

WYROK

Warszawa, dnia 2 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 maja 2024 r. przez wykonawcę Roto-Tech spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Lubacz,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Gmina Lubacz, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pn.: „Zakup pomostów pływających”, nr postępowania: RG.V.271.2.2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 9 kwietnia 2024 r., nr 2024/BZP 00277008/01.

W postępowaniu tym wykonawca Roto-Tech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie (dalej: „Odwołujący”) 27 maja 2024 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu, polegających na niezgodnym z przepisami ustawy Pzp wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy laMala M.Z. (ul. Namysłowska 7 lok. 26, 03-454 Warszawa), bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji - zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców (w związku z naruszeniem niżej wymienionych przepisów):

1) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji, w której Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył prawidłowe, wiarygodne i kompletne wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, które dowodzą, że oferta Odwołującego została sporządzona prawidłowo i pozwala na pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia oraz osiągnięcie zysku, a także załączył dowód na okoliczność wykazania prawidłowości dokonanej kalkulacji,

2)art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, w sytuacji w której w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu Zamawiający nie wykazał, że zaistniały okoliczności uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego ani w kontekście okoliczności faktycznych, ani prawnych, bowiem Zamawiający nie wskazał jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby Wykonawca mógł się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień ustosunkować, a w realiach niniejszej sprawy nie doszło do niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, bowiem Odwołujący złożył ofertę prawidłową zarówno pod kątem formalnym, jak i technologicznym - zgodną z wymaganiami OPZ.

Odwołujący wskazał również, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, co powinno doprowadzić do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej,
- 2)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionej na rozprawie faktury.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wskazał, że jego oferta jest ofertą korzystniejszą cenowo od wybranej oferty Wykonawcy laMala M.Z.. W konsekwencji w przypadku uwzględnienia odwołania i przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania, Odwołujący może spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Tym samym Odwołujący jest Wykonawcą zainteresowanym udzieleniem zamówienia i na skutek nieprawidłowości Zamawiającego może utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Ad zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że 29 kwietnia 2024 roku Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie to zostało sformułowane w sposób ogólny, tj. z powołaniem na treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący wyjaśnił, że odpowiedział na to wezwanie pismem z dnia 4 maja 2024 roku. Odwołujący wskazał że wyjaśnił i opisał, zgodnie z wezwaniem przede wszystkim jakie metody produkcji oraz jakie wybrane rozwiązania techniczne powodują, że jego oferta jest tak konkurencyjna w porównaniu do innych złożonych ofert. Odwołujący podkreślił, że w wezwaniu Zamawiający dokonał pogrubienia tych dwóch przesłanek, tj. „*metod budowy*” oraz „*wybranych rozwiązań technicznych*”, przez co należało rozumieć, że to właśnie te przesłanki są dla Zamawiającego kluczowe. W odpowiedzi na tak skonstruowane wezwanie, Odwołujący składając wyjaśnienia poświęcił znaczną ich część na opisanie swoich metod produkcji oraz zastosowanych rozwiązań technicznych - i na str. 1 i 2 wyjaśnień wskazał dokładny opis tych metod. Odwołujący wskazał też, że poza opisaniem tych dwóch przesłanek, na które zwrócił uwagę Zamawiający, Odwołujący dołączył do wyjaśnień także kompleksową tabelę zawierającą wszystkie koszty realizacji zamówienia w podziale na materiały, robociznę i sprzęt. Wskazać należy bowiem, że Odwołujący jest producentem zaoferowanego rozwiązania a co za tym idzie nie nabywa urządzeń na rynku, a sam je wytwarza. Z tego względu z kalkulacji wskazano dokładnie jaki element konstrukcji będzie wykonywany z jakich materiałów, ilość materiału na produkcję danego elementu, ceny za użyte materiały, ilość i wartość roboczogodzin niezbędnych do produkcji danego materiału, a także koszt pracy sprzętu niezbędnego do wytworzenia danego elementu. Po zsumowaniu wszystkich kosztów wskazano również na planowany do osiągnięcia zysk, który wynosi aż 25%, a co za tym idzie jest to wystarczająca rezerwa.

Wobec powyższego niezrozumiałe jest dla Odwołującego twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący złożył wyjaśnienia ogólne. Zamawiający wskazał, że „*pismo Wykonawcy jak i kalkulacja ceny załączona do w/w pisma w ocenie Zamawiającego nie wyjaśnia w sposób bezdyskusyjny i kompleksowy cenę oferty*”. Takie twierdzenie jest dla Odwołującego zaskakujące, wobec tego, że Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację ceny ofertowej, a Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty nie podaje ani jednego składnika cenotwórczego, który jego zdaniem byłby przedstawiony na jakkolwiek błędnym czy zaniżonym poziomie. Zamawiający ma przecież prawo do tego, aby Wykonawcę dopytać, jeśli cokolwiek budzi jego wątpliwości, a takiego wezwania Zamawiający nie skierował.

Odwołujący przypomniał, że procedura wyjaśnień rzetelności zaoferowanej ceny nie ma charakteru jednorazowego, może być ponawiana, a jej celem jest rozwianie wszystkich wątpliwości Zamawiającego względem prawidłowości zaoferowanej ceny. W niniejszej sprawie Wykonawca, zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, wskazał na okoliczności, które wpłynęły na poziom ceny oferty oraz ujawnił elementy cenotwórcze kształtujące cenę na zaoferowanym poziomie.

Odwołujący wskazał też, że w treści wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny Zamawiający poza

powołaniem przepisu nie wskazał zaś żadnej szczególnej okoliczności, która jego zdaniem powinna zostać wyjaśniona. Ma to znaczenie, zdaniem Odwołującego, wobec tego, że katalog okoliczności, wymienionych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, które Zamawiający wskazał w wyjaśnieniu to są okoliczności, których wyjaśnienia mogą dotyczyć. Jest to zatem tylko katalog przykładowy, co jest logiczne, bowiem skoro u danego Wykonawcy nie występują np. okoliczności związane z pomocą publiczną to Wykonawca się do tego w swoich kalkulacjach ceny ofertowej nie odnosi. Wezwanie skierowane przez Zamawiającego nie wskazywało na żadne inne konkretne wyjaśnienia, ograniczyło się do zacytowania przepisów ustawy.

Odwołujący nie zgadza się z oceną Zamawiającego, że nie odniósł się do wszystkich kwestii wskazanych w wezwaniu. Odwołujący wskazał, że w zakresie pkt. 1, 2, 3 – szczegółowy opis w tym zakresie został przedstawiony na str. 1 i 2 wyjaśnień, gdzie Wykonawca dokładnie i precyzyjnie wskazał w jaki sposób ma zamiar zrealizować zamówienie, jakie metody oraz rozwiązania zastosuje i jak wpływają one na poziom zaoferowanej ceny. W zakresie pkt. 4 w kalkulacji stanowiącej załącznik do wyjaśnień Wykonawca wskazał stawkę roboczogodziny w wysokości 45 zł, co jest kwotą znacznie wyższą od wartości określonej w przepisach o minimalnym wynagrodzeniu. Ponadto, w wyjaśnieniach Wykonawca jednoznacznie wskazał, że *„robocizna określa realne nakłady roboczogodzin na wykonanie poszczególnych elementów a stawka godzinowa przyjęta jest według średniej stawki kalkulacyjnej obowiązującej w naszej spółce, która jest o 14 złotych wyższa od najniższej stawki krajowej”* (str. 2 wyjaśnień).

