpływa na koszty wykonania zamówienia.

Po trzecie, odwołujący zarzuca NDI, że w złożonych wyjaśnieniach brak jest informacji czy podwykonawcy NDI będą przestrzegać zasad dotyczących wysokości minimalnego wynagrodzenia o pracę.

Przystępujący wyjaśnia, że oferty podwykonawców dołączone do wyjaśnień złożonych w postępowaniu zawierają deklaracje wykonania prac zgodnie z wymaganiami wynikającymi z dokumentacji postępowania, w której znalazły się

nawiązania do przedmiotowych przepisów. NDI nie widzi potrzeby, aby w wyjaśnieniach czy też w samych ofertach podwykonawców powielać wszystkie wymagania zamawiającego zawarte w SWZ. W wyjaśnieniach z 10 maja 2024 r. znajduje się oświadczenie, z którego w sposób jasny wynika, że wszyscy pracownicy fizyczni zaangażowani do realizacji zamówienia będą zatrudniani na podstawie umów o pracę. Zatem, formułowane przez odwołującego wnioski są zbyt daleko idące i nie wynikają z dokumentacji znajdującej się w aktach sprawy. W ocenie przystępującego fakt budowania uzasadnienia odwołania w oparciu o wyrwane z kontekstu szczegóły i okoliczności stanowiące wyraz nadinterpretacji informacji zawartych w wyjaśnieniach NDI w zakresie sposobu kalkulacji ceny świadczy o tym, że odwołujący nie posiada de fato żadnego miarodajnego argumentu, który potwierdzałby, że zaoferowana przez NDI cena nosi znamiona rażąco niskiej.

Rzekomy brak możliwości zastąpienia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny kalkulacjami poczynionymi przez podwykonawców (pkt 152-158 uzasadnienia odwołania). Odwołujący stoi na stanowisku, że wyjaśnienia NDI w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty z 10 maja 2024 r. oraz 10 czerwca 2024 r. nie potwierdzają, że zaoferowana przez NDI cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej. Odwołujący swoje stanowisko argumentuje faktem,

że kalkulacja ceny NDI opiera się w znacznej mierze na ofertach podwykonawców. Odwołujący kwestionuje to, że oferty handlowe dołączone do wyjaśnień zawierają informacje jedynie na temat globalnej, całościowej wyceny realizacji prac przez podwykonawców. W ocenie odwołującego do każdej oferty podwykonawczej należałoby dołączyć szczegółową kalkulację (R, M, S). Niedołączenie tego rodzaju kalkulacji, zdaniem odwołującego, odbiera przedstawionym przez NDI dokumentom wiarygodność.

Również i ten argument odwołującego w stosunku do wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest całkowicie chybiony.

Po pierwsze, oferty podwykonawców stanowią powszechnie akceptowany zarówno w praktyce, jak i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, dowód potwierdzający sposób kalkulacji ceny oferty. Przepis art. 224 ust. 3 pkt 8) ustawy Pzp nakłada na wykonawcę

obowiązek złożenia wyjaśnień w zakresie "wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy". Z ustawy nie wynika obowiązek, aby wykonawca przedstawiał sposób kalkulacji ceny oferty podwykonawczej czy też przedstawiania wyjaśnień, jakie okoliczności miały wpływ na sposób określania przez podwykonawcę swojego wynagrodzenia.

Po drugie, odwołujący zdaje się całkowicie pomijać fakt, że dla większości firm informacje takie jak (i) sposób kalkulacji ceny oferty, (ii) optymalizacje pozwalające na zmniejszenie kosztów wykonania zamówienia czy też dane na temat dostawców, zleceniobiorców, sprzedawców itp. stanowią informacje handlowe, które są tajemnicą przedsiębiorstwa. Oczekiwanie zatem, że jakkolwiek wykonawca biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uzyska od swojego podwykonawcy szczegółowe kalkulacje cenowe, jest daleko życzeniowym wymogiem, całkowicie oderwanym od realiów funkcjonowania na rynku budowlanym. Kalkulacje podwykonawców specjalizujących się w danej branży stanowi know-how firmy, które niejednokrotnie przesądza o ich pozycji na rynku.

Rzekomo rażąco niska i nierynkowa cena zaoferowana przez NDI za realizację zamówienia (pkt 159-184 uzasadnienia odwołania).

Pozycja 5.1 Formularza Cenowego - "Dostawa ścianki szczelinowej" (pkt 159-167 uzasadnienia odwołania).

Odwołujący w pkt. 159-166 uzasadnienia odwołania przeprowadza szeroki wywód na temat rzekomego zaniżenia przez NDI robót wskazanych w pozycji nr 5.1 Formularza Cenowego („Dostawa ścianki szczelinowej”). Odwołujący dokonał porównania wyceny prac przez NDI z szacunkową wartością zamówienia. Odwołujący przedstawił również ofertę producenta ścianek szczelinowych Arcelor Mittal RPS s.a.r.l. z 28 marca 2024 r., która opiewa na wyższą kwotę aniżeli przyjęta przez przystępującego w pozycji 5.1 Formularza Cenowego.

NDI nie zgadza się ze stanowiskiem odwołującego.

Po pierwsze, każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu w sposób odmienny skalkulował koszty prac w poszczególnych branżach, o czym świadczy m. in. zestawienie porównawcze Formularzy Cenowych. Dokonywanie zatem jakichkolwiek porównań pozycji nr 5.1 Formularza Cenowego NDI zarówno do szacunków zamawiającego, jak i średniej arytmetycznej wszystkich zaoferowanych cen, jest działaniem bezcelowym, nie świadczącym o zaniżeniu przez któregośkolwiek z wykonawców danej pozycji. W Formularzu Cenowym odwołującego znajdują się bowiem również pozycje, które wydają się być zaniżone w stosunku do szacunków zamawiającego oraz kwot przyjmowanych przy wycenie dokonywanej przez innych wykonawców. Odwołujący kwestionuje zatem wyłącznie wybiórcze pozycje cenowe zaproponowane przez NDI, tracąc z pola widzenia te pozycje, w

których to zaoferowana przez odwołującego cena jest wyższa od tej zaoferowanej przez NDI - dowód: Zestawienie porównawcze wybranych Formularzy Cenowych w postępowaniu - w załączeniu.

Po drugie, okoliczność, iż producent ścianek szczelinowych Arcelor Mittal RPS s.a.r.l. przedstawił odwołującemu niekorzystną, wysoką ofertę cenową na wykonanie prac nie przesądza o tym, że cena oferty NDI została zaniżona. Powyższe świadczy jedynie o tym, że odwołujący jako podmiot niemający ugruntowanej pozycji na rynku zamówień publicznych w Polsce - a w szczególności lider konsorcjum, który nie realizuje w Polsce żadnej inwestycji - nie posiada narzędzi i instrumentów pozwalających na wynegocjowanie korzystnych stawek. Wykazuje to tylko i wyłącznie jakiego rodzaju dane zostały przyjęte przez odwołującego do wyceny jego oferty lub świadczy o jego zdolnościach negocjacyjnych, a zatem pozostaje bez znaczenia w niniejszej sprawie.

Po trzecie, w pkt 164-166 uzasadnienia odwołania odwołujący sformułował zarzut, że NDI dokonując kalkulacji ceny oferty dokonał optymalizacji cenowej niedopuszczalnej na gruncie § 8 ust. 2 wzoru umowy. Przystępujący wnosi o pominięcie argumentacji poczynionej w tym zakresie, gdyż odwołujący nie zarzuca zamawiającemu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty NDI jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Jednocześnie podkreślić należy, że przystępujący w żadnym miejscu składanych w toku postępowania wyjaśnień nie wskazał (a nawet nie zasugerował), że zamierza wdrożyć jakiegokolwiek optymalizacje cenowe. Twierdzenia odwołującego nie mają zatem poparcia w dokumentach znajdujących się w aktach postępowania.

Po czwarte, zarzuty naruszenia art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy Pzp oraz art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp są przedwczesne.

Zamawiający do tej pory nie wzywał bowiem przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty w zakresie kosztów zawartych w pozycji 5.1 Formularza Cenowego. W związku z tym uwzględnienie odwołania w tym zakresie spowodowałoby odrzucenie oferty przystępującego, bez przeprowadzenia uprzedniej procedury wyjaśniającej. Taka sytuacja stanowiłaby natomiast naruszenie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Pozycja 6 Formularza Cenowego - "Wykonanie pali" (pkt 167-181 uzasadnienia odwołania).

Odwołujący zarzuca NDI nieprawidłowe skalkulowanie ceny oferty w pozycji nr 6 Formularza Cenowego ("Wykonanie pali"). Przystępujący wycenił wyżej wskazaną pozycję na kwotę ok. 10,2 mln złotych. Natomiast średnia arytmetyczna ofert od podwykonawców odwołującego na wykonanie pali, które zostały dołączone do odwołania, wynosi ok. 20 mln złotych. Odwołujący formułuje stanowisko o niedoszacowaniu przez przystępującego

kosztów wykonania zamówienia na poziomie 50%. Odwołujący wskazuje również na znaczącą różnicę pomiędzy wartością przyjętą w pozycji nr 25 Formularza Cenowego przystępującego,

a kosztami wykonania pali oszacowanymi przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim (kwota ok. 32 mln złotych).

Przedmiotowe argumenty odwołującego są jednak całkowicie nieuzasadnione, jeżeli weźmie się pod uwagę poniższe okoliczności.

Po pierwsze, okoliczność, iż odwołujący otrzymał od swoich kontrahentów nieatrakcyjne cenowo oferty nie świadczy o tym, że oferta NDI jest niedoszacowana. Przystępujący, jak wskazano w wyjaśnieniach z 10 maja 2024 r., jest podmiotem specjalizującym się w pracach hydrotechnicznych, co pozwala mu na wykonanie samodzielnie większości prac lub wynegocjowania ze swoimi podwykonawcami korzystnych warunków współpracy. Przedstawione przez odwołującego dowody świadczą wyłącznie o tym, jakiego rodzaju dane zostały przyjęte przez odwołującego do wyliczenia jego własnej ceny. Nie można, jednakże przyjąć, że dokumenty te potwierdzają, że zaoferowane przez podwykonawców odwołującego kwoty świadczą o tym, że na całym rynku wykonania pali obowiązują jednakowe i niezmiennie stawki.

Po drugie, stanowisko odwołującego jest wewnętrznie sprzeczne. Odwołujący jako źródło informacji na temat kosztów wykonania zamówienia wskazuje kosztorys inwestorski. Odwołujący pomija jednak, że gdyby przyjąć, że dokument ten wyznacza jedyny słuszny kierunek oceny czy dane prace zostały wycenione przez wykonawcę prawidłowo, to również i jego oferta (i oferty podwykonawców dołączone do odwołania) musiałyby uznać za zawierające rażąco niskie ceny. Wycena odwołującego jest bowiem niższa o ok. 30% od szacunkowej wartości zamówienia w tym zakresie.

Po trzecie, zarzuty odwołania są przedwczesne. Odwołujący nie był wcześniej wzywany w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji kosztów w pozycji nr 6 Formularza Cenowego. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do odrzucenia oferty NDI jako zawierającą rażąco niską cenę bez możliwości umożliwienia NDI obalenia domniemania w tym zakresie. Stanowiłoby to obejście przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Odwołujący w pkt. 172-181 uzasadnienia odwołania zarzuca NDI, iż zastosowała niedozwoloną na gruncie § 8 ust. 2 wzoru umowy optymalizację cenową. W celu wykazania zasadności formułowanych twierdzeń odwołujący przedstawia dowód w postaci oferty otrzymanej od swojego kontrahenta firmy Keller Polska sp. z o.o., w którym znajduje się propozycja zoptymalizowania kosztów wykonania prac w tym zakresie. Argumentacja odwołującego w tym zakresie po raz kolejny jest jednak nietrafna.

Po pierwsze, NDI w żadnym miejscu oferty, jak i wyjaśnień składanych w toku postępowania nie zadeklarowała, że będzie stosować jakiegokolwiek optymalizacje. Okoliczność, iż odwołujący otrzymał od jednego ze swoich kontrahentów taką propozycję nie oznacza, że jego konkurent z takiej propozycji skorzystał i zastosował ją w swojej ofercie.

Zamawiający jest zobowiązany prowadzić postępowanie w formie pisemnej, a ocena sposobu kalkulacji ceny opiera się o przedstawione przez dane wykonawcę dokumenty. Brak jest podstaw do uznania, że zamawiający dokonując weryfikacji metod kalkulacyjnych może przyjmować założenia, które nie zostały wprost i bezpośrednio wyartykułowane przez wykonawcę. Z taką sytuacją mielibyśmy bowiem do czynienia w przypadku uwzględnienia odwołania.

Po drugie, odwołujący nie zarzuca ofercie NDI, iż jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. § 8 ust. 2 wzoru umowy (art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp). W świetle powyższego poczynione przez odwołującego twierdzenia oraz prezentowane argumenty w tej materii nie powinny stanowić przedmiotu merytorycznej oceny przez Łzbę.

Pozycja 25 Formularza Cenowego - "Nawierzchnie betonowe" (pkt 182-184 uzasadnienia odwołania).

Odwolujący w pkt. 182-184 uzasadnienia odwołania prezentuje stanowisko, że prace wycenione przez NDI w pozycji nr 25 Formularza Cenowego ("Nawierzchnie betonowe") zostały "skrajnie zaniżone". Jedyнным argumentem podnoszonym przez odwołującego jest to, że zaoferowana przez NDI kwota jest niższa od kwoty przyjętej przez zamawiającego w kosztorysie inwestorskim oraz niższa od wycen dokonanych przez innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Stanowisko odwołującego nie zasługuje na aprobatę.

Po pierwsze, przystępujący wskazuje, że w wyjaśnieniach z 10 maja 2024 r. przedstawił wyjaśnienia dotyczące kosztów prac betonowych (strona 8 wyjaśnień). Odwołujący całkowicie pomija w treści uzasadnienia odwołania ten fakt, nie kwestionując ani sposobu, ani kierunku sposobu kalkulacji kosztów w tym zakresie. Do wyjaśnień NDI dołączyło oferty podwykonawców na m. in. dostawę betonu.

Po drugie, zarzuty odwołania są przedwczesne. Odwołujący nie był wcześniej wzywany w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji kosztów w pozycji nr 25 Formularza Cenowego. Uwzględnienie odwołania prowadziłoby do odrzucenia oferty NDI jako zawierającej rażąco niską cenę bez możliwości umożliwienia NDI obalenia domniemania w tym zakresie. Stanowiłoby to obejście przepisu art. 224 ust. 1 ustawy Pzp i godziłoby w zasadę równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne, z wyjątkiem jednego zarzutu. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając stanowisko zamawiającego i uczestników przystępujących (bez konieczności powielania tej argumentacji w dalszej części uzasadnienia), w zakresie zarzutów nieuwzględnionych przez Izbę (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów”), wskazuje, co następuje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne. Izba stwierdziła, że zarzut nr 3 dotyczący naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp jest zasadny, jednakże mając na względzie przepis art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba oddaliła odwołanie, gdyż uwzględnienie ww. zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Zgodnie

z powołanym przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (...). Skoro zatem stwierdzone przez Izbę naruszenie przepisów art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, albowiem zmiana kwalifikacji prawnej dotyczącej poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy NDI nie zmieni rankingu ofert, tj. oferta przystępującego Budimex uzyska najkorzystniejszy bilans punktowy w ramach ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, niezasadne i niedopuszczalne byłoby nakazywanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej i ponowne badanie i ocenę ofert, w sytuacji gdy, mając na uwadze zakres zaskarżenia wyznaczony rozpoznawanym odwołaniem, ofertą najkorzystniejszą pozostanie oferta przystępującego Budimex.

Odnosząc się do zarzutów podnoszonych względem ofert wykonawców Budimex i NDI.

Odwolujący kwestionuje prawidłowość czynności wykonanych przez zamawiającego dotyczących oceny wyjaśnień złożonych przez przystępujących (Budimex i NDI) w zakresie zaoferowanej ceny ofertowej (rażąco niska cena, dalej „RNC”). Zdaniem odwołującego wykonawcy przystępujący nie złożyli wyjaśnień w sprawie RNC w zakresie określonym przez zamawiającego w wezwaniu przez co zamawiający nieprawidłowo stwierdził, że złożone wyjaśnienia (wraz z załączonymi dowodami) były wystarczające do uchylenia domniemania wynikającego z przepisu art. 224 ust. 5 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, we wskazanym wyżej zakresie (uzupełniająco i wynikowo również w zakresie naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp), zarzuty odwołującego uznać należało za niezasadne.

Wskazać bowiem należy, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w systemie rozliczania ryczałtowego. Oznacza to, że miara oceny wynagrodzenia jakie w swoich ofertach proponują wykonawcy, ze względu właśnie na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, może być na tyle ogólna na ile zamawiający wymagał przedstawienia ceny, w rozbiciu na elementy konieczne do rozliczania etapów realizacyjnych inwestycji (etap I i

etap II) oraz w podziale na rodzaje branż (branża hydrotechniczna, branża elektroenergetyczna, branża sanitarna, branża drogowa, branża kolejowa).

Istotną w sprawie okolicznością, wpływającą na rozstrzygnięcie odwołania, jest również fakt dotyczący wątpliwości zamawiającego w zakresie ceny ofertowej (konkretnego zakresu wątpliwości, które udało się na etapie wezwania ustalić zamawiającemu) i związanej z tymi wątpliwościami treściami wezwania.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wystosował wezwanie do przystępujących, a zakres tego wezwania był tożsamy, cyt.:

„Powołując się na art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1) Ustawy (...), w imieniu Zamawiającego - Zarządu Morskiego Portu Gdańsk S.A., zwracam się z prośbą o udzielenie szczegółowych wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia w postępowaniu nr (...)”.

CENA BRUTTO złożonej przez Państwa oferty w wysokości (...) jest niższa o (...) od szacunkowej wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT, wynoszącej (...). Różnica pomiędzy tymi wartościami przekracza próg 30%, do którego odwołuje się art. 224 ust. 2 pkt 1) Ustawy PZP.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia powodów zaoferowania powyższej CENY BRUTTO oferty oraz przedstawienia dowodów potwierdzających, że cena zaoferowana przez Wykonawcę nie jest ceną rażąco niską.

Wykonawca, zgodnie z art. 224 ust. 4 w związku z art. 224 ust. 3 Ustawy PZP, ma obowiązek przedstawić wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym:

- 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) 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.

Zgodnie z art. 224 ust. 3 Ustawy PZP, przedłożone przez Wykonawcę wyjaśnienia rażąco niskiej ceny 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 prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej,
- 5) zgodność z przepisami z zakresu ochrony środowiska,
- 6) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający oczekuje, że wyjaśnienia, w tym wyliczenie ceny, a także dowody potwierdzające dostępność dla Wykonawcy okoliczności, na które się powołuje, będą adekwatne do specyfiki przedmiotowego zamówienia oraz ściśle powiązane z informacjami o planowanych przez Wykonawcę zasobach i rozwiązaniach technicznych oraz organizacyjnych niezbędnych do jego wykonania.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 Ustawy PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na Wykonawcy.

Zamawiający informuje, że na podstawie art. 224 ust. 6 w powiązaniu z art. 226 ust. 1 pkt 8) Ustawy PZP, odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny.

Wyjaśnienia, w tym dowody dotyczące wyliczenia ceny należy przesłać w terminie nie późniejszym niż do dnia (...)”.

Jak wynika z treści powyższego wezwania, zamawiający obligatoryjnie wymagał przedstawienia wyjaśnień dotyczących tzw. kosztów pracowniczych oraz dodatkowo przytoczył brzmienie przepisu art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, bez szczegółowego doprecyzowania, jakie elementy w składanych przez wykonawców wyjaśnieniach muszą się znaleźć. W tym miejscu Izba zwraca uwagę, że sam Ustawodawca w omawianym przepisie posłużył się sformułowaniem „mogą dotyczyć w szczególności” co oznacza, że wskazany w tym przepisie katalog jest przykładowy i ma charakter otwarty. Takie brzmienie tego przepisu daje bowiem wykonawcom możliwość indywidualnego wykazania prawidłowości ustalonej ceny ofertowej uzależnionej od specyfiki danego zamówienia oraz możliwościami dostępu danemu wykonawcy określonych zasobów, uzasadniających możliwość zrealizowania danego zamówienia za określoną cenę.

Stąd też treść i forma ofert podwykonawców przedłożonych w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny przez przystępujących była indywidualnie opracowywana przez każdego z podwykonawców, którzy w różny sposób przedstawiali swoją wycenę i przyjęte założenia, przy czym – wbrew twierdzeniom odwołującego – nie jest też tak, że w ofertach tych nie znalazły się jakiegokolwiek konkrety czy wyliczenia. I tak np. w wyjaśnieniach Budimex:

- załącznik nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za poszczególne asortymenty prac wraz z ich wyliczeniem opartym o ilości i ceny jednostkowe;
- załącznik nr 2 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za daną grupę robót (roboty drogowe) wraz z ich wyliczeniem opartym o ilości i ceny jednostkowe;
- załącznik nr 3 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za daną grupę robót (wyposażenie nabrzeża) wraz z ich wyliczeniem opartym o ilości i ceny jednostkowe;
- załącznik nr 4 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za poszczególne asortymenty prac wraz z ich wyliczeniem opartym o ilości i ceny jednostkowe;
- załącznik nr 5 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za poszczególne asortymenty prac wraz z omówieniem zakresu oferty i jej założeń;
- załącznik nr 6 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za poszczególne asortymenty prac wraz z omówieniem zakresu oferty i jej założeń;
- załącznik nr 7 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za poszczególne asortymenty prac wraz z omówieniem zakresu oferty i jej założeń;
- załącznik nr 8 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za poszczególne asortymenty prac wraz z omówieniem zakresu oferty i jej założeń;
- załącznik nr 9 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za dany asortyment prac (nadbudowa) wraz z ich wyliczeniem opartym o składowe, ilości i ceny jednostkowe;
- załącznik nr 10 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za dany asortyment prac wraz z ich wyliczeniem opartym o składowe, ilości i ceny jednostkowe;
- załącznik nr 11 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za dany asortyment prac wraz z ich wyliczeniem opartym o składowe, ilości i ceny jednostkowe;
- załącznik nr 12 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – przedstawiona cena za dany asortyment prac wraz z omówieniem zakresu oferty i jej założeń.

Co przy tym istotne, odwołujący uznając, że oferty podwykonawców przedstawione przez przystępujących winny zostać zdyskwalifikowane z uwagi na brak wyliczenia wartości oferty opartej o schemat „Robocizna, Materiał, Sprzęt”, sam dla uprawdopodobnienia swoich twierdzeń przedstawia oferty, spośród których żadna nie jest oparta o kalkulację „R, M, S”. Wiele spośród ofert przedstawionych przez odwołującego nie przedstawia jakiegokolwiek wyliczeń, posługując się globalną kwotą za dany asortyment prac (np. zał. 22, 24 czy 30 do odwołania). Tym samym odwołujący popada więc w wewnętrzną sprzeczność, stosując „podwójne standardy” względem ocen wiarygodności i przydatności dowodowej określonych dokumentów. W przypadku ofert podwykonawców przedstawianych przez siebie dla uprawdopodobnienia swoich twierdzeń nie dostrzega bowiem konieczności ujęcia ich w określonej formie, z przedstawieniem określonych wyliczeń, brak których uznaje już za dyskwalifikujący względem ofert podwykonawczych przedstawianych przez konkurencyjnych wykonawców.

Przechodząc do oceny złożonych przez przystępujących wyjaśnień, Izba stwierdziła, że zamawiający dokonał ich prawidłowej oceny. Wyjaśnienia złożone były bowiem adekwatnie do treści wezwania, odnoszą się do kluczowych, zdaniem wykonawców, elementów zamówienia, uwzględniają okoliczności związane z indywidualnym sposobem realizacji zamówienia, a w szczególności wykazują sposób wyliczenia kosztów pracowniczych, które w większości opierają się na udziale podwykonawców, co zostało poparte stosownymi dowodami – ofertami podwykonawczymi. Izba nie widzi podstaw do twierdzenia, że w ramach składanych wyjaśnień wykonawcy nie mogli posłużyć się ofertami podwykonawców w szczególności w sytuacji, w której oferty te już same w sobie zawierają określone koszty pracownicze. Izba wskazuje, że zamawiający nie żądał rozdzielnego tłumaczenia każdej pozycji formularza cenowego, nie ograniczając wykonawców dowodowo, ani nie formułując wątpliwości/pytań w odniesieniu do konkretnych pozycji, oczekując globalnego wyjaśnienia ceny (ceny za całość robót).

Warta również podkreślenia jest okoliczność, iż odwołujący nie kwestionował ceny całkowitej oferty wykonawców, a jedynie ich poszczególne, wybiórcze, wybrane przez odwołującego elementy, co już samo w sobie wyklucza możliwość uwzględnienia postawionych w odwołaniu zarzutów, w tym przepisu art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wskazać należy, że zarzuty odwołania w tym zakresie są wadliwe co do samej zasady, z tego względu, że możliwość kwestionowania części składowych ceny jest ściśle

skorelowana z wykazaniem nieprawidłowości ceny całkowitej, co wynika z samej definicji „istotnej części składowej” rozumianej jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki przyczynia się do powstawania

kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty (vide: Prawo zamówień publicznych, Komentarz, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021; wyrok KIO z 26.02.2021 r., sygn. akt KIO 28/21, KIO 32/21). W konsekwencji, o rażąco niskiej cenie danego elementu można mówić wówczas, jeśli ta wycena przekłada się na zaniżenie ceny całkowitej oferty czyniąc ją nierealistyczną (tak np. wyrok KIO z 21.12.2018 r., sygn. akt KIO 2516/18, wyrok KIO z 24.11.2017 r., sygn. akt KIO 2361/17; wyrok KIO z 02.11.2017 r., sygn. akt 2155/17). W sposób dobitny zasadę tę wyartykułowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 16.09.2019 r. (sygn. akt KIO 1669/19, KIO 1679/19, KIO 1682/19), w ramach którego wskazane zostało, że: „Ewentualne zaniżenie ceny elementu oferty (verba legis istotnej części składowej), w tym ceny jednostkowej, może mieć znaczenie istotne wówczas, gdy wywiera wpływ na całą cenę oferty w ten sposób, że wykonanie z należytą starannością zamówienia za cenę wskazaną w ofercie wydaje się niemożliwe. Natomiast nawet jeśli – jak jest w okolicznościach sprawy – poszczególne ceny jednostkowe są niskie, ale nie znajduje to przełożenia na cenę oferty oraz możliwość wykonania całej umowy, brak jest podstaw do wyjaśniania tej ceny”. Podobnie również KIO i Sąd Okręgowy w jednym z nowszych orzeczeń traktujących o tej problematyce, tj. w ramach wyroku KIO z 26.02.2021 r. (sygn. akt KIO 28/21, 32/21) czy Sąd Okręgowy w Warszawie

w wyroku z 31.08.2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 42/21).

Przystępujący przedstawili wyjaśnienia w przewidzianym terminie, uprawdopodobnione za pośrednictwem ofert podwykonawczych, pokrywające wszystkie zakresy składające się na formularz cenowy i przyszłą realizację. Zastosowany schemat wyjaśnień był analogiczny u wszystkich wykonawców, którzy otrzymali wezwanie, co potwierdza obiektywny sposób rozumienia zakresu wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w taki właśnie sposób.

Izba stoi na stanowisku, że złożone przez przystępujących wyjaśnienia mogły (tak jak w przypadku wykonawcy NDI) podlegać dalszym wyjaśnieniom, gdyż ogólny charakter wezwania zamawiającego w wyniku, którego zamawiający otrzymał pakiet informacji, do których wcześniej nie miał dostępu, mogły wywołać u zamawiającego wątpliwości co do prawidłowości i realności zaproponowanej przez wykonawców ceny, skutkiem czego zamawiający mógłby zwrócić się do wykonawców o złożenie dodatkowych wyjaśnień, dotyczących elementów nowych, wynikających z pierwotnie złożonych wyjaśnień.

Możliwość ponownego wzywania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny jest zasadą orzeczniczo akceptowaną, co podkreślone zostało m.in. w wyroku z 7 maja 2018 r., sygn. akt KIO 749/18, gdzie wskazane zostało, że „(...) dyrektywa 2014/24/UE (a także dyrektywa

2014/25/UE) w zakresie wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny posługuje się pojęciem "negocjacje" - co pozwala przyjąć, że wezwania w tym zakresie mogą być kierowane do wykonawcy wielokrotnie celem uzyskania wyczerpujących i satysfakcjonujących wyjaśnień w tym zakresie. Tym samym przepisy dyrektyw w tym zakresie posługując się pojęciami "negocjacje" wskazują, że z zasady wyjaśnienia mogą mieć wieloetapowy charakter oraz przebieg (...) Dodatkowo w orzecznictwie TSUE podkreśla się, że procedura wyjaśnienia oferty musi mieć charakter kontradyktoryjny, a instytucja zamawiająca powinna precyzyjnie określić, które części oferty budzą wątpliwości, a w konsekwencji rodzą podejrzenie, że oferta jest rażąco niska, tak aby zagwarantować, że wyjaśnienia będą kompletne (tak wyr. TSUE z 21.11.2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 oraz C-286/99, pkt 43, 46; wyr. TSUE z 10.2.1982 r.)”.

W przedmiotowej sprawie odwołujący nie postawił zarzutu dotyczącego zaniechania zamawiającego do wezwania wykonawców do złożenia dodatkowych wyjaśnień, ale świadomie i celowo wybrał niektóre elementy z ofert cenowych wykonawców, które zdaniem odwołującego świadczyły o RNC, przedstawiając w tym zakresie stosowną dla siebie argumentację. Jednakże biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, w tym w szczególności stanowisko zamawiającego, Izba stwierdziła, że stawianie zarzutów do elementów, które ewentualnie mogłyby stanowić podstawę do dalszego wyjaśniania, jest na tym etapie postępowania niezasadne, a co najmniej przedwczesne. Niezasadne byłoby bowiem stwierdzenie RNC względem elementów ceny ofertowej, które nie były wyjaśniane przez wykonawców. Ponadto powoływanie się przez odwołującego na oferty, jakie uzyskał od swoich podwykonawców lub firm współpracujących z odwołującym, nie stanowi wystarczającej przesłanki do stwierdzenia RNC w ofertach przystępujących, gdyż faktem oczywistym

i powszechnie znanym jest, że każdy z wykonawców współpracuje z określonym kręgiem wykonawców/podwykonawców/dostawców, co buduje określony status współpracy dający wymierne korzyści względem tego konkretnego wykonawcy. Przyjmowanie ad hoc, że tylko oferty przedstawiane przez odwołującego dają prawidłowy obraz współpracy, a co za tym idzie są jedyne właściwe do wyceny określonych prac czy robót, jest założeniem wadliwym, uniemożliwiającym obiektywną ocenę możliwości biznesowych danego wykonawcy.

Dlatego też Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że wszystkie zarzuty odwołującego odnoszące się RNC są niezasadne.

Odnosząc się zaś do zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp (oferta NDI), Izba uznała ten zarzut za zasadny.

W ocenie Izby omyłka w ofercie przystępującego NDI niewątpliwie wystąpiła. Nie budzi wątpliwości również fakt, że zamawiający stwierdzając zaistnienie takiej omyłki w ofercie wykonawcy NDI miał podstawy faktyczne i prawne do jej poprawienia w sposób w jaki zamawiający wskazał w piśmie z 24 kwietnia 2024 roku.

Zdaniem Izby, zaistniała jednak podstawa do stwierdzenia zasadności zarzutu odwołującego, albowiem w ocenie Izby, poprawienie rzeczony omyłki winno się odbyć na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp – „Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek”, a nie na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – „Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki

polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”, gdyż stwierdzona omyłka nie dotyczyła niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, przynajmniej zamawiający takiej okoliczności nie wykazał.

Całokształt okoliczności związanych z wyceną pozycji 8, w tym zsumowania pozycji od 8.1 do 8.10, w kontekście ustaleń, iż ceny innych wykonawców oscylują w obszarze wyceny zgodnej z przyjętą przez zamawiającego i popartą pismem NDI wysokością, dają podstawy do twierdzenia, że w sumowaniu pozycji od 8.1 do 8.10 doszło do błędu polegającego na niewłaściwym zsumowaniu pozycji od 8.2 do 8.10 i podaniu sumy tych pozycji w pozycji 8.1.

W ocenie Izby, omyłka w ofercie firmy NDI była oczywistą omyłką rachunkową, której sanowanie podlegało przepisowi art. 223 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Izba nie stwierdziła, że zamawiający prowadził z przystępującym NDI niedozwolone negocjacje, o których stanowi przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”.

Jak wynika bowiem z oświadczenia zamawiającego, zidentyfikował on błąd w wyliczeniach ceny (poz. 8) przystępującego NDI samodzielnie, a jedynie uprzedzające samodzielne wyjaśnienie zaistniałej omyłki przez NDI, spowodowało zaniechanie zamawiającego do skierowania pisma do tego wykonawcy o ewentualne wyjaśnienie - celem usankcjonowania zauważonej omyłki.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej ww. czynności nie miały charakteru niedozwolonych negocjacji, a jedynie precyzowały zidentyfikowaną omyłkę. Okoliczność, iż poprawienie omyłki przez zamawiającego zostało wykonane na podstawie innego przepisu nie dyskwalifikuje oferty NDI.

Jak wskazano we wcześniejszej części uzasadnienia, potwierdzenie się zarzutu co do zastosowania niewłaściwej podstawy prawnej zaskarżonej czynności zamawiającego nie miało w ocenie Izby wpływu na wynik postępowania w okolicznościach tej sprawy, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:

Członkowie: