

WYROK

Warszawa, dnia 5 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 sierpnia 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1.w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę **TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Lutycka 95, 60-478 Poznań (KIO 2482/24)**

2.w dniu 15 lipca 2024 r. przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków (KIO 2497/24)**

w postępowaniu prowadzonym przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni, ul. Włotomińska 29, 81-311 Gdynia**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2482/24 – wykonawcy **ELGRUNT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Starochwaszczyńska 64, 81-571 Gdynia**

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt KIO 2497/24:

A.wykonawcy **TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Lutycka 95, 60-478 Poznań,**

B.wykonawcy **ELGRUNT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, ul. Starochwaszczyńska 64, 81-571 Gdynia.**

orzeka:

KIO 2482/24

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert i odrzucenie oferty wykonawcy **ELGRUNT Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni.**

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni, ul. Włotomińska 29, 81-311 Gdynia** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Lutycka 95,**

60-478 Poznań tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę **TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Lutycka 95, 60-478 Poznań** tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2.zasądza od **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.**

w Gdyni, ul. Włotomińska 29, 81-311 Gdynia na rzecz wykonawcy **TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, ul. Lutycka 95, 60-478 Poznań** kwotę

23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

KIO 2497/24

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie,**

ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków 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.

Przewodnicząca:

Uzasadnienie

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gdyni, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę kanału odprowadzającego ścieki oczyszczone z Grupowej Oczyszczalni Ścieków "Dębogórze" na odcinku przebiegającym przez wieś Kazimierz w gm. Kosakowo”

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 55/2024 z dnia 18 marca 2024 r. pod numerem 160966-2024.

KIO 2482/24

W dniu 15 lipca 2024 r. (pismem z dnia 14 lipca 2024 r.) wykonawca TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej „Odwołującym TERLAN”, wniósł odwołanię wobec czynności i zaniechań w postępowaniu dokonanych przez Zamawiającego – polegających na:

1. zaniechaniu odrzucenia oferty nr 6 złożonej przez wykonawcę Elgrunt Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, zwanego dalej „wykonawcą Elgrunt”, mimo że wyjaśnienia istotnych elementów ceny oferty tego wykonawcy wprost potwierdzają rażąco niską cenę tej oferty, za którą nie będzie można zrealizować tego zamówienia w zgodzie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i uznaniu tej oferty za najkorzystniejszą, mimo że powinna ona podlegać odrzuceniu;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty nr 6 złożonej przez wykonawcę Elgrunt, mimo że ze złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnień istotnych elementów ceny oferty wprost wynika, że założony przez niego sposób realizacji zamówienia nie odpowiada wymaganiom określonym w opisie przedmiotu zamówienia i w konsekwencji uznaniu oferty na 6 za najkorzystniejszą, mimo że powinna ona podlegać odrzuceniu;

zarzucając Zamawiającego naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w związku art., 224 ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nr 6 złożonej przez wykonawcę Elgrunt, z uwagi na to, że przekazane przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie uzasadniają ceny tej oferty oraz z uwagi na okoliczność, że wybrana oferta nr 6 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 6) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty nr 6 złożonej przez wykonawcę Elgrunt z uwagi na to, że z przekazanych przez wykonawcę Elgrunt wyjaśnień istotnych elementów ceny tej oferty wprost wynika, że wykonawca Elgrunt zamierza realizować przedmiot zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia określonymi opisem przedmiotu zamówienia, tj. w dokumentacji projektowej zamawianych robót;
Odwołujący TERLAN wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej 04.07.2024 r.,
 2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty nr 6 złożonej przez wykonawcę Elgrunt z uwagi na rażąco niską cenę tej oferty lub jej niezgodność z warunkami zamówienia;

oraz

3. o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego TERLAN kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący TERLAN podniósł m.in., że wybrany wykonawca Elgrunt wycenił realizację robót w ramach bypassu łącznie na wszystkich trzech etapach przebudowy kanału (suma wyceny pozycji 3.2, 3.3 i 3.4 Przedmiaru robót) na kwotę 1.645.402,00 zł. Jego wycena robót obejmujących bypass istotnie odbiega od wyceny tych robót w pozostałych ofertach i już na pierwszy rzut oka wydaje się nieproporcjonalnie niska.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert wezwał Elgrunt do wyjaśnień istotnych elementów ceny jego oferty pismem z 9.05.2024 r., m.in. w odniesieniu do robót objętych do wyceny w pozycjach 3.2, 3.3 i 3.4 Przedmiaru robót tej oferty, tj. wyceny robót obejmujących bypass na potrzeby przebudowy kanału:

W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Elgrunt, w odniesieniu wyceny do pozycji 3.2, 3.3 i 3.4 I Przedmiaru robót złożył bardzo lakoniczne wyjaśnienia wraz z kalkulacją elementów, które wycenił w ramach realizacji bypassu dla wszystkich trzech etapów robót. W ramach wyjaśnień swojej wyceny bypassu Elgrunt wskazał, że okolicznością szczególnie sprzyjającą niskiej wycenie w jego ofercie robót bypassowania ścieków oczyszczonych w kanale jest dysponowanie 5 sztukami własnych pomp spalinowych o łącznej wydajności 4.370 m³/h oraz rurami PE o przekrojach 400 mm i 315 mm oraz węzami elastycznymi o przekroju 200 mm i 150 mm. Wykonawca Elgrunt wskazał, że własne pompy zabezpieczą przepompowanie ścieków oczyszczonych przy normalnych stanach pracy oczyszczalni.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8) w związku art., 224 ust. 6 ustawy Pzp Odwołujący STRABAG podniósł m.in., że wykonawca Elgrunt nie złożył w ramach wyjaśnień żadnych dowodów, w szczególności dowodów na okoliczności, które – jak twierdzi – mają potwierdzać okoliczności szczególnie sprzyjające zadziwiająco niskiej wycenie

robót w zakresie bypassu. Tak więc jedynie twierdzeniem wykonawcy pozostaje posiadanie pięciu własnych pomp. Wykonawca Elgrunt nie przedstawił choćby zestawienia środków trwałych potwierdzającego dysponowanie takim sprzętem. To samo odnosi się do deklaracji o dysponowaniu rurami PE i węzami. Wykonawca ten deklaruje także, że na potrzeby realizacji

zamówienia będzie dysponował dwoma najętymi pompami BA 400 o wydajności 3200 m³/h na bardzo atrakcyjnych warunkach: w cenie dobowej 1.000 zł za sztukę i płatne tylko za rzeczywisty czas pracy pompy. Czyli jeśli pompa nie będzie pracowała, to wykonawca jako najemca nie będzie obciążany za najem takiej pompy. Jednak twierdzenia te pozostają gołosłowne, bowiem wykonawca Elgrunt nie przedstawił żadnej oferty na tak korzystny wynajem tego kluczowego sprzętu.

Wykonawca Elgrunt zaniżył także parametry przepływów oraz czasu pracy bypassów, wskazując w wyjaśnieniach, że Według pozyskanych informacji, dobowy przepływ ścieków w kanale wynosi 54 000 m³, przy wahaniami od 12000 m³ w godzinach porannych i nocnych do 4 200 m³ od południa do wieczora. Takie ilości ścieków oczyszczonych wykonawca Elgrunt przyjął w kalkulacji do przepompowania w ciągu doby. (...) dla wyliczeń pracy bypassu i jego dziennego kosztu wykonawca Elgrunt przyjął jedynie 40% ścieków oczyszczonych do przepompowania dziennie przy użyciu bypassu w stosunku do ilości określonych przez Zamawiającego w projekcie. Innymi słowy koszt dzienny pracy pomp w instalacji bypassu jest o 60% zaniżony w stosunku do wymogów określonych w projekcie.

Wykonawca Elgrunt w załączonej do wyjaśnień kalkulacji wskazał, że przyjął dla wyliczeń kosztu robót w zakresie bypassu następujące czasy pracy (pompowania) tej instalacji: dla pierwszego etapu 60 dni pracy, dla drugiego etapu 50 dni pracy i dla trzeciego etapu 50 dni pracy. Łącznie w swojej kalkulacji kosztów robót w zakresie bypassu wykonawca Elgrunt przyjął 160 dni pracy bypassu. Zatem założona liczba dni pracy bypassu = 160 stanowi mnożnik dla wyliczenia takich nakładów koniecznych jak: koszt pracy i najmu pomp, ilość i w konsekwencji koszt paliwa zużywanego przez pompy, koszt pracochłonności nadzoru nad pracą pomp. Przyjęty przez wykonawcę Elgrunt czas pracy (pompowania) został istotnie zaniżony w stosunku do czasu realizacji robót przy przebudowie kanału przewidzianego w projekcie. Zgodnie z rozdziałem 1.13. pn. ETAPOWANIE I HARMONOGRAM PROJEKTOWANYCH ROBÓT Zamawiający wsk następujące czasy trwania realizacji robót przebudowy kanału: dla pierwszego etapu 154 dni pracy, dla drugiego etapu 91 dni pracy i dla trzeciego etapu 91 dni pracy. Łącznie, zgodnie z projektem stanowiącym opis przedmiotu zamówienia Zamawiający założył, że roboty przy przebudowie kanału zajmą 336 dni, w czasie których konieczna będzie praca bypassu. Zważywszy założenia co do czasu trwania przebudowy kanału w dokumentacji projektowej zamawianych robót, z których wynika potrzeba przepompowywania oczyszczonych ścieków bypassem przez 336 dni, wykonawca Elgrunt na potrzeby swojej kalkulacji kosztów robót w zakresie bypassu - przyjmując tylko 160 dni pracy bypassu – wliczył do oferty tylko 48% czasu pracy bypassu określonego w dokumentacji projektowej.

Niemniej jednak realizacji robót zaprojektowanych do wykonania w 336 dni w jedynie 160 dni wymagałoby całkowitej zmiany technologii prowadzenia robót przy tym zamówieniu. Zamawiający szczegółowo opisał w projekcie technologie i sposób realizacji robót. Założony w ofercie wykonawcy Elgruntu czas realizacji zamawianych robót przy przebudowie kanału w zgodzie z opisem przedmiotu zamówienia stanowi optymalizację czasową niemożliwą do osiągnięcia. Jeśli jednak wykonawca Elgrunt taką optymalizację czasową założył w swoich wyliczeniach ceny bypassu, to powinien był wskazać i udowodnić w ramach wyjaśnień ceny sposób osiągnięcia tak imponującej optymalizacji czasowej robót w zakresie przebudowy kanału, czego oczywiście nie uczynił.

Zgodnie z projektem, należało założyć przepompowanie przez bypass przez 336 dni w ilości 134 784 m³ ścieków oczyszczonych dziennie, co daje łącznie przez cały okres realizacji przebudowy kanału 45.287.424 m³ ścieków oczyszczonych do przepompowania. Tym czasem wykonawca Elgrunt założył w swojej kalkulacji przyjętej na potrzeby swojej oferty przepompowywanie przez 160 dni jedynie 54.000 m³ ścieków czyszczonych dziennie przez bypass, tj. łącznie tylko 8.640.000 m³ do przepompowania w trakcie realizacji robót przy przebudowie kanału. Tak więc przyjęte przez wykonawcę Elgrunt założenia dot. obciążenia dziennego bypassu na poziomie 40% ilości ścieków oczyszczonych do przepompowania wynikających z opisu projektu oraz tylko 47% czasu pracy bypassu określonego, to łącznie zaniżenie kosztu robót w zakresie bypassu tylko z uwagi na to zaniżenie tych kluczowych parametrów, wynosi 81%. Wykonawca Elgrunt, przez zaniżenie wymaganej ilości dziennej przepompowywanych ścieków przez bypass i czasu pracy bypassu w stosunku do tych parametrów określonych w dokumentacji projektowej, wkalkulował do oferty jedynie 19% kosztów robót w zakresie pracy bypassu.

Odnosnie braku wyceny niektórych nakładów koniecznych na realizację bypassu Odwołujący TERLAN podniósł, że w wyjaśnieniach wykonawcy Elgruntu dotyczących wyceny robót w zakresie bypassu wynika wprost, że wykonawca Elgrunt w ogóle nie uwzględnił w wycenie bypassu wielu elementów tych robót. Już z samego ogólnego opisu robót w zakresie bypassu zawartego w Przedmiarze robót dla każdego z etapów wynika, że prócz samych kosztów pracy bypassu (kosztów przetłaczania ścieków oczyszczonych) wykonawcy winni byli wkalkulować również koszty robót przygotowawczych, koniecznych do przygotowania pracy bypassu na każdym z etapów. Tak więc na każdym etapie

wykonawca powinien był w kalkulować w koszt bypassu również koszt wykonania komór czerpnych, wykonanie zastawek żelbetowych oraz montaż i demontaż instalacji stanowisk pomp bypassu w toku przesuwania się przebudowy kanału odcinkami w dół jego biegu. W odniesieniu do stanowisk pomp bypassu projekt technologiczny przewiduje sześć różnych stanowisk pompowych (1, 1a, 2, 2a, 3, 3a). Na każdym stanowisku pompowym pompy pracują w różnym układzie, zmiana stanowisk pompowych związana jest z koniecznością demontażu całego układu, w skład którego wchodzi nie tylko rurociągi zgrzewane ale również kształtki takie jak kolana i trójniki (brak uwzględnienia w wyjaśnieniach wykonawcy Elgrunt), armatura: zasuwy odcinające, zawory zwrotne (brak uwzględnienia w wyjaśnieniach wykonawcy Elgrunt), a następnie przetransportowaniem wszystkich elementów na kolejne stanowisko pompowe i kolejny montaż wszystkich elementów w nowej konfiguracji i montaż bypassu po nowej trasie. Wykonawca Elgrunt nie wskazał uwzględnienia w pozycjach 3.2, 3.3, i 3.4 Przedmiaru robót kosztów związanych z koniecznością wykonania wymaganych sześciu stanowisk pompowych. Z koniecznością przenosin stanowisk pomp wiąże się konieczność innych robót zanikowych, takich jak chociażby wykonanie stanowisk przez ułożenie płyt żelbetowych oraz tymczasowych dróg dojazdowych do kolejnych stanowisk pomp. Ponadto z dokumentacji projektowej wynika potrzeba zastosowania korka pneumatycznego (kupna na potrzeby robót lub wynajmu takiego korka) oraz wykonania ścianek technologicznych SZ1, SZ2, SZ3, SZ4, SZ5 z wbudowanym łącznikiem i zastawką zgodnie z Projektem wykonawczym, PROJEKT ZARUROWANIA KANAŁU BRANŻA SANITARNA, rys. nr 14 oraz ścianki zamykającej SZ6. Wykonawca Elgrunt nie przewidział w kalkulacji kosztów bypassu tych koniecznych nakładów. Zgodnie z projektem, w miejscach kolizji bypassu z drogami komunikacyjnymi lub sieciami konieczne jest wykonanie tymczasowych przekroczeń podziemnych lub nadziemnych. Schemat organizacyjny prowadzenia robót w planowanych etapach i zakresach (projekt technologiczny) jednoznacznie wskazuje konieczność wykonania takich przekroczeń (w kolizji bypassu z ul. Kwietniową, ul. Grudniową, ul. Rumską). Zgodnie z Projektem technologicznym (1.9.6. INSTALACJA OBEJŚCIOWEGO TŁOCZENIA ŚCIEKÓW) Zamawiający przewidział: Mo rurociągów obejściowych przewidziano w poziomie nadziemnym, z lokalnymi przejściami poniżej terenu, w miejscach kolizyjnych (np. przekroczeń jezdni dróg kołowych). Przejścia należy wykonywać w rurach ochronnych stalowych Dn 800 mm. Rurociągi obejściowe w poziomie nadziemnym należy posadowić na podporach stabilizujących, żelbetowych, prefabrykowanych. Należy stosować rozstaw podpór w odległościach co 5 m. W wyjaśnieniach i kalkulacji wykonawcy Elgruntu nie uwzględniono kosztów powyższych podpór żelbetowych prefabrykowanych oraz kosztów wykonania przekroczeń jezdni dróg kołowych w rurach ochronnych stalowych Dn 800 mm. Jedyną robotą przygotowawczą, zgodnie w wyjaśnieniach, jaką przewidział wykonawca Elgrunt w ramach realizacji bypassu, jest jednokrotne zgrzanie rur i przenoszenie zgrzanych rurociągów w całości na kolejne etapy. Takie rozwiązanie realizacji bypassu nie jest możliwe w przypadku tych robót, ponieważ w poszczególnych odcinkach bypass przebiega różnymi trasami (nie jest to linia prosta) i różni się długością na poszczególnych etapach i odcinkach. Dodatkowo należy wykonać przejścia przez 2 obiekty mostowe oraz przejścia pod ulicami. Stąd założone przez wykonawcę Elgrunt proste przeniesienie już zgrzanych rur na kolejne etapy jest niedopuszczalną i niewykonalną optymalizacją kosztów w przypadku tych robót.

Odnosnie wpływu zaniżenia wyceny bypassu na cenę oferty Odwołujący TERLAN podniósł, że cena bypassu stanowi 5,8% ceny oferty wykonawcy Elgruntu. Realizacja bypassu jest konieczna; bez tych robót niemożliwe byłoby wykonanie robót zasadniczych przedmiotu zamówienia, tj. przebudowy kanału ściekowego. Ustawa nie określa, według jakich kryteriów należy oceniać kwestię istotności elementu składowego ceny. Należy przyjąć, że istotne są te elementy, których wartościowy udział w przedmiocie zamówienia jest znaczny lub od których - ze względu na ich merytoryczne znaczenie - zależy osiągnięcie zasadniczych celów, dla których zamówienie jest udzielane. Chodzi więc o elementy istotne pod względem wartościowym lub merytorycznym, mogące zaważyć na powodzeniu zamówienia jako całości. Pojęcie "istotnej części składowej ceny lub kosztu" należy rozumieć jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy. Odwołujący TERLAN podniósł także, że tylko drastyczne zaniżenie wyceny robót z zakresu realizacji bypassu pozwoliło ofercie wykonawcy Elgrunt uplasować się na pierwszym miejscu w rankingi oceny ofert. Zatem gdyby cena oferty wykonawcy Elgrunt zawierała realną wycenę robót w zakresie bypassu, nie zaniżoną przez drastyczne zaniżone założenia kalkulacji ilości ścieków oczyszczonych do przepompowania, czasu trwania robót przy realizacji przebudowy kanału, brak wyceny wykonywania koniecznych robót towarzyszących, to wybrana oferta uplasowałaby się dopiero na czwartym miejscu w rankingi oceny ofert.

Odnosnie zarzutu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp Odwołujący TERLAN podniósł, że przedmiotem zamówienia jest realizacja robót budowlanych w formule wybuduj, w oparciu o przygotowany przez Zamawiającego dość szczegółowy projekt robót budowlanych, stanowiący opis przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisem przedmiotu zamówienia wymaga realizacji robót z zastosowaniem konkretnej technologii i rozwiązań, to każde ujawnione w wyjaśnieniach ceny pominięcie wymaganych elementów robót stanowi sprzeniewierzenie się wykonawcy opisowi przedmiotu zamówienia, tj. ujawnia niezgodność treści oferty z wymogami opisanymi w dokumentach zamówienia, w tym wypadku – w projekcie zamawianych robót. Każde pominięcie w wycenie grupy robót stanowi dowód na oferowanie przez wykonawcę Elgrunt realizacji robót niezgodnie z wymogami opisanymi w projekcie, ponieważ wykonawca Elgrunt

nie zamierza realizować wymaganych elementów robót.

Zamawiający w dniu 17 lipca 2024 r. kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za pomocą platformy Open Nexus.

W dniu 22 lipca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Elgrunt Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, zwany dalej „Przystępującym Elgrunt”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu TERLAN i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości oraz obciążenie Odwołującego TERLAN kosztami postępowania odwoławczego.

KIO 2497/24

W dniu 15 lipca 2024 r. (pismem z dnia 14 lipca 2024 r.) wykonawca STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, zwany dalej „Odwołującym STRABAG”, wniósł odwołania czynności Zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i polegające na:

- 1.odrzućeniu oferty Odwołującego STRABAG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) ustawy Pzp,
 - 2.zaniechaniu wezwania wykonawcy STRABAG w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie wykraczającym poza treść wezwania z dnia 09.05.2024 r. i przedstawienia szczegółowej kalkulacji ofertowej i dowodów w odniesieniu do sposobu oszacowania wartości pozycji nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 wycenionego przez Odwołującego STRABAG;
 - 3.wyborze jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Elgrunt w sytuacji, gdy za najkorzystniejszą powinna zostać uznana oferta złożona przez Odwołującego STRABAG
- zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp polegające na uznaniu oferty wykonawcy STRABAG jako niezgodnej z warunkami zamówienia, w sytuacji, gdy oferta ta została prawidłowo opracowana tj. zgodnie z warunkami zamówienia i przepisami prawa, odpowiada zakresowi wynikającemu z udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji i obejmuje całość przedmiotu zamówienia,
- 2.art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp polegające na błędnym uznaniu, że wykonawca STRABAG nie wywiązał się z ciężaru wykazania, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny przy jednoczesnym przyjęciu, że złożone przez Odwołującego STRABAG wyjaśnienia i dowody wraz z pismem z dnia 14.05.2024 r. (a przede wszystkim szczegółowa kalkulacja ceny ofertowej oraz załączone do wyjaśnień dowody) nie uzasadniają podanej w ofercie ceny i w następstwie powyższego dokonanie oceny oferty wykonawcy STRABAG jako zawierającej rażąco niską cenę i jej odrzucenie z tej przyczyny, w sytuacji gdy:

- a)wykonawca STRABAG szczegółowo i rzetelnie wyjaśnił pismem z dnia 14.05.2024 r. i załączonymi do niego dowodami sposób skalkulowania ceny oferty i brak jej rażącego charakteru w zakresie wynikający z treści wezwania Zamawiającego z dnia 09.05.2024 r. wywiązując się z obowiązku przewidzianego w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp,
- b)wyjaśnienia i dowody złożone przez wykonawcę STRABAG wraz z pismem z dnia 14.05.2024 r. korespondują z zakresem żądanych przez Zamawiającego informacji, a w szczególności dowodzą objęcia ofertą wykonawcy STRABAG kosztów przepompowania ścieków zgodnie z dokumentacją projektową i wymaganiami SWZ oraz uzasadniają zaproponowaną przez Odwołującego STRABAG cenę;
- c)wykonawca STRABAG nie dokonał skalkulowania kosztów poszczególnych pozycji w sposób niedozwolony postanowieniami SWZ, w szczególności w drodze arbitralnego i niczym nieuzasadnionego przeniesienia kosztów przepompowania ścieków pomiędzy pozycjami nr 3.2. – 3.12. Przedmiaru 1;

- 3.art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 2) ustawy Pzp polegające na nierównym traktowaniu wykonawcy Elgrunt i wykonawcy STRABAG w ramach oceny ofert i złożonych do nich wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny istotnych części składowych i uznaniu, że wyjaśnienia wykonawcy STRABAG nie są przekonujące ze względu na rzekomy brak załączenia dowodów, w sytuacji gdy wyjaśnienia złożone przez wykonawcę Elgrunt i oparte jedynie na argumentacji tego wykonawcy oraz przedstawionej kalkulacji bez załączenia jakichkolwiek innych dowodów Zamawiający uznał za przekonujące i dostateczne;
- 4.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Elgrunt w sytuacji, gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta wykonawcy STRABAG, a dokonany wybór stanowi konsekwencję nieuzasadnionego jej odrzucenia;

ewentualnie

- 5.art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zastosowania względem oferty Odwołującego STRABAG

procedury wyjaśniającej, o której mowa w art. 223 ust. 1 pzp w zakresie, który (i) wykraczał poza treść wezwania z dnia 09.05.2024 r. i (ii) wzbudził wątpliwości Zamawiającego w następstwie wyjaśnień Odwołującego STRABAG z dnia 14.05.2024 r., tj. wyjaśnienie w jaki sposób skalkulowane zostały pozycje nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1, a w szczególności w jaki sposób został w nich ujęty koszt przepompowania ścieków w sytuacji, gdy ww. okoliczności nie stanowiły przedmiotu wezwania do złożenia wyjaśnień, które Zamawiający wystosował do wykonawcy STRABAG w dniu 09.05.2024 r.,

a w konsekwencji ww. zarzutów

6.art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty wykonawcy STRABAG, która spełniała kryteria wyboru i miałaby pierwsze miejsce w rankingu ofert, gdyby nie naruszająca przepisy czynność Zamawiającego i w następstwie tego wybór oferty wykonawcy Elgrunt, co skutkowało przeprowadzeniem postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący STRABAG wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania następujących czynności:

- 1.unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG;
- 2.unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Elgrunt, jako oferty najkorzystniejszej,
- 3.powtórzenie czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz przedstawionych na rozprawie,
- 5.dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów zgromadzonych w aktach postępowania, na które powołano się w uzasadnieniu odwołania,
- 6.zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego STRABAG zwrotu kosztów postępowania obejmujących wpis od odwołania, opłatę skarbową od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł oraz koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych, które zostaną udokumentowane fakturą VAT złożoną na rozprawie;

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący STRABAG podniósł m.in., że Zamawiający decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy STRABAG oparł na art. 226 ust. 1 pkt 5) i 8) ustawy Pzp twierdząc, że oferta Odwołującego STRABAG zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, jak również jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający uznał za nieprzekonujące wyjaśnienia wykonawcy STRABAG w odniesieniu do pozycji nr 3.2. – 3.4. Przedmiaru 1 oraz pozycji nr 3.5 – 3.12, choć te nie były przedmiotem wezwania Zamawiającego, ani jakichkolwiek pytań z jego strony.

„Wykonawca ma świadomość, iż jego kalkulacja dla pozycji 3.2. – 3.4. Przedmiaru 1 różni się istotnie od kalkulacji tych pozycji, które wykonali pozostali oferenci. Wartości przyjęte przez STRABAG nie są jednak błędem, ani wynikiem niedozwolonego zaniżenia kosztu. Wykonawca skalkulował w przedstawionych pozycjach niezbędne czynniki cenotwórcze takie jak koszty robocizny, koszty sprzętu, koszty materiałów, koszty robót przygotowawczych, koszty przepompowywania ścieków na czas montażu komór czerpnych oraz koszty pośrednie wraz z zyskiem Wykonawcy, co obrazuje w szczególności kosztorys stanowiący załącznik nr 1. W przedstawionych powyżej pozycjach uwzględniono koszt przepompowywania ścieków w zakresie niezbędnym do wykonania komór czerpnych. Z kolei koszt przepompowania ścieków związany z przebudową samego kanału zrzutowego Wykonawca skalkulował w pozycjach 3.5 – 3.12 Przedmiaru 1, czyli w cenach wykonania metra bieżącego przebudowy kanału, które są wyższe niż ceny jednostkowe pozostałych oferentów. Takie postępowanie jest zasadne w świetle Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych nr ST-04 Roboty remontowe. Zgodnie z punktem 9.2 STWIORB nr ST-04 w cenie 1 ml wykonanej i odebranej przebudowy kanału odprowadzającego ścieki oczyszczone należy uwzględnić m.in. koszty utrzymania remontowanego kanału w stanie suchym tj. roboty odwodnieniowe. Zważywszy na obmiarowy charakter rozliczenia kontraktu (zob. pkt 20.3 SWZ) w ocenie Wykonawcy ujęcie kosztu przepompowywania ścieków w cenie 1 mb przebudowy kanału jest rozwiązaniem właściwszym niż w 1 komplecie w ramach pozycji 3.2. – 3.4., gdyż ilość godzin przepompowywania, a co za tym idzie również i koszt jest bezpośrednio związany z ilością metrów bieżących przewidzianych do przebudowy1”.

Oferta Odwołującego STRABAG jest zgodna z warunkami zamówienia, obejmuje całość przedmiotu zamówienia uwzględniając w 100% koszty przepompowania ścieków, zaś zakwestionowane przez Zamawiającego pozycje nr 3.2. – 3.4. zostały prawidłowo skalkulowane. Niewiarygodność wyjaśnień Odwołującego STRABAG w zakresie ujęcia w ofercie kosztów przepompowania ścieków ma wynikać z faktu, że nie udowodnił, iż koszt ten zawarty jest w pozycjach nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1. Wykonawca STRABAG zwraca uwagę, że pozycje nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 nie były przedmiotem wezwania z dnia 09.05.2024 r. W tym zakresie, jak również w każdym innym, który wykraczał poza treść wezwania, względnie budził dalsze wątpliwości wynikające z udzielonych wyjaśnień, gotów był udzielić Zamawiającemu dodatkowych informacji. Wykonawca STRABAG miał obowiązek bowiem wyjaśnić przede wszystkim sposób kalkulacji

pozycji 3.2. - 3.4. Przedmiaru 1 i w tym zakresie zaoferował obszerne wyjaśnienia poparte szczegółową kalkulacją.

Odnosnie zasadności stanowiska Zamawiającego odnośnie niezgodności oferty wykonawcy STRABAG z warunkami zamówienia i rażąco niskiej ceny, którą zaoferował Odwołujący STRABAG ma również wynikać z tego, że dla oszacowania kosztu przepompowania ścieków miarodajnym w ocenie Zamawiającego ma być ilość napływających ścieków, a nie długość kanału. Zamawiający stoi na stanowisku, że koszt prac związanych z przepompowaniem ścieków determinowany jest wyłącznie ilością napływającego medium. W tym względzie Odwołujący STRABAG proponuje, aby sięgnąć do dokumentacji projektowej przedłożonej przez Zamawiającego.

Odwołujący STRABAG przyjął na potrzeby kalkulacji, a następnie realizacji założenie, że remonty/prace będą wykonywane odcinkowo np. dany odcinek kanału będzie wykonywany w ciągu jednego dnia roboczego. Podzielenie na odcinki oznacza, że koszt przepompowania ścieków będzie determinowany poszczególnymi pracami, a nie całą inwestycją. W trakcie prowadzenia robót napływ ścieków do remontowanego kanału zostanie „zagospodarowany” dzięki zastosowaniu obejściowego transportu ścieków (czyli tzw. bypass-u) oraz tymczasowych zastawek, co pozwoli na utrzymanie aktualnie remontowanego odcinka w stanie suchym. Po zakończeniu remontu konkretnego odcinka w danym dniu roboczym, kanał zostaje „włączony” do sieci poprzez otwarcie zastawek, dzięki czemu dalszy przepływ odbywać się będzie już z jego wykorzystaniem. Tak więc koszt utrzymania kanału w stanie suchym zależy jest przede wszystkim od czasu tj. ilości dni pracy potrzebnych Wykonawcy do przebudowy kanału. Logicznym jest bowiem, że jeśli jeden wykonawca będzie przebudowywać kanał przez 10 dni, a drugi ten sam zakres robót wykona przez 5 dni, to poniesie mniejszy koszt przepompowania ścieków (w tym również koszt utrzymania całego osprzętu do przepompowania w gotowości), niż pierwszy z nich. W świetle powyższego sposób realizacji prac przewidzianych do wykonania w ramach tego Postępowania (w szczególności robót związanych z przebudową kanału) uzasadnia prawidłowość przyporządkowania kosztu utrzymania kanału w stanie suchym (co obejmuje również koszt przepompowania) do pozycji kosztorysowej wykonania kanału, a nie ogólnych pozycji ryczałtowych 3.2. – 3.4. Przedmiaru 1.

Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał minimalne i maksymalne przepływy godzinowe ścieków, które wykonawca ma obowiązek wziąć pod uwagę w ramach czynności i kosztów związanych z utrzymaniem kanału w stanie suchym. Tym samym nawet w przypadku minimalnych przepływów ścieków zgodnie z danymi przekazanymi przez Zamawiającego, wykonawca i tak zobowiązany jest zapewnić gotowość przepompowania ścieków w razie wystąpienia maksymalnego przepływu, a tym samym ponieść z tego tytułu koszty. Zamawiający nieprawidłowo więc ocenił wyjaśnienia Wykonawcy twierdząc, że pomiędzy kosztem przepompowywania ścieków, a długością (okresem) realizacji robót związanych z przebudową kanału nie ma związku. Dalszą tego konsekwencją jest nieprawidłowa ocena oferty wykonawcy STRABAG jako niezgodnej z warunkami zamówienia i rażąco niskiej z powodu uwzględnienia kosztu przepompowania w kosztorysowych pozycjach związanych z przebudową kanału i jego utrzymaniem w stanie suchym.

Odwołujący STRABAG wskazał na treść Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych ST 04 „Roboty remontowe”, zgodnie z którą w cenie wykonania 1 mb kanału należy uwzględnić utrzymanie remontowanego kanału w stanie suchym. Przytoczona ST 04, jak i wszystkie pozostałe ST dotyczące remontu kanału zrzutowego (tj. ST 00, ST 01, ST 02, ST 03, ST 06, ST 07) zostały wymienione w kolumnie nr 2 pozycji przedmiarowych 3.5 - 3.12 Przedmiaru 1. STRABAG kierował się więc w tym względzie odniesieniami, które to Zamawiający poczynił w dokumentacji postępowania.

Odnosnie kwestii ewentualnej zmiany zakresu prac dotyczących przebudowy kanału może rzutować na koszt przepompowania i tym samym uzasadniać tenże koszt w pozycjach kosztorysowych Odwołujący STRABAG. Sam fakt rozliczenia kosztorysowego sugeruje, że ilości poszczególnych pozycji mogą ulec zmianie. Nadmienić należy, że remont samego kanału uwzględniony jest w 8-iu różnych pozycjach tj. od poz. 3.5 do poz. 3.12 Przedmiaru 1, co związane jest przede wszystkim z różnymi przekrojami poprzecznymi dna kanału i odmiennymi rozwiązaniami konstrukcyjnymi dla poszczególnych przekrojów i odcinków. Rozwiązania konstrukcyjne uzależnione są m. in. od stanu istniejącego kanału, warunków geologicznych, lokalizacji sytuacyjnej. W opinii wykonawcy STRABAG nawet jeżeli w SWZ podano całkowitą ilość kanału do wyremontowania (716 mb kanału) nie można wykluczyć a priori, że długości poszczególnych odcinków nie zmieniają się względem siebie. Zresztą nawet jeżeli całkowita długość kanału nie uległaby zmianie, to zmienić się mogą długości poszczególnych odcinków o zadanych przekrojach. Wszak rozwiązanie konstrukcyjne przekroju porzecznego kanału ma bezpośredni wpływ na czas jego realizacji. Poszczególne odcinki wymagają innego zaangażowania potencjału ludzkiego i sprzętowego. Dokumentacja projektowa udostępniona przez Zamawiającego przewiduje m.in. odcinki kanału, które należy wykonać po wykonaniu wzmocnienia gruntu za pomocą mikropali, podczas gdy w innych miejscach zakłada wykonanie kanału przy zastosowaniu materaca z mieszanki niezwiązanej C90/3, georusztu oraz kruszywa 31,5-63. Wydajności ułożenia 1 mb kanału w obu przypadkach różnią się od siebie, co za tym idzie również koszt utrzymania kanału w stanie suchym (w tym więc również koszt przepompowania ścieków) zmienia się dla każdego z przekroju i dla każdej pozycji przedmiarowej. Gdyby koszt przepompowywania ścieków został w całości ujęty wyłącznie w pozycjach 3.2. – 3.4. Przedmiaru 1, rozliczanych jako 1 komplet autonomiczny względem

pozostałych pozycji, wówczas wynagrodzenie wykonawcy za przepompowywanie ścieków pozostawałoby niezmiennie mimo wprowadzenia zmian na poszczególnych zakresach (pozycjach przedmiarowych) realizowanych robót. Z tego względu w ocenie STRABAG uzależnienie kosztu utrzymania kanału w stanie suchym (w tym poprzez przepompowywanie ścieków) od rodzaju przekroju poprzecznego dna kanału, a więc i od pozycji przedmiarowej pozwala na uczciwe rozliczenie kontraktu z Zamawiającym.

Odwolujący wskazał także na odpowiedź na pytanie nr 7, że sam Zamawiający przyznał, że istnieje prawdopodobieństwo rozbiórki ww. obiektu, co w opinii STRABAG może wiązać się ze zmianami zakresu przedmiotu zamówienia m.in. poprzez zmiany długości poszczególnych odcinków ujętych w pozycjach 3.5 - 3.12 Przedmiaru 1 i tym samym przeczy tezie o niezmienności zakresu robót, którą forsuje Zamawiający.

Odnosnie kalkulacji kosztów przepompowania ścieków w pozycjach 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 – roboty odwodnieniowe, a przepompowywanie ścieków Odwołujący STRABAG podniósł, że kwestionując ofertę wykonawcy STRABAG Zamawiający doszedł do przekonania, że wykonawca STRABAG bezpodstawnie twierdzi, że koszt przepompowania może być w świetle dokumentacji postępowania ujęty w ww. pozycjach Przedmiaru 1. Zamawiający jest w błędzie, a najlepiej świadczy o tym treść dokumentacji projektowej, którą sam udostępnił. Dokumentacja projektowa nie zawierała dodatkowych specyfikacji technicznych związanych jedynie z robotami odwodnieniowymi lub robotami związanymi z przepompowywaniem ścieków. Z tego względu wykonawca był uprawniony interpretować roboty związane z przepompowywaniem ścieków jako element robót odwodnieniowych pozwalających na utrzymywanie kanału w stanie suchym.

Odnosząc się do kwestii uwzględnienia kosztów przepompowania ścieków w pozycjach nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 nie jest niedozwoloną czynnością przerzucania kosztów Odwołujący STRABAG podniósł m.in., że skalkulowanie kosztów przepompowania ścieków w pozycjach nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 nie było czynnością niedozwoloną i nie może uzasadniać to kwalifikacji oferty Odwołującego STRABAG jako niezgodnej z warunkami zamówienia. SWZ w żadnej części nie przewidywał zakazu uwzględniania określonych kosztów w różnych pozycjach, w szczególności, gdy koszty te ujęte są w różnych pracach. Ma to miejsce w tej sprawie, gdzie w szeregu wycenianych pozycji przedmiarów robót zawarte są odwołania do tożsamyh, szczegółowych ST. Po drugie, za ujęciem kosztów przepompowania ścieków w ww. pozycjach przemawia ich opis i charakter uwzględniając przy tym przedmiot zamówienia. Po trzecie, jak już wcześniej wspomniał wykonawca STRABAG, ujęcie kosztu przepompowania ścieków w pozycjach związanych z przebudową kanału ma swoje oparcie w technologii wykonania robót.

Drugą z podstaw odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG jest przesłanka z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp. Zamawiający uznał, że wykonawca STRABAG składając w dniu 14.05.2024 r. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny i przedkładając wraz z nimi dowody nie wykazał realności zaoferowanej ceny i nie wywiązał się z obowiązku przewidzianego w art. 224 ust. 5 ustawy Pzp. Odwołujący STRABAG udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.05.2024 r. w pełnym zakresie, tj. odniósł się do wszystkich oczekiwanych przez Zamawiającego elementów. W szczególności jeśli chodzi o cenę przedstawił w tym względzie szczegółową kalkulację obrazującą zakres przedmiotowy pozycji nr 3.2. – 3.4. Przedmiaru 1, koszty jednostkowe składające się na te pozycje, wartość narzutów na każdej z pozycji kalkulacji wraz z podaniem kwoty przewidywanego zysku. Wyjaśnienia wykonawcy STRABAG korespondowały więc z zakresem wezwania. Były przy tym szczegółowe. Wykonawca STRABAG w wyjaśnieniach i załączonych do nich dowodach przedstawił kalkulację kosztów wszystkich pozycji składających się na przedmiot zamówienia. Żadna pozycja nie pozostała niewyceniona i bez uzasadnienia.

Rzekome zaniżenie kosztu wykonania pozycji nr 3.2. – 3.4. Przedmiaru 1 (z czym Odwołujący STRABAG kategorycznie nie zgadza się, wskazując że koszt przepompowania ścieków ujęty jest w pozycjach nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1) nie stanowiło zaniżenia całości ceny przedmiotu zamówienia, co uzasadniałoby kwalifikację z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Jeśli Zamawiający miał wątpliwości odnośnie sposobu kalkulacji pozycji nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 i w tym zakresie oczekiwał szczegółowej kalkulacji ceny ofertowej winien zwrócić się do wykonawcy STRABAG o dalsze wyjaśnienia. Odrzucenie oferty Odwołującego wykonawcy STRABAG było przedwczesne. Natomiast zastrzeżenia Zamawiającego odnośnie sposobu wyjaśnienia przez wykonawcę STRABAG kalkulacji kosztu wykonania pozycji nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 pojawiły się dopiero z chwilą opublikowania informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i uzasadnienia odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG. Wcześniej, a w szczególności w wezwaniu z dnia 09.05.2024 r., Zamawiający nie artykułował pod adresem STRABAG żądania przedstawienia szczegółowej kalkulacji ofertowej dla wszystkich pozycji wycenianego przedmiaru (co pozwoliłoby mu poznać detale kalkulacji wszystkich pozycji składających się na zakres zamówienia), a w szczególności ww. pozycji 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1. Jeśli zaś w następstwie otrzymanych wyjaśnień od STRABAG Zamawiający nabral nowych wątpliwości, w ocenie Odwołującego zobowiązany był je rozwiać przed podjęciem ostatecznej decyzji o odrzuceniu.

Odwolujący STRABAG nie miał obowiązku i możliwości antycypować, iż Zamawiający wyrazi obiektywne odnośnie

kalkulacji pozycji nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1, tym bardziej, że wartość tych pozycji nie wzbudzała niczych obiekcji, nie uzasadniała weryfikacji ich kosztu w trybie art. 224 ust. 1 pzp, ani nie odstawała od kosztów zaprezentowanych przez pozostałych oferentów. Wręcz przeciwnie, STRABAG poz. 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 wycenił na porównywalnym lub wyższym poziomie w stosunku do konkurencji. Sytuacja przedstawiałaby się zgoła odmiennie, gdyby Zamawiający już w piśmie z dnia 09.05.2024 r. zażądał, aby w ramach wyjaśnień uzasadnić koszt ww. pozycji, tudzież w skali całego zamówienia wyjaśnić w trybie art. 223 ust. 1 pzp w jaki sposób zostały skalkulowane koszty przepompowania ścieków w związku z realizacją całego zamówienia. Takiego oczekiwania jednak nie było. Zamawiający w następstwie otrzymanych wyjaśnień Odwołującego STRABAG nie miał podstaw do odrzucenia jego oferty bez wezwania do uzupełnienia wyjaśnień odnośnie pkt 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1. W tym zakresie doszło do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

Odnosnie ujęcia kosztu przepompowania ścieków w ramach kosztu przebudowy 1 mb kanału w pozycjach nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 Odwołujący STRABAG podniósł, iż było realne. Zamawiający uznając je za nieprzekonujące stwierdził, że nie jest prawdziwym twierdzenie, jakoby uwzględnienie w ramach pozycji nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 kosztów przepompowania ścieków było realne, gdyż koszty tych pozycji skalkulowane przez STRABAG nie są wyższe niż wartości podane przez oferentów. Podnosząc ten argument Odwołujący STRABAG nie miał jednak na myśli, iż w każdej z ww. pozycji podał wartość wyższą od pozostałych konkurentów. Kwoty te rzeczywiście są zróżnicowane. Na skutek zestawienia z innymi ofertami dostrzegalne jest, że w zakresie pozycji nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 mamy do czynienia z różnicami na każdej pozycji między oferentami. Niezależnie do tego widoczne jest, że w przypadku ww. pozycji oferta wykonawcy STRABAG jeśli nie jest najwyższa w danej pozycji to z pewnością jest jedną z wyższych. Zamawiający poddał także w wątpliwość, aby realnym było w ramach kosztów przebudowy kanału w pozycjach nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1 uwzględnić również koszty przepompowania ścieków. Stanowisko Zamawiającego jest pokłosiem wspomnianego zaniechania wezwania wykonawcy STRABAG do wyjaśnień i w konsekwencji nieznamość obranego przez wykonawcę STRABAG sposobu skalkulowania oferty. Jeszcze raz należy podkreślić, że gdyby Zamawiający już na etapie oceny ofert zwrócił się w tym względzie do Odwołującego STRABAG ujawniając swoje wątpliwości w zakresie kalkulacji pozycji nr 3.5. – 3.12. Przedmiaru 1, wykonawca STRABAG przedstawiłby mu szczegółowe informacje, co pozwoliłoby Zamawiającemu zaniechać snucia nieuzasadnionych przypuszczeń.

Zamawiający w ramach tego postępowania wezwał w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dwóch wykonawców: STRABAG i Elgrunt. Analiza wyjaśnień i dowodów złożonych przez oba podmioty świadczy o stosowaniu odmiennych kryteriów oceny przez Zamawiającego, skutkiem czego potraktował on nierówno obu wykonawców. Dalszym tego następstwem jest kwestionowana przez Odwołującego STRABAG ocena wyjaśnień, której dokonał Zamawiający i jego konkluzja, że nie są one przekonujące, szczegółowe i poparte dowodami. Z jednej strony mamy bowiem obszernie, 17-stronicowe wyjaśnienia wykonawcy STRABAG, do których poza szczegółową kalkulacją załączono również 8 innych dowodów w postaci ofert pochodzących od podmiotów zewnętrznych działających na rynku, które w ocenie Zamawiającego są nieprzekonujące, gdyż nie załączono do nich dowodów na potwierdzenie sposobu kalkulacji kosztów pozycji nieobjętych wezwaniem Zamawiającego. Podkreślić należy ponownie, że Zamawiający w zakresie wykraczającym poza treść wezwania nie skorzystał z możliwości ponowienia wezwania do wykonawcy STRABAG, choć nic nie stało temu na przeszkodzie. Z drugiej strony zaś mamy wykonawcę, który w odniesieniu do zagadnienia przepompowania ścieków deklaruje dysponowanie sprzętem pozwalającym mu osiągnąć pożądaną wydajność, lecz nie przedkłada na tę okoliczność żadnych dowodów – listy sprzętów, ich specyfikacji. Wyjaśnienia w tym względzie sprowadzają się do stwierdzenia: „W naszym posiadaniu są wyciszone pompy z napędem spalinowym w ilości 5szt. o łącznej wydajności – 4 370 m³/h. Firma dysponuje również własnym zestawem kolektorów zrzutowych (elastycznych i z PE) w ilości wystarczającej dla obsłużenia każdego z etapów robót. Własny sprzęt sprawia, iż możemy sobie pozwolić na stosowne obniżenie kosztów pompowania ścieków”. W dalszym fragmencie tego lapidarnego fragmentu wyjaśnień Elgrunt pojawia się informacja o zabezpieczeniu dodatkowych pomp poprzez ich wynajem od formy zewnętrznej – ponownie w ślad za tym twierdzeniem wykonawca Elgrunt nie przedkłada żadnych dowodów w postaci np. umowy najmu. Wreszcie, wykonawca Elgrunt dochodzi do konstatacji, że „konfiguracja zestawu pompowego oraz niskie zużycie paliwa posiadanych pomp skutkuje odpowiednio niskimi kosztami pompowania ścieków, co znalazło swoje odzwierciedlenie w złożonej ofercie”. Z załączonej do wyjaśnień wykonawcy Elgrunt kalkulacji nie dowiemy się jednak skąd wywodzi on wniosek np. o niskim zużyciu paliwa. Takie wyjaśnienia, składające się de facto z twierdzeń i kalkulacji kosztorysowej, wsparte przy tym zapewnieniami o dysponowaniu stosownym sprzętem nie powodują jednak zastrzeżeń Zamawiającego, a tym bardziej uwag dotyczących rzekomego braku dowodów potwierdzających prawidłowość złożonego oświadczenia, jak czyni to Zamawiający w odniesieniu do oferty wykonawcy STRABAG.

W tym przypadku nie ma więc mowy o równym traktowaniu wykonawców, gdy w odniesieniu do tych samych pozycji w przypadku jednego z nich Zamawiający uznaje, że wystarczające do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny są wyłącznie ogólne zapewnienia i oświadczenia bez załączenia dowodów, a w przypadku drugiego oczekuje przedstawienia dowodów również w tym zakresie, który nie jest objęty wezwaniem, a do którego jedynie odwołano się w

treści wyjaśnień.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący STRABAG podniósł, że dokonując wyboru oferty wykonawcy Elgrunt jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu doszło do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta wykonawcy Elgrunt nie jest bowiem najkorzystniejsza. Naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi więc dalszą konsekwencję naruszenia przepisów wskazanych w zarzutach nr 1 - 3 petitum odwołania.

Zarzut nr 6 ma charakter wynikowy i stanowi następstwo uprzednio omówionych uchybień. Wobec naruszeń wyartykułowanych przy omówieniu zarzutów nr 1 - 5, w ocenie wykonawcy STRABAG Zamawiający nie miał podstaw, aby odrzucić ofertę Odwołującego i uznać ofertę wykonawcy Elgrunt za najkorzystniejszą. Z tego też względu czynność wyboru oferty wykonawcy Elgrunt jako najkorzystniejszej i odrzucenia oferty wykonawcy STRABAG naruszają przepisy art. 16 pkt 1) i 2) ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 17 lipca 2024 r. kopię odwołania przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego za pomocą platformy Open Nexus.

W dniu 19 lipca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwany dalej „Przystępującym TERLAN”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu STRABAG i Zamawiającemu.

W dniu 22 lipca 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca Elgrunt Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, zwany dalej „Przystępującym Elgrunt”, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu TERLAN i Zamawiającemu.

Zamawiający w dniu 25 lipca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości oraz obciążenie Odwołującego TERLAN kosztami postępowania odwoławczego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu oraz treść SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia żadnego z odwołań w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego TERLAN i Odwołującego STRABAG w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy Elgrunt Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, zwanego dalej „Przystępującym Elgrunt”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2482/24 i KIO 2497/24 po stronie Zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia wykonawcy TERLAN Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, zwanego dalej „Przystępującym TERLAN”, do udziału w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 2497/24 po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej o sygn. akt KIO 2482/24 i KIO 2497/24, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska złożone ustnie przez Strony i Przystępujących do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba w poczet materiału dowodowego w sprawie o sygn. akt KIO 2497/24 zaliczyła dowody złożone przez Odwołującego STRABAG i załączone do odwołania, tj.:

1. Arkusz kalkulacyjny excel pn. „Porównanie ofert”.
2. Wyjaśnienie pozycji kosztorysowej nr 3.11. stanowiąca TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA.
3. Oferta Blekan stanowiąca TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA.
4. Oferta Cemex stanowiąca TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA.
5. Oferta Tech-bet stanowiąca TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA.
6. Oferta MD-Technologie stanowiąca TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA.
7. Oferta K. stanowiąca TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA.

Izba w poczet materiału dowodowego w sprawie o sygn. akt KIO 2497/24 zaliczyła dowody załączone przez

Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie wyspecyfikowane w Załączniku nr 1 do odpowiedzi PEWIK GDYNIA Sp. z o.o. na odwołanie Strabag Sp. z o.o. w sprawie KIO 2497/24 – „Wykaz dowodów potwierdzających, że przebudowa kanału będzie wykonywana na konkretnie określonym odcinku, w korycie istniejącego kanału, przy użyciu z góry zaprojektowanych i zamówionych modułów GRP o konkretnych wymiarach”.

Izba w poczet materiału dowodowego w sprawie o sygn. akt KIO 2497/24 zaliczyła dowód złożony przez Odwołującego STRABAG na rozprawie, tj.: przekroje poprzeczne dna kanału.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołania.

KIO 2482/24

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W postępowaniu złożono 6 ofert, z których jedną odrzucono. Ceny brutto robót obejmujących bypass były następujące: oferta nr 1 złożona przez Odwołującego (wykonawcę Terlan Sp. z o.o.) – 5.575.000,00 zł; oferta nr 3 złożona przez wykonawcę PI Drewna – Hydroinstal Sp. z o.o. – 9.857.436,00 zł; oferta nr 4 złożona przez wykonawcę Wodkan – Grzenkowicz Sp. z o.o. – 6.200.000,00 zł; oferta nr 5 złożona przez wykonawcę AARSLEFF Sp. z o.o. – 5.142.028,00 zł oraz oferta nr 6 złożona przez wykonawcę Elgrunt Sp. z o.o. – 1.645.402,00 zł.

Zamawiający, pismem z dnia 9 maja 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierował wezwanie do wykonawcy Elgrunt „w celu ustalenia, czy nie zachodzą okoliczności wymienione w art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy Pzp, (...) o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny elementów wycenionego przedmiaru robót, mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający oczekuje od Wykonawcy wyjaśnienia dotyczącego wycenionego przedmiaru robót w zakresie jakie przyjął elementy i o jakiej wartości w wymienionych poniżej pozycjach:

- 1) Przedmiar 1 - Przygotowanie terenu pod budowę - poz. 1.1, 1.5;
- 2) Przedmiar 1 - Przebudowa kanału ściekowego - poz. 3.2, 3.3, 3.4;
- 3) Przedmiar 2 - Budowa kanalizacji deszczowej i przebudowa istniejącej kanalizacji deszczowej we wsi Kazimierz - poz. 1.4;
- 4) dokumentacja techniczna powykonawcza dla Przebudowy kanału ściekowego we wsi Kazimierz (Przedmiar 1);
- 5) dokumentacja techniczna powykonawcza dla Budowy kanalizacji deszczowej i przebudowa istniejącej kanalizacji deszczowej we wsi Kazimierz (Przedmiar 2)

w celu ustalenia faktów świadczących, o tym że zaoferowana cena jest realna i zapewni prawidłowe i zgodne z dokumentacją projektową wykonanie przedmiotu zamówienia.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca Elgrunt, pismem z dnia 14 maja 2024 r., podał, „że kwota naszej oferty stanowi bilans sprzyjających Wykonawcy warunków cenotwórczych i dostępnych rozwiązań technologicznych dla wykonania niniejszego zamówienia polegających na tym, że:

Ad. 1) Przedmiar 1 – przygotowanie terenu pod budowę – poz. 1.1,

Nasz zespół jest odpowiednio przeszkolony i wyposażony w niezbędne narzędzia, co gwarantuje skuteczność i bezpieczeństwo wykonywanych prac. Roboty związane ze ścinaniem i karczowaniem zagajników zamierzamy wykonać siłami własnymi, bezpośrednio przed wykonywaniem w tym rejonie zasadniczych prac budowlanych. W tym celu użyty zostanie posiadany na budowie sprzęt mechaniczny (minikoparka lub koparko-ładowarka), który wykona zasadniczą część prac, zaś obsługujące budowę samochody ciężarowe z łatwością odwożą pozostałości do utylizacji. Niewielka ilość krzewów do usunięcia i taka organizacja robót pozwala nam ograniczyć w znacznym stopniu koszty tych prac. (...)

Ad. 1) Przedmiar 1 – przygotowanie terenu pod budowę – poz. 1.5,

Zgodnie z dokumentacją projektową, drogi technologiczne mają być wykonane z żelbetowych płyt drogowych. Z uwagi na to, że są to nawierzchnie tymczasowe, wykorzystywane tylko podczas przebudowy kanału, przewidujemy użycie w tym celu używanych płyt drogowych, których duży zapas posiadamy. Dotyczy to również materiału na podbudowę drogi, którą przewidujemy wykonać wykorzystując kruszywo betonowe z recyklingu. Duży zapas (ok. 1 500 t) posiadamy na wynajętym placu składowym w Rumii, przy ul. I Dywizji Wojska Polskiego 122. Ponadto, istniejący kanał ściekowy przykryty jest również takimi płytami drogowymi i zamierzamy je wykorzystać do budowy dróg i placów technologicznych, zanim zgodnie z wytycznymi Zamawiającego poddane zostaną utylizacji. Taka sytuacja powoduje wyeliminowanie kosztów związanych z pozyskaniem tychże płyt drogowych, które w tym wypadku stanowią największą część tej pozycji kosztorysu. Droga technologiczna układana będzie w granicach działek objętych pozwoleniem na budowę przez koparki posiadane na terenie budowy, a przeznaczone w głównej mierze do prac związanych bezpośrednio z remontem kanału ściekowego. Teren po zakończonych robotach zasadniczych zostanie przywrócony do stanu projektowanego, z uwzględnieniem wytycznych z poz. 3.5, 3.8, 3.10 i 3.11. W tych pozycjach, zgodnie z ich opisem, skalkulowano roboty związane z obsypką kanału i uporządkowanie terenu. Prace te są wspólne z robotami ziemnymi i porządkowymi po rozbiórce dróg technologicznych, więc zdecydowano, że ich koszty zostaną przyporządkowane do pozycji wskazanych powyżej. (...)

Ad. 2) Przedmiar 1 – przebudowa kanału ściekowego – poz. 3.2, 3.3, 3.4,

W związku z tym, iż nasza firma wykonywała już roboty budowlane związane z czasowym wyłączeniem kanału ściekowego i koniecznością tymczasowego przepompowywania ścieków dysponuje własnymi pompami przeznaczonymi do tych zadań. W naszym posiadaniu są wyciszone pompy z napędem spalinowym w ilości 5szt. o łącznej wydajności – 4 370 m³/h. Firma dysponuje również własnym zestawem kolektorów zrzutowych (elastycznych i z PE) w ilości wystarczającej dla obsłużenia każdego z etapów robót. Własny sprzęt sprawia, iż możemy sobie pozwolić na stosowne obniżenie kosztów pompowania ścieków. Według pozyskanych informacji, dobowy przepływ ścieków w kanale wynosi 54 000 m³, przy wahaniami od 1200 m³ w godzinach porannych i nocnych do 4 200 m³ od południa do wieczora. To oznacza, iż wykorzystanie zainstalowanych pomp będzie zmienne w ciągu doby. Zabezpieczyć należy (jako zimny zapas) dodatkowe pompy na wypadek awarii pracujących pomp lub wystąpienia deszczy, które spowodują zwiększanie przepływu ścieków w kanale do wartości nawet 8 640 m³/h. Służyć do tego będą dwie wynajęte pompy BA-400 o wydajności 3 200 m³/h każda. Taka konfiguracja zestawu pompowego oraz niskie zużycie paliwa posiadanych pomp skutkuje odpowiednio niskimi kosztami pompowania ścieków, co znalazło swoje odzwierciedlenie w złożonej ofercie. (...)

Ad. 3) przedmiar 2 – Budowa kanalizacji deszczowej i przebudowa istniejącej kanalizacji deszczowej we wsi Kazimierz – poz. 1.4,

Nasza firma, realizując wiele skomplikowanych kontraktów posiada własne grodzice, które można wykorzystać do budowy traconych komór technologicznych dla potrzeb budowy odcinków kanalizacji Dn 400 pod kanałem zrzutowym ścieków. Grodzice te będą wbijane w grunt za pomocą dostępnej głowicy wibracyjnej montowanej na naszej koparce. Nadmienić należy, iż jako profesjonalna firma posiadamy w swoim parku maszynowym 8 zestawów do odwadniania gruntu za pomocą igłofiltrów. W związku z tym koszty wykonania ww komór są minimalne, co zostało uwzględnione w złożonej ofercie. (...)

Ad. 4 dokumentacja techniczna powykonawcza dla Przebudowy kanału ściekowego we wsi Kazimierz (Przedmiar 1) i

Ad. 5 dokumentacja techniczna powykonawcza dla Budowy kanalizacji deszczowej i przebudowa istniejącej kanalizacji deszczowej we wsi Kazimierz (Przedmiar 2)

Nasza firma zatrudnia wykwalifikowanych inżynierów oraz geodetów, którzy posiadają duże doświadczenie w pracy nad różnorodnymi projektami. Całość dokumentacji powykonawczej będzie realizowana przez oddelegowanych do tego zadania inżynierów w ramach ich codziennych obowiązków jako kierownika budowy i kierowników robót. Wynagrodzenie kadry inżynierskiej ujęto w kosztach ogólnych budowy, przypisanych do każdej z pozycji złożonego kosztorysu. We wskazanych pozycjach ujęto zatem koszty opracowania powykonawczych operatów geodezyjnych, oraz niezbędnych materiałów biurowych i usług poligraficznych koniecznych do realizacji tych opracowań. Z uwagi na długoletnią współpracę z firmą geodezyjną uzyskano atrakcyjne rabaty cenowe, co przełożyło się na możliwość zminimalizowania kosztów wykonania dokumentacji powykonawczych.

Ceny elementów wycenionego przedmiaru robót wynikają z posiadanego własnego sprzętu i urządzeń technicznych do realizacji przedmiotu zamówienia, to jest: przewoźne pompy do bypasów ściekowych, koparki gąsienicowe, koparko-ładowarki, minikoparki, samochody ciężarowe, samochody dostawcze, szalunki płytowe do wykopów, zagęszczarki, sprężarki, specjalistyczny sprzęt do odwodnienia wykopów, agregaty prądotwórcze, urządzenia do wykonywania przecisków i przewiertów. Ponadto, zatrudniony, wykwalifikowany personelu firmy Elgrunt Sp. z o.o., oraz bardzo dobra organizacji pracy skutkuje niższymi kosztami wynikającymi z braku konieczności korzystania z usług firm zewnętrznych oraz wyeliminowaniem dodatkowych kosztów związanych z wynajmem sprzętu. W ofercie uwzględnione zostały aktualne, oferowane dla naszej firmy hurtowe ceny paliw, stanowiący istotny czynnik cenotwórczy, pozwalający dodatkowo obniżyć koszty pracy sprzętu i transportu. Przez lata współpracy z różnymi dostawcami materiałów wypracowaliśmy znaczne upusty cenowe. Elgrunt Sp. z o. o. posiada sprawny system zarządzania, który polepszył organizację pracy i pozwala na obniżenie kosztów realizacji przyjętych zleceń.

W ww pozycjach kosztorysowych zawarte są i wycenione wszystkie niezbędne i opisane w nich prace zgodnie z projektem budowlanym, specyfikacją techniczną, SWZ. Elgrunt Sp. z o.o. działa na rynku lokalnym, zatrudniając pracowników zamieszkujących w bliskim sąsiedztwie ww. budowy, co sprowadza koszty dowozu pracowników do zera.

Oferowana przez nas cena jest realna i rynkowa, uwzględnia wszystkie wymagania SWZ oraz obejmuje wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. W cenie ofertowej uwzględnione są wszystkie podatki, ubezpieczenia, opłaty, opłaty transportowe itp., włącznie z podatkiem od towarów i usług – VAT.

(...) cena oferty złożonej przez Elgrunt Sp. z o.o. uwzględnia wszelkie niezbędne koszty dla prawidłowej i rzetelnej realizacji przedmiotu zamówienia. Cena jest realna i zapewni prawidłowe i zgodne z dokumentacją projektową wykonanie przedmiotu zamówienia.”.

W załączeniu do wyjaśnień wykonawca Elgrunt złożył cztery kalkulacje ceny jednostkowej, dotyczące przedmiaru 1- poz. 1.1 (ad. 1 wyjaśnień), przedmiaru 1 - poz. 1.5 (ad.1 wyjaśnień), przedmiaru 1 - poz. 3.2, 3.3, 3.4 (ad. 2 wyjaśnień)

oraz przedmiaru 2 - poz. 1.4 (ad. 3 wyjaśnień)

Zamawiający, pismem z dnia 4 lipca 2024 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Elgrunt jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że „Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Oznacza to, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Składane są bowiem celem stwierdzenia, że podejrzenie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa bowiem na wykonawcy. Wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wiąże się z określonymi konsekwencjami dla wykonawcy. Powoduje bowiem, że to po stronie wykonawcy powstaje obowiązek wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny i obliuguje go do złożenia wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, co jest bezsporne, skierował do wykonawcy Elgrunt wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny dotyczące „wycenionego przedmiaru robót w zakresie jakie przyjął elementy i o jakiej wartości w wymienionych poniżej pozycjach” w zakresie wskazanych w wezwaniu przedmiarów, tj. „Przedmiaru 1 - Przygotowanie terenu pod budowę - poz. 1.1,1.5”, „Przedmiaru 1 - Przebudowa kanału ściekowego - poz. 3.2, 3.3, 3.4”, „Przedmiaru 2 - Budowa kanalizacji deszczowej i przebudowa istniejącej kanalizacji deszczowej we wsi Kazimierz - poz. 1.4”, „dokumentacji technicznej powykonawczej dla Przebudowy kanału ściekowego we wsi Kazimierz (Przedmiar 1)” oraz „dokumentacji technicznej powykonawczej dla Budowy kanalizacji deszczowej i przebudowy istniejącej kanalizacji deszczowej we wsi Kazimierz (Przedmiar 2)” celem „ustalenia faktów świadczących, o tym że zaoferowana cena jest realna i zapewni prawidłowe i zgodne z dokumentacją projektową wykonanie przedmiotu zamówienia”.

Skierowane do wykonawcy wezwanie było precyzyjne i wprost podawało jakie elementy oferty wzbudziły wątpliwości Zamawiającego a więc jakich wyjaśnień Zamawiający od tego wykonawcy oczekuje.

Wykonawca zobowiązany był nie tylko, że do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w wyspecyfikowanym przez Zamawiającego zakresie, ale i złożenia dowodów na poparcie zawartych w nich twierdzeń dotyczących ceny lub kosztu oferty/istotnych części składowych oferty bo to właśnie część składowa - jej istotna część była kwestionowana. Oznacza to więc, że wykonawca Elgrunt, składając wyjaśnienia, powinien odnieść się do tych elementów ceny, jak również wykazać realność zaoferowanej ceny, gdyż ciężar dowodu spoczywa na wykonawcy. Tego jednak – w ocenie Izby – wykonawca Elgrunt nie uczynił. Poza ogólnymi stwierdzeniami i kalkulacjami ceny nie złożył bowiem żadnych dowodów. Tymczasem „sama kalkulacja ceny nie może być dowodem w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, gdyż konieczne jest załączenie dowodów, co stanowi nieodłączny element wyjaśnień”. (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 31 sierpnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 71/21). To właśnie na podstawie załączonych do wyjaśnień dowodów Zamawiający dokonuje ich weryfikacji. Jeżeli więc wykonawca twierdzi, że dysponuje własnymi pompami, które będą użyte do realizacji zamówienia powinien to wykazać. Jeśli z kolei twierdzi, że na wyjątkowo atrakcyjnych warunkach będzie korzystał z wynajętych pomp to także powinien to wykazać, przedkładając i na tę okoliczność dowody. Tego jednak wykonawca nie zrobił.

Co więcej wykonawca ten – jak słusznie podniósł Odwołujący TERLAN –w poz. 3.2, 3.3 i 3.4. nie wycenił wszystkich nakładów koniecznych do realizacji bypassu. Wykonawca powinien bowiem dla każdego z etapów oprócz samych kosztów pracy bypassu (kosztów przetłaczania ścieków oczyszczonych) wkalkulować również koszty robót przygotowawczych, które są konieczne do przygotowania pracy bypassu na każdym z etapów. Zamawiający w poz. 3.2, 3.3 i 3.4 dokładnie przecież wskazał koszty jakich elementów powinny być uwzględnione w wycenie kosztów tych robót. Oznacza to więc, że wykonawca na każdym etapie ich wykonania powinien był koszty te wkalkulować w koszt bypassu. Tymczasem wykonawca Elgrunt kosztów prac tych nie uwzględnił. Informacji na ten temat nie ma bowiem zarówno w kalkulacji cenowej dotyczącej tych pozycji, jak również w treści wyjaśnień dotyczących tych pozycji. Koszty tych prac, jak podkreślał Zamawiający w trakcie rozprawy, zostały ujęte w poz. 1.1 – 1.5, gdyż dotyczą one wykonywania czynności pod budowę. Natomiast w pozycji 1.5 wykonawca Elgrunt ponoć uwzględnił ułożenie płyt dla pozycji 3.2 – 3.4. Powyższe Zamawiający – jak także wyjaśnił - wywnioskował z treści wyjaśnień wykonawcy Elgrunt, który z kolei odwoływał się do zawartego w wyjaśnieniach sformułowania, że „w w/w pozycjach kosztorysowych zawarte są i wycenione wszystkie niezbędne i opisane w nich prace zgodnie z projektem budowlanym, specyfikacją techniczną, SWZ” jako tego, które potwierdza, że te koszty we wskazanych pozycjach zostały przez niego ujęte. Niemniej jednak brak w tym zakresie jakichkolwiek informacji (wyjaśnień) pochodzących od wykonawcy Elgrunt twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie

czyni niewiarygodnymi. Złożona kalkulacja dotyczy bowiem wyłącznie przepompowania (kosztów pracy pomp własnych i wynajętych oraz kosztów zgrzania rur i przenoszenia zgrzanych rurociągów). Brakujących informacji nie da się wyinterpretować z treści złożonych wyjaśnień. Czynności z pozycji 1.5 są natomiast czynnościami właściwymi wyłącznie dla tej pozycji i – jak słusznie podniósł Odwołujący TERLAN – nie dotyczą pozycji 3.2 - 3.4.

Odwołujący TERLAN wykazał także, że wykonawca Elgrunt zaniżył parametry przepływów oraz czasu pracy bypassów, przywołując zapisy dokumentacji projektowej i zestawiając je z wyjaśnieniami tego wykonawcy składanymi w odpowiedzi na wezwanie w zakresie rażąco niskiej ceny. Koszt dzienny pracy pomp w instalacji bypassu został zaniżony aż o 60% w stosunku do wymogów określonych w projekcie. Jak bowiem wskazał Odwołujący TERLAN roboty przy przebudowie kanału, jak wynika z OPZ, zajmą 365 dni, w czasie których konieczna będzie praca bypassu. Tymczasem wykonawca Elgrunt w kalkulacji kosztów robót w zakresie bypassu przyjął jedynie 160 dni pracy bypassu, co daje 8.640.000,00 m³ ścieków oczyszczonych do przepompowania. Nie wykazał przy tym żadnej optymalizacji czasowej realizacji tych prac, co z kolei mogłoby przekładać się na krótszą pracę bypassu.

Odwołujący TERLAN zarzucił Zamawiającemu także naruszenie „art. 226 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp - niezgodność z warunkami zamówienia”, przywołując przy tym błędną podstawę prawną. Niezgodności z warunkami zamówienia dotyczy bowiem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i, które opisał w dokumentach zamówienia. Na treść oferty składa się bowiem świadczenie wykonawcy. Przykładem takiej niezgodności może być np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił Zamawiający. I w tym stanie faktycznym – jak wykazał Odwołujący TERLAN – sytuacja taka ma miejsce. W zakresie tym Odwołujący TERLAN wskazał bowiem na pominięcie w wycenie sporządzonej przez wykonawcę Elgrunt określonej grupy robót, a także „przyjęcie to kalkulacji posiadanych przez siebie rur PE 400 mm, rur PE 315 mm, elastycznych węży Dn 200 mm i 150 mm.”, a więc – jak dalej podniósł – „przyjęcie do kalkulacji materiału i rozwiązania technicznego niezgodnego z Projektem. Projekt technologiczny oraz projekt wykonawczy przebudowy kanału (punkt 2.11. Parametry instalacji obejściowego tłoczenia ścieków) wskazują konieczność wykonania instalacji do obejściowego hydro-transportu ścieków, która zbudowana jest z rur PE, system 100, PN16 o średnicy 630 mm i połączeniach zgrzewanych. Zastosowanie rur PE o średnicy 630 mm wskazuje również pkt 2. SCHEMATY ORGANIZACYJN Prowadzenia robót w planowanych etapach i zakresach z Projektu technologicznego.”. Powyższy świadczy o tym, że wykonawca Elgrunt - jak słusznie podniósł Odwołujący TERLAN - nie wycenił w ogóle niektórych robót w tym zakresie a inne wycenił w zaniżonych ilościach i czasie trwania. Tym samym w tym zakresie jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia (...)”. (H. Nowak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2023).

Dlatego też Izba uznała, że zarzuty Odwołującego TERLAN potwierdziły się.

KIO 2482/24

Izba ustaliła następujący stan faktyczny (tożsamy dla wszystkich zarzutów):

Zamawiający, pismem z dnia 9 maja 2024 r., działając na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp skierował wezwanie do wykonawcy STRABAG o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny elementów wycenionego przedmiaru robót, mających wpływ na wysokość ceny.

Zamawiający oczekuje od Wykonawcy wyjaśnienia dotyczącego wycenionego przedmiaru robót w zakresie jakie przyjął elementy i o jakiej wartości w wymienionych poniżej pozycjach:

- 1) Przedmiar 1 - Rozbiórka obiektów mostowych wraz z odtworzeniem nawierzchni - poz. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5;
- 2) Przedmiar 1 - Przebudowa kanału ściekowego - poz. 3.1, 3.2, 3.3, 3.4;
- 3) dokumentacja techniczna powykonawcza dla Przebudowy kanału ściekowego we wsi Kazimierz (Przedmiar 1);
- 4) dokumentacja techniczna powykonawcza dla Budowy kanalizacji deszczowej i przebudowa istniejącej kanalizacji deszczowej we wsi Kazimierz (Przedmiar 2)

w celu ustalenia faktów świadczących, o tym że zaoferowana cena jest realna i zapewni prawidłowe i zgodne z dokumentacją projektową wykonanie przedmiotu zamówienia.”.

W odpowiedzi na powyższe wykonawca STRABAG, pismem z dnia 14 maja 2024 r., podał m.in., iż cena oferty złożonej w postępowaniu:

- o nie jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia,
- o jest realną ceną rynkową, czyli uwzględniającą poziom istniejących i przewidywanych cen rynkowych,
- o zapewnia uzyskanie przez Wykonawcę zysku. Wykonawca uwzględnił wszystkie ceny składowe wymagane przez Zamawiającego, tak aby zapewnić rynkowość zaoferowanej ceny,

o została obliczona prawidłowo, w sposób rzetelny, w oparciu o szczegółową analizę wszelkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych realizacji ww. zamówienia publicznego oraz uwzględniając doświadczenie Wykonawcy przy wykonaniu zamówień publicznych o podobnym przedmiocie,
o zawiera wszystkie składniki kosztowe niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami i dokumentami zamówienia.

Powyższe deklaracje znajdują w pełni odzwierciedlenie do pozycji kosztorysowych wycenionych przez STRABAG (...)."

W załączeniu do wyjaśnień wykonawca STRABAG złożył szereg dokumentów, z których część objął tajemnicą przedsiębiorstwa.

Zamawiający, pismem z dnia 4 lipca 2024 r., poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Elgrunt jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy STRABAG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 8 ustawy z Pzp, tj. z uwagi na to, że treść oferty zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, a ponadto jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca ten bowiem „oświadczył, że w poz. 3.2 - 3.4 Przedmiaru 1 skalkulował niezbędne czynniki cenotwórcze takie jak koszty robocizny, koszty sprzętu, koszty materiałów, koszty robót przygotowawczych, koszty przepompowywania ścieków tylko na czas montażu komór czerpnych oraz koszty pośrednie wraz z zyskiem. Jednocześnie (...) oświadczył, że koszt przepompowania ścieków związany z przebudową samego kanału skalkulował w pozycjach 3.5 - 3.12 Przedmiaru 1, czyli w cenach wykonania metra bieżącego przebudowy kanału. (...) nie przedłożył dowodów do powyższego oświadczenia co do istotnych części składowych wykonania 1 metra przebudowy kanału w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu. Konieczność poparcia przedstawionego oświadczenia dowodami ma kluczowe znaczenie dla jego oceny, ponieważ same oświadczenie nie może być uznane zdaniem Zamawiającego za w pełni miarodajne i obiektywne.

Zamawiający nie zgadza się również z uzasadnieniem wykonawcy, że koszt przepompowania jest zależny od długości kanału i w związku z tym sposób wyceny przedstawiony przez Strabag Sp. z o.o. tj. przerzucenia kosztu przepompowania ścieków do wyceny kosztu przebudowy 1 mb kanału lepiej oddaje charakter wynagrodzenia kosztorysowego. (...) nie zachodziły żadne przesłanki uzasadniające przerzucenie kosztu przepompowania ścieków, wyraźnie wyszczególnionego przez Zamawiającego w poz. 3.2 - 3.4 przedmiaru, do kosztu przebudowy 1 mb kanału znajdującego się w poz. 3.5 - 3.12. W sytuacji nie przedstawienia przez Wykonawcę żadnych dowodów potwierdzających wystąpienie okoliczności umożliwiających mu zaoferowanie niskiej ceny wskazanej w poz. 3.2 - 3.4, Zamawiający nie jest w stanie obiektywnie ocenić, czy okoliczności te faktycznie zachodzą. (...) Ogólnikowe powołanie się na wycenę przepompowania w innej pozycji przedmiaru jest jedynie próbą manipulacji, a nie wykazaniem, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. (...)Zauważyć należy również, że z porównania cen za 1 mb przebudowy kanału obliczonych jako iloraz cen oferowanych za przebudowę kanału (Przedmiar 1 + koszty ogółem) i 716 mb kanału wynika, że cena 1 mb przebudowy zaoferowana przez Strabag Sp. z o.o. jest najniższa i o ponad 8 tysięcy zł, czyli o 23,6 % niższa od ceny średniej, obliczonej na podstawie ofert pozostałych wykonawców. W tym stanie rzeczy nierealne jest, aby w cenie przebudowy 1 mb kanału, poza elementami wyszczególnionymi w opisie poz. 3.5 - 3.12 Przedmiaru 1, Strabag Sp. z o.o. dodatkowo rzetelnie skalkulował koszt przepompowania ścieków podczas wykonywania przebudowy. Tym samym, złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej ceny, która jest niższa o 31,27 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania, a oferta Strabag Sp. z o.o. nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia i nie zapewnia jego należytego wykonania.

Informacja o przerzuceniu do pozycji 3.5 - 3.12 kosztu, który należało wycenić w poz. 3.2 - 3.4 Przedmiaru nr 1 skutkuje również uznaniem, że oferta Strabag Sp. z o.o. jest niezgodna z warunkami zamówienia. (...)”

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi, że „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia”.

Art. 224 ust. 5 i 6 ustawy Pzp stanowi, że:

„5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu”.

Oznacza to, że wykonawca wezwany do złożenia wyjaśnień zobowiązany jest wykazać, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Złożone wyjaśnienia nie mogą mieć charakteru ogólnego. Składane są bowiem celem stwierdzenia, że podejrzenie Zamawiającego dotyczące rażąco niskiej ceny było nieuzasadnione. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa bowiem na wykonawcy. Wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wiąże się z określonymi konsekwencjami dla wykonawcy. Powoduje bowiem, że to po stronie wykonawcy powstaje obowiązek wykazania realności i prawidłowości kalkulacji ceny i obliuguje go do złożenia

wyczerpujących i popartych dowodami wyjaśnień.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający, co jest bezsporne, skierował do wykonawcy STRABAG wezwanie do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym wyliczenia ceny elementów wycenionego przedmiaru robót, mających wpływ na wysokość ceny, w tym w zakresie Przedmiaru 1 - Rozbiórka obiektów mostowych wraz z odtworzeniem nawierzchni - poz. 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, Przedmiaru 1 - Przebudowa kanału ściekowego - poz. 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, dokumentacji technicznej powykonawczej dla Przebudowy kanału ściekowego we wsi Kazimierz (Przedmiar 1) oraz dokumentacji technicznej powykonawczej dla Budowy kanalizacji deszczowej i przebudowa istniejącej kanalizacji deszczowej we wsi Kazimierz (Przedmiar 2) celem „ustalenia faktów świadczących, o tym że zaoferowana cena jest realna i zapewni prawidłowe i zgodne z dokumentacją projektową wykonanie przedmiotu zamówienia”.

Wezwanie to więc wprost wskazywało w jakim zakresie wyjaśnień Zamawiający od wykonawcy oczekuje. Wykonawca zobowiązany był nie tylko, że do przedstawienia szczegółowych wyjaśnień w wyspecyfikowanym przez Zamawiającego zakresie, ale i złożenia dowodów na poparcie zawartych w nich twierdzeń. Wykonawca STRABAG, składając wyjaśnienia, powinien odnieść się do tych elementów ceny, na które w wezwaniu wskazał Zamawiający i wykazać realność zaoferowanej ceny. Skoro Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w tym zakresie to oznacza to, że nadał tym elementom ceny istotny charakter. Za taki istotny element cenowy Zamawiający uznał przede wszystkim pozycje 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, i 2.5 oraz 3.1, 3.2, 3.3 i 3.4. Istotę sporu stanowią z kolei pozycje 3.1, 3.2, 3.3 i 3.4. Roboty te (w pozycjach 3.1, 3.2, 3.3 i 3.4 Przedmiaru) – w ocenie Zamawiającego, jak i Przystępującego TERLAN – na co zgodnie wskazywali różną się ilościowo, co wynika wprost z opisu przedmiotu zamówienia i dokumentacji projektowej. Wobec tego wszyscy wykonawcy powinni w taki sposób – sposób wskazany w tych dokumentach roboty te wycenić. Tymczasem wykonawca STRABAG jako jedyny z wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia inaczej zinterpretował zakres robót dotyczący tych właśnie pozycji. Wiedział przy tym, „iż jego kalkulacja dla pozycji 3.2. – 3.4. Przedmiaru 1 różni się istotnie od kalkulacji tych pozycji, które wykonali pozostali oferenci.”. Wykonawca STRABAG wskazał jakie prace w ramach tych pozycji wycenił, a mianowicie „skalkulował w przedstawionych niezbędne czynniki cenotwórcze takie jak koszty robocizny, koszty sprzętu, koszty materiałów, koszty robót przygotowawczych, koszty przepompowywania ścieków na czas montażu komór czerpnych oraz koszty pośrednie wraz z zyskiem Wykonawcy, (...). Z kolei koszt przepompowania ścieków związany z przebudową samego kanału zrzutowego Wykonawca skalkulował w pozycjach 3.5 – 3.12 Przedmiaru 1, czyli w cenach wykonania metra bieżącego przebudowy kanału, (...).” Tym samym wykonawca ten przyznał, że elementy dotyczące tych pozycji (3.2, 3.3 i 3.4) wycenił nie tylko, że inaczej niż inni wykonawcy, ale i inaczej niż wymagał tego Zamawiający. Oznacza to więc, że w ww. pozycjach nie wycenił ciągłego przepompowywania ścieków oczyszczonych na potrzeby danych etapów robót wraz z niezbędnymi robotami przygotowawczymi, ale same roboty przygotowawcze. Czynności te uwzględnił w pozycjach 3.5 – 3.12 Przedmiaru, które to pozycje nie były przedmiotem wezwania. To do tych pozycji odwołał się jednak wykonawca STRABAG. Warto tu odwołać się do wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22 listopada 2022 r. w sprawie o sygn. akt XIII Zs 9/22, w którym sąd „wskazywał na brak możliwości przerzucania kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami, w żaden sposób nie powiązanymi ze sobą, co wynika z samego charakteru wynagrodzenia kosztorysowego oraz związanej z tym konieczności rzetelnej wyceny pozycji kosztorysowych”.

Oznacza to więc, że oferta wykonawcy STRABAG w tym zakresie jest niezgodna w warunkami zamówienia, ale i na skutek niewłaściwego oszacowania ceny jest rażąco niska.

Na uwzględnienie nie zasługuje także argumentacja Odwołującego STRABAG, który obecnie twierdzi, że na potrzeby realizacji tych robót opracował i wycenił w ofercie własną technologię przetaczania ścieków oczyszczonych na potrzeby realizacji zamówienia, polegającą nie na ciągłym (całodobowym) przepompowywaniu ścieków oczyszczonych bypassem – jak wymaga projekt, ale na ich przepompowywaniu bypassem tylko w godzinach realizacji robót przy przebudowie danego odcinka kanału i przepuszczaniu ścieków przebudowywanym odcinkiem po zakończeniu robót przez robotników przy przebudowie kanału danego dnia. Proponowane rozwiązanie – jak podniósł Przystępujący TERLAN – nie tylko, że nie ma sensu technologicznego i ekonomicznego, ale Odwołujący STRABAG – jak dalej wskazał Przystępujący TERLAN - nie opisał szczegółów tej technologii, skupiając się jedynie na teoretycznej możliwości rozwiązania problemu drastycznie niedoszacowanego kosztu przetaczania ścieków na potrzeby realizacji zamówienia, które w zakresie przetaczania ścieków oczyszczonych w czasie przebudowy kanału jest wprost niezgodne z technologią zaprojektowaną przez Zamawiającego, którą wykonawcy w swoich ofertach obowiązani byli wycenić. Oznacza to, że zaproponowanie innego sposobu przetaczania ścieków oczyszczonych, w szczególności wprost przez odcinek przebudowywanego kanału w trakcie jego przebudowy, nie jest robotą, której realizacji i wyceny wymagał Zamawiający. Nie wynika to ani z OPZ, ani też z przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej. Wykonawcy zobowiązani byli – jak z kolei podkreślił Zamawiający – wycenić roboty objęte zamówieniem, a nie roboty, jakie teoretycznie mogłyby być realizowane w przypadku zmiany projektu np. w następstwie „nieprzychylnych nastrojów społecznych”. Nie można bowiem utożsamiać prac odwodnieniowych z transportem ścieków i w sposób dowolny oraz

wybiórczy interpretować zapisów SWZ i dotyczących tych robót projektów oraz specyfikacji technicznych. Skoro więc Odwołujący STRABAG – jak słusznie podkreślał Przystępujący TERLAN - był świadomy treści wezwania do wyjaśnienia istotnych elementów ceny, tj. konieczności wyjaśnienia wyceny przepompowywania ścieków oczyszczonych bypasssem, to powinien wykazać sposób wyliczenia tych kosztów, a nie poprzestać na twierdzeniu, że w kalkulował te koszty w cenę innych pozycji, niż powinien był to zrobić. Powstałe zaniechanie związane z złożeniem szczegółowych wyjaśnień nie może powodować obowiązku ponownego wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia, skoro skierowane do wykonawcy STRABAG wezwanie było jasno i czytelnie sformułowane. Tym samym brak jest podstaw do kolejnego wezwania. Istotnie – zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp – „w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”. Niemniej jednak wezwanie w trybie tego przepisu powinno mieścić się w granicach merytorycznych treści oferty i zawartych w niej oświadczeń i informacji, tj. nie może stanowić zmiany oferty. Wzywaniu wykonawcy STRABAG było by w istocie kolejnym wezwaniem dotyczącym tej samej kwestii. Odwołujący STRABAG – jak podkreślił Zamawiający – podał, że w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że w jakimś innym miejscu przedmiaru ujął jakąś bliżej nieokreśloną część kosztu przepompowania. Nie wskazał nawet jaką część kwot w pozycji 3.5-3.12 stanowi koszt odpompowania. Oznacza to więc, że wykonawca STRABAG nie wyjaśnił w jaki sposób skalkulował koszty przepompowania wobec czego nie było podstaw do dopytywania o coś czego nie było. Wobec tego Izba uznała, że zarzuty Odwołującego STRABAG w zakresie dotyczącym jego oferty nie potwierdziły się.

Nie potwierdziły się także zarzuty dotyczące nierównego traktowania wykonawców, tj. STRABAG i Elgrunt, jak również zarzuty związane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp w zakresie dotyczącym wykonawcy Elgrunt, gdyż Odwołujący STRABAG poza w zasadzie podniesieniem tego zarzutu i wskazania jego podstawy prawnej posłużył się bowiem ogólnymi sformułowaniami i stwierdzeniami, nie wykazując na czym naruszenie poszczególnych przepisów miałyby polegać. Dlatego też Izba uznała, że zarzuty te także nie potwierdziły się.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj.: z dnia 14 lipca 2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1605) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodnicząca:.....