W zakresie pkt. 5 Wykonawca nie korzysta z pomocy publicznej, a zatem nie wskazał tej okoliczności, jako okoliczności wpływającej na cenę. Wykonawca na przedstawić w wyjaśnieniach jakie okoliczności sprawiły, że jest w stanie zaoferować taką a nie inną cenę. Skoro zatem Wykonawca nie korzysta z pomocy publicznej to nie uwzględnia tej okoliczności w swojej ofercie.

W zakresie pkt. 6 – tak jak wskazano w pkt. 4 Wykonawca zapewnił, że warunki pracy w jego przedsiębiorstwie są zgodne z wymaganiami prawa pracy, w tym w zakresie minimalnego wynagrodzenia. Ponadto, w wyjaśnieniach Wykonawca zapewnił, że *„przy wszystkich wykonywanych przez naszą spółkę pracach zachowujemy wysokie standardy zabezpieczenia środowiska naturalnego przed negatywnymi skutkami naszego oddziaływania oraz szczególnie dbamy o bezpieczeństwo pracowników zwłaszcza tych operujących na akwie”* (str. 2 wyjaśnień), a zatem zapewnił, że cena ofertowa uwzględnia zgodność z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie.

W zakresie pkt. 7 Wykonawca wskazał m.in. że *„polietylen jest tworzywem w 100% przetwarzalnym więc niemal obojętnym dla środowiska”* czy *„istotne jest również obciążenie dla środowiska jakie niesie za sobą nakładanie powłok galwanicznych (ciężka chemia)”* czy *„kolejnym elementem pomostu jest rama nośna wykonana z profili spawanych ocynkowanych ogniowo. Jest to efektywny kompromis między ceną, trwałością i ekologią”* (str. 1 wyjaśnień) oraz *„przy wszystkich wykonywanych przez naszą spółkę pracach zachowujemy wysokie standardy zabezpieczenia środowiska naturalnego przed negatywnymi skutkami naszego oddziaływania”* (str. 2 wyjaśnień). Wykonawca wielokrotnie zapewnił zatem, że złożona oferta jest zgodna z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

W ocenie Odwołującego odniósł się on do wszystkich wymaganych elementów, a Zamawiający w informacji o odrzuceniu poza ogólnym stwierdzeniem, że coś jest w ocenie Zamawiającego niewystarczające, nie wskazał czego tak naprawdę Wykonawca nie wyjaśnił, czy czego Zamawiającemu brakuje w złożonych wyjaśnieniach.

Odwołujący uważam że nie można mu czynić zarzutu, że nie załączył dowodów i dokumentów, które stanowiły poparcie złożonych wyjaśnień. Odwołujący wskazał, że przedłożył jeden dokładny i precyzyjny dowód, którym jest Tabela nr 1, tj. kalkulacja cenowa wskazująca precyzyjnie w jaki sposób Wykonawca wyliczył cenę ofertową. Jak już wskazano, Odwołujący jest producentem zaoferowanych rozwiązań, a przedstawiona tabela konkretnie pokazuje jakie składniki cenotwórcze Wykonawca przyjął do oszacowania jaki będzie koszt wyprodukowania każdego z elementów, a następnie ich montażu.

W ocenie Odwołującego, przedstawione wyjaśnienia są wystarczające dla wykazania rzetelności ceny oferty i zadośćuczynienia wezwaniu. Wykonawca załączył również dowody w istotnym dla kalkulacji ceny zakresie. Odwołujący wskazał, że celem dowodów jest potwierdzenie rzetelności kalkulacji, ale wówczas, gdy ta rzetelność rzeczywiście może budzić wątpliwości, co zdaniem Odwołującego w przypadku tego etapu postępowania nie ma miejsca.

Ad zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie wskazał, jakie – jego zdaniem – niezgodności zaistniały w ofercie Odwołującego i skąd wywodzi podstawę do odrzucenia oferty. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia jest w ocenie Odwołującego tak niezrozumiałe, nielogiczne i niespójne, że w praktyce trudno się do niego odnieść. Odwołujący wskazał, że Zamawiający powołał się na postanowienia rozdziału XIV ust. 14 SWZ, z którego wywodzi obowiązek załączenia do oferty kosztorysu ofertowego, a także na postanowienie rozdziału XVII SWS pkt. 3 i 4. Według Odwołującego, z powyższych postanowień SWZ jednoznacznie wynika zatem, że przedmiary załączone przez Zamawiającego do SWZ mają charakter jedynie pomocniczy, zaś podstawą do obliczenia ceny oferty jest zakres robót

wynikających z projektu budowlanego. Z tego względu trudno uznać za podstawę do odrzucenia oferty wskazaną przez Zamawiającego okoliczność, że „*występują różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem udostępnionym przez Zamawiającego na stronie postępowania w zakresie m.in. nazewnictwa, rodzaju zaproponowanych rozwiązań technicznych, ilości itd.*”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ani w wezwaniu, ani w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający nie wskazał w czym upatruje rzekomych rozbieżności, gdzie dokładnie widzi różnice w zakresie nazewnictwa, rodzaju zaproponowanych rozwiązań technicznych, ilości itd. i dlaczego ewentualne różnice pomiędzy przedmiarem a kosztorysem miałyby być nieprawidłowe, skoro przedmiar był tylko pomocniczy. Odwołujący podkreślił, że wezwanie nie zostało w tym zakresie w żadnej mierze sprecyzowane. Takiego sprecyzowania Zamawiający, zdaniem Odwołującego nie zawarł również w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Mimo tego, w owej rzekomej rozbieżności (której nie sprecyzowano ani w treści informacji o odrzuceniu ani w wezwaniu w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), Zamawiający upatruje zaoferowania rozwiązania odmiennego niż wynikające z SWZ. Realnie, Odwołującemu trudno jednak odgadnąć na czym ta odmienność miałaby polegać.

W odniesieniu do twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którym: „*Wykonawca oświadczył, że konstrukcja pływaków wykonana jest z polietylenu, nie są to rozwiązania konstrukcyjne jakie wskazał w SWZ Zamawiający – konstrukcja pomostów powinna być stalowa*”, Odwołujący wskazał, że jego zdaniem Zamawiający w tym zdaniu myli dwa istotne pojęcia. Po pierwsze Zamawiający twierdzi, że Odwołujący stwierdził, że posiada konstrukcję pływaków z polietylenu. Odwołujący podkreślił, że nigdzie - ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach z dnia 4 maja 2024 roku, nie pada ze strony Odwołującego sformułowanie „*konstrukcja pływaków*”. Odwołujący wskazał, że pojęcie konstrukcja odnosi się do konstrukcji pomostu i podał, że Zamawiający wskazuje w swoich wymaganiach, że „*ma ona być stalowa*”. Odwołujący przyznał że prawdą jest, że KONSTRUKCJA POMOSTU ma być wykonana ze stali i co do tego nie ma żadnej wątpliwości - ani czytając opis przedmiotu zamówienia, ani ofertę Odwołującego, czy złożone wyjaśnienia. Odwołujący wskazał na treść pkt. 5.2 projektu budowlanego, z którego wywodzi, że pojęcie „*konstrukcja*” odnosi się do pomostu, a nie do pływaków. Pływaki to elementy wypornościowe, których rolą jest utrzymywanie pomostu na powierzchni wody. Odwołujący podkreślił, że z treści oferty Odwołującego – w poz. 1 kosztorysu załączonego do oferty wynika, że pomost jest stalowy i jaką posiada wielkość – Odwołujący zaznaczył, że jest to cytat z przedmiaru załączonego do SWZ. Odwołujący wskazał też na treść udzielonych przez siebie wyjaśnień i załączonego do nich kosztorysu oraz wskazał, że z żadnego miejsca w ich treści nie wynika, że zaoferował pomost o innej konstrukcji niż stalowa.

Odwołujący podkreślił, że nie może być wątpliwości że co do konstrukcji pomostów dokumentacja postępowania (tak jak to zostało przytoczone powyżej w pkt. 5.2 projektu budowlanego oraz w każdym innym dokumencie opisującym przedmiot zamówienia) wskazuje, że: „*Zaprojektowano pomost z segmentów prostokątnych, wykonany z modułów pływających o konstrukcji stalowej, cynkowanej ogniowo wspartej na elementach wypornościowych z spienionego polistyrenu*”. Odwołujący podkreślił, że takie też rozwiązanie zostało zaoferowane przez Odwołującego.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którym: „*Jak oświadczył Wykonawca rozwiązania techniczne jakie deklaruje Wykonawca nie są rozwiązaniami równoważnymi*.” Odwołujący wskazał, że podziela tą ocenę i wyjaśnił, że zaoferował rozwiązania, które nie są rozwiązaniami równoważnymi. Odwołujący podkreślił, że są to rozwiązania takie jak wynikają z SWZ. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że pojęcie równoważności wskazane w pkt. 3 rozdziału III SWZ odnosi się do wskazania w jakiegokolwiek części SWZ lub w jej załącznikach nazw własnych materiałów i urządzeń, znaków towarowych, patentów i miejsca pochodzenia, odniesienia do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zwrócił uwagę, że w opisie przedmiotu zamówienia znajdującym się w tym postępowaniu nie zastosowano żadnych nazw własnych, znaków towarowych, patentów, norm czy innych określeń definiujących konkretne rozwiązania techniczne czy materiałowe, a zatem Wykonawca nie miał możliwości zaoferowania rozwiązania równoważnego i żadnego takiego rozwiązania nie proponował.

Odnosząc się do oceny Zamawiającego, zgodnie z którą: „*W wyjaśnieniach Wykonawca nie podał wymiarów konstrukcji jedynie opisowo często używa zwrotu „odpowiednie”, np. profile zapewniające sztywność itd.*”, Odwołujący wskazał, że w wezwaniu skierowanym, przez Zamawiającego nie było żadnego żądania podania wymiarów profili dla konstrukcji, stąd nie jest zrozumiałe skąd Odwołujący miał się domyślić, że takich informacji Zamawiający oczekuje.

Po drugie, Odwołujący wskazał, że ani w przedmiarze ani w żadnym miejscu SWZ nie ma takiej informacji, w związku z czym trudno czynić zarzut, że takich informacji nie podaje Odwołujący. Odwołujący wyjaśnił, że jest producentem pomostów od 20 lat i posiada na swoim koncie kilkanaście tego typu realizacji o łącznej powierzchni 10.000 m² wybudowanych pomostów w takiej konstrukcji jak zaprojektowana. W związku z czym słowo odpowiednie to słowo odnoszące się do tego, że pomost zostanie wykonany zgodnie z dokumentacją projektową. Poza tym Odwołujący podkreślił, że wykonawca do realizacji dostaje projekt i na postawi tego projektu wykonuje zakres zamówienia.

Odnosząc się do twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którym „*W wyjaśnieniach chodzi o konkrety poparte*

rysunkami lub DTR. Zamawiający musi wiedzieć co kupuje, co zamawia. Rozwiązania techniczne zaproponowane przez firmę Roto-Tech Sp. z o.o. ul. Kościelna 11/3, 05-500 Piaseczno są niezgodne z warunkami zamówienia, nie są takie jakich wymagał Zamawiający w dokumentach zamówienia”, Odwołujący wskazał, że na podstawie powyższego, nie jest tak naprawdę możliwe wywiedzenie tego, za co w istocie Odwołujący został odrzucony. Odwołujący wskazał, że jeśli taką podstawą jest brak rysunków lub DTR w wyjaśnieniach, to w wyjaśnieniach nie znalazło się żądanie przedstawienia rysunków lub DTR. Odwołujący wyjaśnił, że gdyby takie oczekiwanie Zamawiającego zostało przedstawione w treści wezwania to Odwołujący przedłożyłby dokumenty zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Takiego żądania jednak nie było, a żaden przepis prawa nie wymaga od wykonawcy z urzędu przedłożenia rysunków lub DTR w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że w ofercie wybranego Wykonawcy także brak jest rysunków czy DTR, gdyż takie dokumenty nie były wymagane. Zgodnie z poglądem utrwalonym w orzecznictwie – podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności jej treścią SWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada jasno określonym wymogom. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy. Podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Dokonywanie przez Zamawiającego oceny złożonych ofert pod kątem spełniania wymagań co do jakości, ilości, terminów i innych istotnych cech oferowanego świadczenia na podstawie wymagań, które nie zostały w SWZ zapisane, nie wynikają z jej brzmienia, lecz jedynie hipotetycznie mogłyby być z niej wyinterpretowane, jest niezgodne z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ale również stanowi naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp czyli przejrzystości, równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji (KIO 2084/19).

Odwołujący podkreślił, że złożył ofertę zgodną z wymaganiami SWZ – oświadczając w formularzu ofertowym, że zapoznał z treścią SWZ, umową, oraz opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący wyjaśnił, że zaoferował pomost modułowy, pływający o wymiarach 12 x 2,4 m, o konstrukcji stalowej z profili ocynkowanych ogniowo, elementami wypornościowymi – pływakami, wypełnionymi polistyrenem, którego pokład będzie wykonany z desek ryflowanych impregnowanych ciśnieniowo wraz z Y-bomami trapem, barierką, kompletem kotwicznym oraz usługami związanymi z dostarczeniem, zamontowaniem i uporządkowaniem terenu. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie ma jakiegokolwiek argumentów za rzekomą niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią wymagań Zamawiającego. Zamawiający nie podał takich argumentów również w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, co czyni informację o odrzuceniu wadliwą z punktu widzenia brzmienia art. 253 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego, w ślad za orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO 593/23) - to na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy Pzp, Wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie – jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem Zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby Wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez Zamawiającego uchybień ustosunkować. W związku z powyższym zasadność zarzutów odwołania kwestionujących czynność odrzucenia oferty może być oceniana w zakresie tych okoliczności, które zostały przez Zamawiającego przedstawione jako uzasadniające odrzucenie oferty. Odwołujący przypomniał, że sporządzenie uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty jest obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby Wykonawca, gdy oceny Zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych uchybień ustosunkować. W ocenie Odwołującego w przypadku tego odrzucenia trudno odnieść się do jakiegokolwiek zarzutów, bowiem zdaniem Odwołującego nie zostały one w ogóle wskazane.

W złożonej pismem z 18 czerwca 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając uzasadnienie swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z

2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron zaprezentowane w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Na podstawie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), Izba ustaliła, że w rozdziale III zawarty został opis przedmiotu zamówienia o następującej treści:

„Przedmiot zamówienia obejmuje dostawę i montaż pomostów pływających z kotwieniem w betonowym nabrzeżu. Zaprojektowano pomost z segmentów prostokątnych, wykonany z modułów pływających o konstrukcji stalowej, cynkowanej ogniowo wspartej na elementach wypornościowych z spienionego polistyrenu. Pokład pomostu przewidziano wykonać z desek impregnowanych ciśnieniowo. Wskazane do zastosowania materiały na dylinę pomostów będą ryflowane. Pokład pomostu przewidziano przymocować do legarów wkrętami ze stali nierdzewnej.

Pomost zaprojektowano z 3 modułów stalowych o wymiarach 12,1 x 2,4 x 0,58 m.

Łączna długość głównego pomostu wraz z łącznikami wyniesie 36,7 m. Do pomostu głównego przymocowane zostaną 2 pomosty cumownicze o długości 6,0 m i szerokości 60 cm oraz 2 odnogi cumownicze (bez pokładu) o długości 6,0 m. Należy przewidzieć 8 kotew cumowniczych typu knagi. Poszczególne moduły konstrukcji pomostu przewiduje się połączyć ze sobą za pomocą elastycznych złączy śrubowo-gumowych. Dla zapewnienia bezpieczeństwa przewidziano całość konstrukcji pomostu ograniczyć barierką stalową ocynkowaną z liną poręczową (należy umożliwić wejście – typu furtka na pomosty cumownicze bez pokładu mocowane do pomostu głównego po stronie barierki). Dodatkowo przewiduje się zamontowanie drabinek stalowych ocynkowanych oraz knag cumowniczych. Pomost przewiduje się zakotwić za pomocą kotwic martwych połączonych z pomostem atestowanym cynkowanym łańcuchem kotwicznym lub w inny możliwy sposób dostępny na rynku.

Dla zapewnienia komunikacji pomiędzy brzegiem a dyliną pomostu przewiduje się zastosowanie trapu o konstrukcji stalowej ocynkowanej z dyliną o długości 4,0 m i szerokości 2,0 m.

Zmontowany pomost przetransportowany zostanie po wodzie w miejsce wbudowania i przy pomocy zespołu nurków przewiduje się rozmieszczenie pod wodą kotw martwych z odpowiednim naciąganiem łańcuchów.

Dane techniczne:

- szerokość pomostu głównego - 2,4 m;
- długość części o szerokości 2,4 m wraz z łącznikami między pomostami 0,2 m - 36,7 m;
- segment o wymiarach 12,1 x 2,4 x 0,58 m - 3,0 szt.;
- trap o wymiarach 4 x 2 m - 1 szt.;
- pomost cumowniczy długości 6m szer. 0,6m - 2 szt.
- odnoga cumownicza L-6m (bez pokładu) - 2 szt.
- powierzchnia akwenu niezbędnego do cumowania jednostek 192 m²,
- powierzchnia akwenu stanowiącego drogę podejścia do cumowania ok. 70 m².

Kody CPV:

34515000-0 Konstrukcje pływające

45242000-5 Budowa infrastruktury wypoczynkowej na terenach nadwodnych

Szczegółowy zakres zadania opisany został w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ i obejmuje także wszelkie prace nie określone wprost w tych dokumentach, lecz bez których nie można wykonać zamówienia.”

Zgodnie z projektem architektoniczno – budowlanym pkt 5.2 „Konstrukcja pomostu pływającego”:

„Zaprojektowano pomost z segmentów prostokątnych, wykonany z modułów pływających o konstrukcji stalowej, cynkowanej ogniowo wspartej na elementach wypornościowych z spienionego polistyrenu. Pokład pomostu przewidziano wykonać z desek impregnowanych ciśnieniowo. Wskazane do zastawiania materiały na dylinę pomostów będą ryflowane. Pokład pomostu przewidziano przymocować do legarów wkrętami ze stali nierdzewnej.

Pomost zaprojektowano z modułów stalowych o wymiarach 12,1 x 2,4 x 0,58 m.

Elementy składowe:

- Konstrukcja stalowa ocynkowana ogniowo łączona z modułów o wymiarach:
szerokość 2,4 m,
długość 3m
- elementy wypornościowe
- pływak ze spienionego polistyrenu
- pokład; deska sosnowa klasa 2, sortowana, ryflowana, impregnowanym ciśnieniowo
- listwa odbojowa, deska sosnowa impregnowana ciśnieniowo

Poszczególne moduły konstrukcji pomostu przewiduje się połączyć ze sobą za pomocą elastycznych złączy śrubowo-gumowych.

Dla zapewnienia komunikacji pomiędzy brzegiem a dyliną pomostu przewiduje się zastosowanie trapów na wejściu

i zejściu o konstrukcji stalowej ocynkowanej z dylina dostosowaną do wymagań Zamawiającego.

Dla zapewnienia bezpieczeństwa przewidziano całość konstrukcji pomostu ograniczyć barierką stalową ocynkowaną z liną poręczową. Dodatkowo przewiduje się zamontowanie drabinek stalowych ocynkowanych oraz knag cumowniczych.

Dla zapewnienia stabilności pomostu przewiduje się jego zakotwienie za pomocą kotwic martwych połączonych z pomostem atestowanym cynkowanym łańcuchem kotwicznym lub winny możliwy sposób dostępny na rynku.

Po zakończeniu prac należy uporządkować teren budowy, poprzez ewentualne usunięcie resztek materiałów oraz nadwyżek mas ziemnych.

Zmontowany pomost przetransportowany zostanie po wodzie w miejsce wbudowania i przy pomocy zespołu nurków przewiduje się rozmieszczenie pod wodą kotw martwych z odpowiednim naciągiem łańcuchów.

Szczegóły rozwiązań pomostu przedstawiono na Planie zagospodarowania terenu zał. rys. II/2 oraz rysunkach ogólnych pomostu – rzut z góry i przekroje zał. rys. II/3”.

Analogiczny opis został zamieszczony w pkt 8.2 operatu wodnoprawnego.

Jak wynika z treści rozdziału III pkt 3 SWZ, Zamawiający zawarł następujący opis w zakresie możliwości zaoferowania rozwiązań równoważnych: „Jeżeli w jakiegokolwiek części SWZ lub w jej załącznikach wskazano nazwy własne materiałów i urządzeń, znaki towarowe, patenty i miejsce pochodzenia, należy przyjąć, że są one uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i mają na celu jedynie wskazanie minimalnych wymagań w zakresie jakości i parametrów przedmiotu zamówienia, z uwagi na brak innych dostatecznie dokładnych określeń, które pozwalałyby opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący. Zamawiający dopuszcza przy realizacji zamówienia zastosowanie urządzeń i materiałów równoważnych co do jakości i surowców użytych do ich wykonania do materiałów i urządzeń podanych w dokumentacji projektowej pod warunkiem ich zatwierdzenia przez Zamawiającego oraz opinii nadzoru autorskiego. Materiały, wyposażenie i urządzenia równoważne do tych wskazanych w dokumentacji projektowej muszą być tych samych lub lepszych standardów materiałowych, technicznych, technologicznych i jakościowych, oraz odpowiednich norm produkcyjnych obowiązujących w danym zakresie, ponadto zamienne materiały, wyposażenie i urządzenia przyjęte do wyceny:

– winny spełniać funkcję, jakiej mają służyć,

- winny być dopasowane do pozostałych urządzeń, tak aby zespół urządzeń dawał zamierzony (zaprojektowany) efekt, nie mogąc wpływać na zmianę rodzaju i zakres robót budowlanych.

Wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywane powyżej przez Zamawiającego, jest zobowiązany wykazać w ofercie, że oferowane przez niego roboty budowlane, materiały, wyposażenie oraz urządzenia spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.

Opisując przedmiot zamówienia przez odniesienie do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 PZP, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne z opisywanym. W przypadku gdy opis przedmiotu zamówienia odnosi się do norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, o których mowa w art. 101 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 PZP, zamawiający nie odrzuci oferty tylko dlatego, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi nie są zgodne z normami, ocenami technicznymi, specyfikacjami technicznymi i systemami referencji technicznych, do których opis przedmiotu zamówienia się odnosi, pod warunkiem że wykonawca udowodni w ofercie, w szczególności za pomocą przedmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 104-107 PZP, że proponowane rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia – w tym w dokumentach zamówienia.

Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne z opisywanym (nie znaczy, że identyczne z opisywanym), a więc przykładowo takie, które spełniają te same funkcje przy zastosowaniu innej technologii. W takiej sytuacji w celu wykazania równoważności Zamawiający wymaga złożenia stosownych dokumentów takich jak deklaracje zgodności, aprobaty techniczne, atesty, certyfikaty, karty techniczne, projekty warsztatowe czy wykonawcze, itp. lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań wskazanych w SWZ, których wybór leży po stronie Wykonawcy.

Wykazanie równoważności polega na tym, że umożliwia uzyskanie efektu założonego przez Zamawiającego za pomocą innych rozwiązań technicznych.

W przypadku użycia w SWZ lub załącznikach odniesień do norm, europejskich ocen technicznych, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych, Zamawiający dopuszcza rozwiązania równoważne z opisywanym. W przypadku, gdy w SWZ lub załącznikach zostały użyte znaki towarowe, oznacza to, że są podane przykładowo i określają jedynie minimalne oczekiwane parametry jakościowe oraz wymagany standard. Wykonawca może zastosować materiały lub urządzenia równoważne, lecz o parametrach technicznych i jakościowych podobnych lub lepszych.

Użycie w SWZ lub załącznikach oznakowania oznacza, że Zamawiający akceptuje także wszystkie inne oznakowania potwierdzające, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają równoważne wymagania. W przypadku, gdy

Wykonawca z przyczyn od niego niezależnych nie może uzyskać określonego przez Zamawiającego oznakowania lub oznakowania potwierdzającego, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, materiały czy też urządzenia spełniają równoważne wymagania, Zamawiający w terminie przez siebie wyznaczonym akceptuje inne odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, o ile dany Wykonawca udowodni, że roboty budowlane, dostawy lub usługi, itd. które mają zostać przez niego wykonane, spełniają wymagania określonego oznakowania lub określone wymagania wskazane przez Zamawiającego.

Użycie w SWZ lub załącznikach wymogu posiadania certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia oznacza, że Zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność. Zamawiający akceptuje także inne odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany Wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu Wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany Wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

Jeżeli Zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Dotyczy to wyłącznie tych przedmiotowych środków dowodowych jakie Wykonawca składa na potwierdzenie, iż przedstawione przez niego rozwiązania mogą być uznane za rozwiązania równoważne. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Przy doborze materiałów równoważnych Wykonawca zobowiązany jest zapewnić również osiągnięcie wskaźników określonych w opisie przedmiotu zamówienia. Na Wykonawcy spoczywa ciężar wskazania „równoważności”.

Jak wynika z rozdziału IV SWZ, zamówienie należało wykonać najpóźniej do 14 czerwca 2024 r.

Ponadto, w rozdziale XVII SWZ wskazano, że łączna cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, tj. dokumentacją projektową oraz projektowanymi postanowieniami umowy – wórum umowy - załącznik nr 10 do SWZ. Zamawiający wskazał też: „Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową. Z tego względu cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające z dokumentacji projektowej, jak również koszty w nich nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Przedmiar robót – zał. nr 9 załączono do SWZ w celu ułatwienia Wykonawcom przygotowania oferty, lecz ma on wyłącznie pomocniczy charakter, co oznacza, że podstawą kalkulacji ceny ofertowej, odbiorów oraz rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą jest zakres robót wynikający z projektu budowlanego.”

W rozdziale XIV pkt 14 SWZ wskazano, że ofertę należy złożyć wraz z następującymi załącznikami:

- Oferta cenowa zgodna z załączonym drukiem „formularza oferty” – załącznik Nr 3 do SWZ, która zawiera cenę wyliczoną w sposób opisany w rozdziale XVII SWZ.
- Oświadczenie, o których mowa w rozdziale V ust. 1 SWZ (załącznik nr 4 do SWZ) oraz oświadczenie, o których mowa w rozdziale VI ust. 5 i 7 SWZ (załącznik nr 4a do SWZ)
- Pełnomocnictwo - Jeżeli oferta wraz z oświadczeniami składana jest przez pełnomocnika należy do oferty załączyć pełnomocnictwo upoważniające pełnomocnika do tej czynności.
- Wykonawca, który polega na zasobach innych podmiotów składa wraz z ofertą oświadczenie podmiotu o udostępnieniu zasobów wskazujące na okoliczności opisane w rozdziale V SWZ (załącznik nr 5 do SWZ). Ponadto wraz z ofertą należy załączyć oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu i spełnienie przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu w zakresie jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby (załącznik nr 4b do SWZ).
- Koszty oferty.
- Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa – jeśli dotyczy.
- Pełnomocnictwo dla pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - dotyczy ofert składanych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;
- Oświadczenie Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu - wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 4 do SWZ. W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, niniejsze oświadczenie składa każdy z Wykonawców;
- Załącznik nr 4a - w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, niniejsze oświadczenie składa każdy z Wykonawców.
- Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu i spełnienie przez ten podmiot warunków udziału w postępowaniu w zakresie jakim wykonawca powołuje się na

jego zasoby - wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 4b do SWZ.

W postępowaniu złożone zostały 4 oferty.

Pismem z 29 kwietnia 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 224 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 3 ustawy Pzp do wyjaśnienia, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w szczególności w zakresie wskazanym w treści art. 224 ust. 3 ustawy Pzp pkt 1 – 7. Zamawiający w treści wezwania pogrubił takie wyrażenia jak „*metody budowy*” oraz „*wybrane rozwiązania techniczne*”.

Ponadto, druga część powyższego wezwania skierowana została w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał m.in.: „(...) Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w terminie do dnia 08.05.2024 r. odnośnie składników zawartych w kosztorysie ofertowym. Występują różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiotem udostępnionym przez Zamawiającego na stronie postępowania w zakresie m.in. nazewnictwa, rodzaju zaproponowanych rozwiązań technicznych, ilości, itd. W związku z powyższym należy wyjaśnić Zamawiającemu tę kwestię. Ponadto należy wyjaśnić, czy wynikiłe rozbieżności wynikają z zastosowania przez Wykonawcę rozwiązań równoważnych. W przypadku zastosowania rozwiązań równoważnych należy dołączyć stosowne dokumenty, o których jest mowa w SWZ.”.

Wzór kosztorysu nie stanowił załącznika do SWZ, co zostało dodatkowo potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania do SWZ z 10 kwietnia 2024 r. (vide odpowiedź na pytanie nr 4).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Odwołujący złożył wyjaśnienia pismem z 4 maja 2024 r., wraz z załącznikiem – tabelą nr 1 zawierającą kalkulację oferty. Z wyjaśnień przedstawionych przez Odwołującego wynika, że:

- „(...) jako element wypornościowy stosujemy pływaki polietylenowe wypełnione spienionym polistyrenem. Pływak taki ma bardzo dużą wytrzymałość na uderzenia, jest odporny na działanie czynników atmosferycznych i nie koroduje więc jest trwały i nie wymaga konserwacji. Dodatkowo polietylen jest tworzywem w 100% przetwarzalnym więc niemal obojętnym dla środowiska. Co istotne polietylen nie chłonie wody, jest całkowicie nienasiąkliwy więc doskonale chroni polistyren, który w kontakcie bezpośrednim z wodą traci swoje właściwości. Z konstrukcyjnego punktu widzenia bardzo ważne jest, aby elementy trwale zanurzone w wodzie (wypornościowe) nie podlegały korozji, dlatego nie używamy blach stalowych do budowy komór wypornościowych, które wypełniane są polistyrenem. Takie rozwiązanie jest nietrwałe, bo stal nawet dobrze ocynkowana zawsze narażona jest na ryzyko korozji w przypadku uszkodzenia powłok antykorozyjnych. Należy zauważyć, że takie konstrukcje stalowe są bardzo trudne w konserwacji, gdyż powłoki ochronne należy nakładać z zewnątrz jak i wewnątrz co często jest nie wykonalne albo wiąże się ze znacznymi nakładami. Istotne jest również obciążenie dla środowiska jakie niesie za sobą nakładanie powłok galwanicznych (ciężka chemia).”
- „(...) rama nośna wykonana z profili spawanych ocynkowanych ogniowo. Jest to efektywny kompromis między ceną, trwałością i ekologią. Rama taka jest trwała, bo żaden element stalowy nie jest zanurzony w wodzie. Wytrzymałość ramy zależy od prawidłowego wykonania konstrukcji oraz odpowiedniego doboru przekrojów tak by nie była zbyt wiotka. Na ramie oparte są deski ryflowane, które powinny być selekcjonowane i impregnowane ciśnieniowo.”
- „Pomost pływający mocowany jest do dna za pomocą martwych kotwic i łańcuchów. Ważne, aby kotwice miały kształt ułatwiający klinowanie się na dnie (niekorzystne są obłe, okrągłe kształty) oraz aby umieszczenie kotwic było odpowiednio daleko od pomostu tak by łańcuchy kotwiczne pracowały na odpowiednim kącie.”
- „Do konstrukcji pomostu przymocowane są wysięgniki cumownicze zwane Y-bomami, które znakomicie poprawiają komfort cumujących jednostek pływających. Istotne jest, aby wysięgniki były wykonane z odpowiednich profili stalowych, które zapewnią odpowiednią sztywność.”

Ponadto, Odwołujący wskazał, że „Powyższy opis metod budowy i wybranych rozwiązań technicznych ma na celu pokazanie źródeł kosztów stanowiących podstawę do sporządzenia rzetelnej oferty. Szczegółowo koszty wykonania przedmiotowego pomostu przedstawia Tabela nr 1, w której ujęto składniki kosztów z podziałem na produkcję warsztatową w naszym zakładzie produkcyjnym oraz prace na terenie inwestycji, czyli właściwy montaż pomostu. Materiały odzwierciedlają realne ilości zużytych surowców oraz aktualne ceny rynkowe produktów. Robocizna określa realne nakłady roboczogodzin na wykonanie poszczególnych elementów a stawka godzinowa przyjęta jest według średniej stawki kalkulacyjnej obowiązującej w naszej spółce, która jest o 14 złotych wyższa od najniższej stawki krajowej. Do kalkulacji przyjęto również koszty użytych maszyn według realnego czasu wykorzystania z tym, że stawki ujęte są w dwóch grupach: maszyny główne do przetwórstwa tworzyw (stawka 200 zł/1h) i narzędzia pomocnicze (stawka 100 zł/1h). Cena złożonej oferty uwzględnia zysk w wysokości 25%.”.

Dodatkowo Odwołujący wskazał w treści wyjaśnień, że „Zamawiający wymagał złożenia kosztorysu ofertowego i z niego miała wynikać cena ofertowa. Z SWZ nie wynikała konieczność sporządzenia kosztorysu ofertowego na bazie przedmiaru, a przedmiar „załączono do SWZ w celu ułatwienia Wykonawcom przygotowania oferty, lecz ma on wyłącznie pomocniczy charakter”. Wobec tego Wykonawca sporządził kosztorys ofertowy według swojego uznania. Sporządzona Kalkulacja cenowa stanowiąca załącznik nr 1 do niniejszego pisma, w celu rozwiania wszelkich wątpliwości, uwzględnia zarówno pozycje przedmiarowe (przedmiaru udostępnionego przez Zamawiającego) oraz odpowiadające im pozycje z

kosztorysu ofertowego wykonawcy złożonego z ofertą. Różnice pomiędzy złożonym kosztorysem ofertowym a przedmiarem udostępnionym przez Zamawiającego nie wynikają z zastosowania rozwiązań równoważnych.”.

17 maja 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako zawierającą rażąco niską cenę oraz na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodną z warunkami zamówienia. W zakresie pierwszej podstawy odrzucenia, Zamawiający podał następujące uzasadnienie prawne. *„Odnosząc się do treści wyjaśnień to są one w ocenie Zamawiającego dość ogólne. Firma nie załączyła dokumentów, które stanowiłyby poparcie wyjaśnień Wykonawcy i które w sposób jasny i wyczerpujący wyjaśniałyby kalkulację ceny oferty. Pismo Wykonawcy, jak i kalkulacja ceny załączona do w/w pisma w ocenie Zamawiającego nie wyjaśnia w sposób bezdyskusyjny i kompleksowy cenę oferty. Ponadto Wykonawca nie odniósł się do wszystkich kwestii wskazanych w wezwaniu z 29.04.2024 r. (...) Wykonawca nie odniósł się do pkt 3, 5, 6, a do pkt 1, 2 odniósł się w ocenie Zamawiającego w sposób niewystarczający”.*

W zakresie drugiej podstawy wykluczenia, Zamawiający wskazał: „Wykonawca oświadczył, że konstrukcja pływaków wykonana jest z polietylenu, nie są to rozwiązania konstrukcyjne jakie wskazał w SWZ Zamawiający – konstrukcja pomostów powinna na być stalowa. Rodzaj konstrukcji pomostów wskazano w Specyfikacji warunków zamówienia oraz w dokumentacji projektowej załączonej na stronie postępowania. Jak oświadczył Wykonawca rozwiązania techniczne jakie deklaruje Wykonawca nie są rozwiązaniami równoważnymi. W wyjaśnieniach Wykonawca nie podał wymiarów konstrukcji jedynie opisowo używa zwrotu „odpowiednie”, np. profile zapewniające sztywność. W wyjaśnieniach chodzi o konkrety poparte rysunkami lub DTR. Zamawiający musi wiedzieć co kupuje, co zamawia. (...)”.

Izba zważyła co następuje.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. W tym miejscu Izba wskazuje, że ocenie Izby podlega skarżona czynność z 17 maja 2024 r. w zakresie w jakim odnosi się do oferty Odwołującego, w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu. Tym samym stanowisko wykraczające ponad argumentację wskazaną w uzasadnieniu czynności z 17 maja 2024 r. podobnie jak stanowisko wykraczające poza zarzuty odwołania, nie mogło być przez Izbę brane pod uwagę. Odnosząc się natomiast do argumentacji wskazanej we wstępnej części odpowiedzi na odwołanie co do planów Zamawiającego odnoszących się unieważnienia postępowania, Izba wskazuje, że okoliczności te nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Na dzień rozprawy postępowanie nie zostało przez Zamawiającego unieważnione, stąd też stanowisko wskazane w odpowiedzi na odwołanie nie mogło mieć wpływu dla rozpoznania sprawy.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na to, że zawiera rażąco niską cenę, okazał się zasadny, biorąc pod uwagę powody podane przez Zamawiającego w uzasadnieniu z 17 maja 2004 r. W ocenie Izby mając na uwadze treść skierowanego do Odwołującego wezwania, a także podstawy odrzucenia podane uzasadnieniu informacji z 17 maja 2024 r., nie sposób uznać aby Zamawiający wykazał, że zaszły przesłanki do zastosowania omawianej podstawy odrzucenia oferty Odwołującego. Zdaniem Izby podana przez Zamawiającego argumentacja nie ma oparcia w okolicznościach sprawy. Przedmiotem zamówienia jest dostawa, Odwołujący jest producentem zaoferowanego rozwiązania, stąd też wiarygodne jest w ocenie Izby stanowisko, zgodnie z którym ma inne możliwości wykonania zamówienia, w tym ponosi inne koszty niż podmiot, który nie ma statusu producenta.

W ocenie Izby nie sposób również uznać, aby udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia, w tym przedstawiony dowód, nie były adekwatne do skierowanego do niego wezwania.

Odnosząc się do argumentacji przedstawionej w uzasadnieniu czynności z 17 maja 2024 r., w ocenie Izby, Zamawiający podszedł do oceny złożonych mu wyjaśnień nad wyraz formalnie. Izba nie przeczy, że wyjaśnienia należy zbadać również pod względem formalnym, niemniej jednak formalizm nie może przysłaniać merytorycznego aspektu oceny.

Przedmiotem tego zamówienia jest dostawa, wobec czego, Izba ma na uwadze że inaczej mogą być wyjaśniane kwestie wskazane w pkt 4 i 6 wezwania (tym bardziej, że ustawodawca w przypadku zamówienia na dostawy nie nakazuje wyjaśniania tego zakresu), niż w przypadku zamówień na usługi czy roboty budowlane. Ponadto, nie sposób pominąć, że konstrukcja wezwania, rzeczywiście może sugerować, że Zamawiający najbardziej był zainteresowany wyjaśnieniem metod budowy i wybranymi rozwiązaniami technicznymi i ta część wyjaśnień złożonych przez Odwołującego jest najbardziej rozbudowana. Izba uznała również w okolicznościach tej sprawy zasadne stanowisko Odwołującego co do samej treści uzasadnienia czynności Zamawiającego z 17 maja 2024 r. Uzasadnienie jest w tym zakresie bardzo lakoniczne i ogólne. Zamawiający zwraca uwagę na brak dokumentów i dowodów ale jednocześnie nie precyzuje, jakich dokumentów brakuje. Tymczasem Odwołujący załączył szczegółową kalkulację i nie jest dla Izby jasne, na podstawie uzasadnienia z 17 maja 2024 r. z jakich powodów dowód ten nie jest dla Zamawiającego wystarczający. Natomiast twierdzenie o tym, że Zamawiający nie odniósł się do wszystkich kwestii wskazanych w wezwaniu, jest w ocenie Izby przejawem skrajnie formalistycznego podejścia, w szczególności, że treść skierowanego wezwania nie uwzględnia, że wyjaśnieniu podlega cena za dostawę, a nie cena za usługi czy roboty budowlane. Ponadto, w treści

odwołania Odwołujący podniósł, że odniósł się do wszystkich punktów wskazanych w wezwaniu – jeśli go dotyczyły i w ocenie Izby wskazane na stronach 6 i 7 uzasadnienia odwołania stanowisko w tym zakresie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, stwierdzić należy, że w uzasadnieniu czynności z 17 maja 2024 r. Zamawiający nie zdołał wykazać, że podane przez niego powody w okolicznościach tej sprawy uzasadniały zastosowanie podstawy odrzucenia wskazanej w art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby w okolicznościach tej sprawy potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Nie mogło to jednak przesądzić o uwzględnieniu odwołania z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia 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, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Z uwagi na to, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie potwierdził się, o czym mowa niżej, odwołanie nie mogło zostać uwzględnione z uwagi na potwierdzenie się zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się natomiast zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący w uzasadnieniu odwołania argumentował, że uzasadnienie czynności z 17 maja 2024 r. w omawianym zakresie jest niezrozumiałe, nielogiczne i niespójne, a Zamawiający nie wykazał z czego wywodzi niezgodność treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Izba w tym miejscu zastrzega, że częściowo podziela argumentację Odwołującego o czym mowa będzie w dalszej części uzasadnienia. Niemniej jednak mimo mankamentów uzasadnienia czynności z 17 maja 2024 r. Zamawiającemu udało się wykazać, że oferta Odwołującego jest niezgodna z dokumentami zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał na twierdzenie „*Występują różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem udostępnionym przez Zamawiającego*” i wyjaśnił, że pojawiło się ono również w wezwaniu z 29 kwietnia 2024 r. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wykazał o jakie różnice chodzi.

Stanowisko Odwołującego w tym zakresie jest zasadne. Z treści uzasadnienia czynności z 17 maja 2024 r. nie sposób dowiedzieć się o jakie różnice w zakresie nazewnictwa, rodzaju zaproponowanych rozwiązań technicznych czy ilości chodzi Zamawiającemu. Żadne takie różnice literalnie w treści tego uzasadnienia nie zostały przez Zamawiającego podane.

Odnosząc się z kolei do kwestii braku dokumentacji DTR, Izba podziela stanowisko Odwołującego wskazane w odwołaniu, że wezwanie z 29 kwietnia 2024 r. nie zawierało żądania przedstawienia dokumentacji. Zamawiający jednocześnie przyjął stanowisko Odwołującego, że zaoferowany przez niego pomost nie stanowi rozwiązania równoważnego.

Następnie w uzasadnieniu, Zamawiający powołał się na fragment zawarty w rozdziale III SWZ, z którego Zamawiający wywodził, że konstrukcja pomostu powinna być stalowa. Zamawiający wskazał, że w wyjaśnieniach z 4 maja 2024 r. Odwołujący wyjaśnił, że konstrukcja pływaków jest wykonana z polietylenu, nie są to więc rozwiązania konstrukcyjne jakie wskazał Zamawiający w SWZ, ponieważ konstrukcja pomostów powinna być stalowa. W odpowiedzi na powyższe, w treści uzasadnienia odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający myli dwa pojęcia. Odwołujący wyjaśnił, że mając na uwadze treść dokumentów zamówienia pojęcia „*konstrukcja*” należy donosić do pomostu, a nie do pływaków. Odwołujący nie podważa, że konstrukcja pomostu ma być stalowa. Odwołujący wyjaśniał też, że pływaki to elementy wypornościowe, których rolą jest utrzymanie pomostu na powierzchni. Tymczasem, jak wyjaśnił Zamawiający podczas rozprawy, co zostało także wskazane w odpowiedzi na odwołanie, zdaniem Zamawiającego pojęcie „*konstrukcja*” odnosi się do całego pomostu.

Spór sprowadza się do tego, że z opisu przedmiotu zamówienia zamieszczonego w dokumentach zamówienia, Zamawiający i Odwołujący wnioskują odmiennie, gdyż każdy z nich inaczej ten opis interpretuje. Istota sporu, jak ustalono podczas rozprawy sprowadza się do ustalenia co składa się na „*konstrukcję pomostu*”. Według Odwołującego należy w okolicznościach tej sprawy przez to rozumieć tylko pomost, bez elementów wypornościowych, natomiast według Zamawiającego konstrukcja pomostu to całość i obejmuje też elementy wypornościowe.

W ocenie Izby stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego nie jest prawidłowe w okolicznościach tej sprawy. Analiza dokumentacji postępowania w omawianym zakresie wskazuje, że „*Zaprojektowano pomost z segmentów prostokątnych, wykonany z modułów pływających o konstrukcji stalowej, cynkowanej ogniowo wspartej na elementach wypornościowych z spienionego polistyrenu*”. Z powyższego rzeczywiście nie wynika wprost, że konstrukcja pomostu składa się z modułów pływających, które mają być wypełnione spienionym polistyrenem. Niemniej jednak dokumentacji nie należy czytać wybiórczo. W dokumentacji (*vide* pkt 8.2 operatu wodnoprawnego lub pkt 5.2 projektu budowlanego) wskazano także elementy składowe pomostu z modułów stalowych o wymiarach 12,1 x 2,4 x 0,58 m, takie jak:

- „*Konstrukcja stalowa ocynkowana ogniowo łączona z modułów o wymiarach szerokość 2,4 m długość 3m,*
- *elementy wypornościowe,*
- *pływak ze spienionego polistyrenu,*

- pokład; deska sosnowa klasa 2, sortowana, ryflowana, impregnowanym ciśnieniowo
- listwa odbojowa, deska sosnowa impregnowana ciśnieniowo.”

Zatem konstrukcja stalowa ma się składać z modułów o określonych wymiarach. Odwołujący zdaje się czytać powyższy opis w ten sposób, że elementy wypornościowe/ pływaki są czymś zupełnie niezależnym od konstrukcji stalowej. Jednak Zamawiający zastrzegł w treści opisu, że „Szczegóły rozwiązań pomostu przedstawiono na planie zagospodarowania terenu zał rys. II/2 oraz rysunkach ogólnych pomostu – rzut z góry i przekroje zał. Rys. II/3.” W ocenie Izby wyżej przytoczone postanowienia dokumentów zamówienia są spójne z załączonym do projektu budowlanego i operatu wodnego rysunkiem II/3 i zawartym tam opisem. Uważna analiza rysunku pozwala ustalić, że przedstawia on jeden moduł pomostu. Opis konstrukcji jest następujący: „pomost modułowy stalowy o wymiarach 12,1m x 2,4m x 0,58 m – konstrukcja stalowa ocynkowana ogniowo, łączona z modułów o wymiarach 3 m x 2,4m – elementy wypornościowe – pływak ze spienionego polistyrenu”. Z rysunku wynika wprost, że moduły mają wymiar 3m x 2,4m, są opisane jako pływaki i mają być wypełnione spienionym polistyrenem i połączone tworzą jeden moduł pomostu o wymiarach 12,1 m x 2,4 m x 0,58 m. Innymi słowy zwrot „pływak ze spienionego polistyreny” należy rozumieć jako pływak (moduł) wypełniony spienionym polistyrenem, co obrazuje rysunek. Reasumując konstrukcja pomostu jest stalowa i składa się z modułów (pływaków) o konstrukcji stalowej o wymiarach 3 m na 2,4 m które są wypełnione spienionym polistyrenem, które tworzą jeden moduł pomostu o wymiarach 12,1 m x 2,4 m x 0,58 m.

Odwołujący ma wiedzę, że do budowy komór wypornościowych można użyć stali, lecz w wyjaśnieniach z 4 maja 2024 r. przekonuje, że zaoferowane przez niego rozwiązanie ma swoje zalety w porównaniu z komorami ze stali. Nie jest w tej sprawie rolą Izby oceniać, czy i które rozwiązanie jest korzystniejsze, przedmiotem rozpoznania jest niezgodność z dokumentami zamówienia. W ocenie Izby zaoferowanie ramy nośnej z profili spawanych ocynkowanych ogniowo, co Odwołujący utożsamia z konstrukcją stalową, mając na uwadze całościową lekturą dokumentacji zamówienia, w tym rysunek II/3 nie jest zgodne z warunkami zamówienia w tym postępowaniu.

Wobec ustalenia, że całościowa lektura dokumentacji zamówienia pozwala na wniosek, iż moduły miały mieć konstrukcję stalową i miały być wypełnione spienionym polistyrenem, należało uznać, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia była prawidłowa, a przedstawione w tym zakresie uzasadnienie choć lakoniczne, znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Stąd też Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 związku z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2) lit b) 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: