

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Ryszard Tetzlaff**

Protokolant: **Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 czerwca 2024 r.** przez wykonawcę: **Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., -ul. Jagiełły 39, 45-920 Opolu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Zielona Góra – Urząd Miasta Zielona Góra, ul. Podgórna 22, 65-424 Zielona Góra** uczestnik po stronie zamawiającego – **Nowak - Mosty Sp. z o.o., ul. Kazimierza Srokowskiego 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., ul. Jagiełły 39, 45-920 Opolu** i

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000,00 zł** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) wniesioną przez wykonawcę **Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., ul. Jagiełły 39, 45-920 Opolu** tytułem uiszczzonego wpisu, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., ul. Jagiełły 39, 45-920 Opolu** tytułem wydatków pełnomocnika Odwołującego, kwotę **229 zł 00 gr** (słownie: dwieście dwadzieścia dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem dojazdu na rozprawę, jak i kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez **Miasto Zielona Góra – Urząd Miasta Zielona Góra, ul. Podgórna 22, 65-424 Zielona Góra** tytułem wydatków pełnomocnika Zamawiającego;

2.2. zasądza od wykonawcy **Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., ul. Jagiełły 39, 45-920 Opolu** na rzecz **Miasto Zielona Góra – Urząd Miasta Zielona Góra, ul. Podgórna 22, 65-424 Zielona Góra** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika Zamawiającego.

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

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2019/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „*Przebudowa wiaduktu zachodniego w ciągu ul. Zjednoczenia w Zielonej Górze w ramach zadania „Przebudowa wiaduktów w ciągu ul. Zjednoczenia*” (postępowanie znak DO-ZP.271.6.2024), zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12.01.2024 r. pod nr 2024/S 9-24011 przez: **Miasto Zielona Góra – Urząd Miasta Zielona Góra, ul. Podgórna 22, 65-424 Zielona Góra** dalej: „*Zamawiającym*”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „*Pzp*” albo „*PZP*” albo „*pzp*”.

W dniu 29.05.2024 r. (na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://ezamowienia.gov.pl/imp-client/search/listlocds-14861-0-733bb8d4-aeed-11-ee-a06e-7a3efa199397>) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej firmy: **Nowak - Mosty Sp. z o.o., ul. Kazimierza Srokowskiego 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza** zwana dalej: „*Nowak - Mosty Sp. z o.o.*” albo „*Przystępującym*”. Jednocześnie, Zamawiający **odrzucał** na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp ofertę **Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., ul. Jagiełły 39, 45-920 Opolu** zwanego dalej: „*Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”. Stwierdził, że: „*(...) oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn.zm.), gdyż zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (...)*”. Wykonawca (...) z dnia 4 marca br. został wezwany do złożenia wyjaśnień dot. wyliczenia ceny oferty w trybie art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy pzp. W wymaganym terminie Wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które nie uzasadniły podanej w ofercie ceny. Wykonawca składając ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia na roboty budowlane powinien skalkulować koszty w oparciu o załączoną dokumentację projektową, stanowiącą załącznik nr 1.4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Wyjaśnienia Zamawiającego,

stanowiące załącznik do SWZ, w których Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej za zgodą Projektanta, nie mogą stanowić podstawy do założenia, że zarówno Projektant jak i Zamawiający wyrażą swoją zgodę na odstąpienie od rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej i wprowadzenie zmian na budowie. Zgodnie z zapisami § 21 ust. 1 pkt 3 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr I.3 do SWZ, Zamawiający dopuszcza zmiany postanowień umowy pod warunkiem, że w zakresie zmiany materiałów, urządzeń, rozwiązań technicznych, itp. w stosunku do przewidzianych w SWZ wraz załącznikami w brzmieniu z chwili otwarcia ofert pod warunkiem, że zmiany te nie pogorszą właściwości funkcjonalno - użytkowych obiektu, o którym mowa w § 1 i będą korzystne dla Zamawiającego. Nie sposób przyjąć czy Projektant zaakceptuje proponowane zmiany. Co wymaga podkreślenia sam Zamawiający nie jest zobowiązany do zmiany umowy, jeżeli wystąpią przesłanki przewidziane umową, pozwalające stronom na jej zmianę, a co także uregulowano w § 21 ust. 3 wzoru umowy. Istotne w ocenie Zamawiającego jest, że dopuszczone optymalizacje elementów robót stanowią około 50% wartości całego przedsięwzięcia inwestycyjnego, a w przypadku braku zgody Projektanta i/lub Zamawiającego może dojść do sytuacji, że Wykonawca nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia i w konsekwencji zejdzie z budowy zostawiając Zamawiającego z niedokończoną inwestycją. W związku z powyższym zastosowanie mają przepisy ustawy pzp jak na wstępie (...):”.

Dnia 10.06.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 29.05.2024 r. złożyło Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o.

Zarzucił naruszenie: 1) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP przez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy wyjaśnienia złożone na podstawie art. 224 PZP uzasadniają zaferowaną przez Odwołującego cenę; 2) art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 239 PZP przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez N. Sp. z o. o. mimo iż, oferta Odwołującego jest od niej korzystniejsza. Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania oraz: 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także: 4) zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

I. Zarys stanu faktycznego 1. Zamawiający Miasto Zielona Góra – Urząd Miasta Zielona Góra (zwany dalej: Zamawiającym) prowadzi postępowanie o udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. Przebudowa wiaduktu zachodniego w ciągu ul. Zjednoczenia w Zielonej Górze (postępowanie znak DOZP.271.6.4.2024). 2. Zgodnie z pkt 12 ppkt 1 i 3 Specyfikacji Warunków Zamówienia: „1) cena oferty podana w pkt 2.1 formularza oferty wg załącznika nr I.1 do SWZ musi obejmować cały przedmiot zamówienia wyceniony w oparciu o dokumentację zawartą w załączniku nr I.4 do SWZ z uwzględnieniem postanowień pkt 3 SWZ; (...) 3) cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 kodeksu cywilnego;” Dowód: 1. Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy) 3. Zgodnie z pkt 3.4 SWZ, „Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową i Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót zawartymi w załączniku nr I.4 do SWZ. Uwaga: W załączniku nr I.4 do SWZ zamieszczone zostały również przedmiary robót. Zamawiający informuje, iż ww. przedmiary robót stanowią jedynie dokument pomocniczy – ilości podane w przedmiarze nie są podstawą wyceny przedmiotu zamówienia dla Wykonawcy, a jedynie mają na celu określenie technologii wykonania robót. W celu dokonania pełnej wyceny robót każdy z Wykonawców zobowiązany jest przed złożeniem oferty zapoznać się z dokumentacją projektową, STWiOR oraz zapisami niniejszej SWZ.” Dowód: 1. Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy) 4. Jednakże, zgodnie z pkt 3.8 SWZ, „Zawarte w niniejszej SWZ wraz załącznikami informacje na temat parametrów i funkcji są danymi minimalnymi – Zamawiający dopuszcza zaferowanie produktów o rozszerzonych funkcjach i lepszych parametrach, pod warunkiem, iż spełniają one minimalne wymagania określone w niniejszym zamówieniu. Dowód: 1. Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy) 5. W związku z powyższym postanowieniem SWZ, Wykonawcy zwracali się z szeregiem wniosków o wyjaśnienia SWZ w zakresie doprecyzowania przez Zamawiającego zakresu dopuszczalnych optymalizacji rozwiązań technicznych. Dowód: 2. Wyjaśnienia SWZ nr 3 (w aktach sprawy) 3. Wyjaśnienia SWZ nr 4 (w aktach sprawy) 6. Oferta Odwołującego z dnia 27.02.2024 r. opiewa na cenę ryczałtową brutto w wysokości 25 855 053,04 złotych i zawiera najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Odwołujący w pkt 6 oferty wskazał, że „jest nam znany, sprawdzony i przyjęty zakres objęty zamówieniem”. Dowód: 4. Oferta Odwołującego (w aktach sprawy) 5. Informacja z otwarcia ofert (w aktach sprawy) 7. Pismami z dnia 4.03.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego oraz N. do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty, w tym o „przedstawienie szczegółowej wyceny na wszystkie składniki cenotwórcze, a w szczególności na: 1) roboty rozbiórkowe wiaduktu zachodniego, 2) fundamentowanie wiaduktu, 3) montaż ustroju nośnego, 4) przebudowa układu drogowego w ciągu ul. G.J.” Pismami z dnia 7 marca 2024 r. termin złożenia wyjaśnień został przedłużony do 19.03.2024 r. Dowód: 6. Pisma Zamawiającego z dnia 4.03.2024 r. (w aktach postępowania) 7. Pisma Zamawiającego z dnia 7.03.2024 r. (w aktach postępowania) 8. Pismem z dnia 19.03.2024 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia dotyczące ceny, wskazując, iż cena oferty Odwołującego stanowi 89,62 % średniej arytmetycznej wszystkich złożonych w postępowaniu ofert. W zakresie wyliczenia ceny

ofertowej i istotnych części jej składowych dla pozycji wskazanych przez Zamawiającego Odwołujący przedłożył szczegółową wycenę oraz kosztorys szczegółowy dla pozycji wskazanych w wezwaniu Zamawiającego z 4.03.2024 r. W kosztorysie szczegółowym, kalkulacja cen jednostkowych została dokonana z rozbiciem na Robociznę, Materiał i Sprzęt wraz z narzutami oraz założonym Zyskiem. Opiera się ona na bardzo dokładnej analizie przedmiotu zamówienia dokonanego przez wyspecjalizowaną kadrę Odwołującego oraz pozyskane oferty dostawców materiałów i wyspecjalizowanych podwykonawców. W szczególności wycena robót branży drogowej opiera się na ofercie od wyspecjalizowanego podwykonawcy. Odwołujący wskazał także, że z powodzeniem działa na rynku już od 25 lat, korzystając przy tym z ponad 90-letniego doświadczenia wspólnika – Himmel und Papesch Bauunternehmung GmbH & Co KG. Wykorzystanie wiedzy i doświadczenia własnej kadry technicznej, pozwala na optymalizację procesów i kosztów realizacji nawet skomplikowanych zadań inwestycyjnych. Odwołujący wykazał ponadto dysponowanie własnym parkiem maszynowym, co pozwala na znaczące oszczędności przy realizacji zamówienia. Dowód: 8. Pismo Odwołującego z dnia 19.03.2024 r. wraz z załącznikami (w aktach postępowania) 9. Także N. złożył wyjaśnienia dotyczące ceny pismem z dnia 19.03.2024 r. Zgodnie z tymi wyjaśnieniami, „kluczowym czynnikiem pozwalającym osiągnąć przewagę nad pozostałymi Wykonawcami jest fakt, że N. Sp. z o.o. jest aktualnie Generalnym Wykonawcą przebudowy sąsiedniego, bliźniaczego wiaduktu w ciągu nitki wschodniej ul. Zjednoczenia. (...) W udostępnionych przez Zamawiającego odpowiedziach nr: 3,33, 3.37, 3.38, 4.7 dopuszczono wprost optymalizację i zmiany projektowe elementów takich jak: - optymalizację ław fundamentowych, - zmiana sposobu posadowienia palowego podpór, - zastosowanie klejonych kotew zespalających kapę chodnikową z płytą pomostową, - zastosowanie balustrad mostowych aluminiowych. W związku z powyższym mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawca N. Sp. z o. o. miał możliwość dalszego obniżenia kosztów realizacji o kwotę minimum 1 569 608,00 zł netto zgodnie z wyliczeniami zawartymi w Załączniku nr 8 stanowiącym TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA. (...) Ponieważ na obecnym etapie postępowania potencjalni Wykonawcy nie są uczestnikiem procesu budowlanego to udzielanie przez Projektanta jakichkolwiek informacji na temat możliwości powyższych optymalizacji i zmian projektowych byłoby faworyzowaniem części Wykonawców w sposób niezgodny z Ustawą Prawo Zamówień Publicznych. W związku z powyższym Wykonawca N. stoi na stanowisku, iż oczywistym jest fakt, że na obecnym etapie postępowania w powyższym zakresie należało skalkulować rozwiązania zgodne z dokumentacją projektową, co wykazano w szczegółowym kosztorysie ofertowym stanowiącym TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA Załącznik nr 7. Dowód: 9. Pismo N. z dnia 19.03.2024 r. (w aktach postępowania) 10. Pismem z dnia 29 maja 2024 r. Zamawiający powiadomił o dokonaniu wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez N. oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że „W wymaganym terminie Wykonawca złożył wyjaśnienia wraz z dowodami, które nie uzasadniły podanej w ofercie ceny. (...) Wyjaśnienia Zamawiającego, stanowiące załącznik do SWZ, w których Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej za zgodą Projektanta, nie mogą stanowić podstawy do założenia, że zarówno Projektant jak i Zamawiający wyrażą zgodę na odstąpienie od rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej i wprowadzenie zmian na budowie. (...) Istotne w ocenie Zamawiającego jest, że dopuszczone optymalizacje elementów robót stanowią około 50 % wartości całego przedsięwzięcia inwestycyjnego, a w przypadku braku zgody Projektanta i/lub Zamawiającego może dojść do sytuacji, że Wykonawca nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia i w konsekwencji zejdzie z budowy zostawiając Zamawiającego z niedokończoną inwestycją. W związku z powyższym zastosowanie mają przepisy ustawy pzp jak na wstępie.” Dowód: 10. Pismo Zamawiającego z dnia 29 maja 2024 r. (w aktach postępowania) II. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 16 pkt 1w związku z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP przez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy wyjaśnienia złożone na podstawie art. 224 ust. 1 PZP uzasadniają zaoferowaną przez Odwołującego cenę 1. Zgodnie z art. 16 pkt 1 PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Sam Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego przyznaje, iż niezwykle istotny wpływ na wynik postępowania miała kwestia zakresu, w jakim wycena przedmiotu zamówienia mogła uwzględniać optymalizacje rozwiązań technologicznych dopuszczonych w ramach wyjaśnień SWZ przez Zamawiającego. 2. Nie sposób jednak nie zauważyć niekonsekwencji Zamawiającego, który z jednej strony odrzuca ofertę Odwołującego tylko i wyłącznie dlatego, że „dopuszczone optymalizacje elementów robót stanowią około 50 % wartości całego przedsięwzięcia inwestycyjnego” (bez żadnego odniesienia się, czy i w jakim zakresie owe dopuszczone optymalizacje zostały uwzględnione w wyjaśnieniach dotyczących ceny złożonych przez Odwołującego), z drugiej zaś strony dokonał wyboru oferty N., który to wykonawca w ramach złożonych wyjaśnień wprost opisał dokonane przez siebie optymalizacje. Dowód: 10. Pismo Zamawiającego z dnia 29 maja 2024 r. 9. Pismo N. z dnia 19.03.2024 r. (w aktach postępowania) 3. Nie sposób zatem nie odnieść wrażenia, iż Zamawiający dopuszcza optymalizacje rozwiązań technicznych pod warunkiem, że są one zaproponowane przez N., a wszyscy pozostali wykonawcy winni wyceniać oferty ściśle zgodnie z Projektem Wykonawczym. Stanowi to oczywiście rażące naruszenie art. 16 pkt 1 PZP mające niezwykle istotny wpływ na wynik sprawy. 4. Zamawiający niezwykle instrumentalnie potraktował instytucję wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 w zw. z ust. 5 PZP, w zasadzie nie odnosząc się merytorycznie do treści wyjaśnień udzielonych przez Odwołującego. Należy w tym miejscu przypomnieć, iż zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 25 stycznia 2024 r. (sygn. akt KIO 23/24): „Rozstrzygając spór co do zaistnienia przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w 226 ust. 1 pkt 8

p.z.p., Izba ocenia czynność zamawiającego, polegającą na ocenie złożonych przez wykonawcę wyjaśnień ceny. Każdy przypadek rozpatrywany jest indywidualnie, z uwzględnieniem okoliczności danej sprawy. Izba bierze pod uwagę w szczególności treść wezwania do wyjaśnień ceny oferty, treść udzielonej przez wykonawcę odpowiedzi oraz – w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na stwierdzenie, iż nie obalił on domniemania istnienia w jego ofercie rażąco niskiej ceny – treści informacji przekazanej przez zamawiającego”. Podobny pogląd Izba wyraziła w wyroku z dnia 3 kwietnia 2024 r. (sygn. akt KIO 780/23) wskazując, że: „Nadal aktualność swą zachowuje stanowisko wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie Izby i sądów powszechnych wskazujące, że Izba może ocenić i stwierdzić jedynie czy wyjaśnienia w przedmiocie elementów zaoferowanej ceny były wystarczające, a ich ocena dokonana przez Zamawiającego prawidłowa.” Zamawiający najwyraźniej uznał, iż sam fakt wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 PZP i związane z tym domniemanie rażąco niskiej ceny zwalnia go od obowiązku należytego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odrzucając ofertę Odwołującego, Zamawiającyw ogóle nie odniósł się bowiem w sposób konkretny do udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień w zakresie ceny i przedłożonych przez Odwołującego dowodów wykazujących realność zaoferowanej ceny. 5. Bezsporne jest, iż „Cena rażąco niska to cena oferty, za którą nie da się wykonać zamówienia - tak w sposób najbardziej prosty i zrozumiały można wytłumaczyć czym jest cena oferty rażąco niska. Cena rażąco niska to cena, która jest nierealistyczna, nieadekwatna do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakłada wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, a więc nie występuje na danym rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. przez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających. Cena rażąco niska to taka, za którą nie może wykonawca wykonać zamówienia w sposób zgodny z przedmiotem, rzetelny i prawidłowy.” (wyrok z dnia 3 kwietnia 2024 r., sygn. akt KIO 780/23) Należy jednak zwrócić uwagę, że „Istotną okolicznością podlegającą ocenie jest poziom cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, które dają realny obraz aktualnej sytuacji rynkowej w danej branży. Nie ma bowiem lepszego kwantyfikatora niż realne ceny ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.” (wyrok KIO z 22 lutego 2023 r., KIO 351/23). W tym miejscu należy nadmienić, iż ceny ofert w niniejszym postępowaniu kształtują się następująco: Numer oferty Wykonawca Cena oferty brutto Procentowa wartość do średniej ofert 1 Himmel i Papesch Opole sp. z o.o. 25 885 053,04 zł 89,62% 4 Nowak Mosty sp. z o.o. 26 860 032,77 zł 93,00% 2 STRABAG Sp. z o.o. 30 535 946,73 zł 105,73% 3 Primost Południe sp. z o.o. 32 248 184,45 zł 111,65% średnia arytmetyczna 28 882 304,25 zł 100,00% Kwota przeznaczona na sfinansowanie zamówienia 40 359 630,99 zł 139,74% Wartość szacunkowa zamówienia powiększona o VAT 40 359 630,99 zł 139,74% Wartość szacunkowa zamówienia przewyższa średnią arytmetyczną złożonych ofert o niemal 40 %, a co za tym idzie jest znacznie zawyżona. Co istotne, nawet najdroższa oferta złożona w postępowaniu jest tańsza o ok. 20 % od wartości szacunkowej zamówienia. 6. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, Zamawiający wskazuje, iż „Wykonawca składając ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia powinien skalkulować koszty w oparciu o załączoną dokumentację projektową stanowiącą załącznik nr I.4 do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ).” Snując dalsze abstrakcyjne rozważania w zakresie wymaganych zgód Projektanta i Zamawiającego na ewentualne zmiany (optymalizacje) rozwiązań projektowych, Zamawiający czyni to w oderwaniu od treści udzielonych przez siebie wyjaśnień SWZ, a nawet dosłownej treści załącznika I.4 do SWZ. Dowód: 10. Pismo Zamawiającego z dnia 29 maja 2024 r. 7. Umknęło bowiem uwadze Zamawiającego, iż już w samej treści części opisowej Projektu Wykonawczego, w pkt 5.4 na s. 11 wskazano, że: Po wykonaniu prac rozbiórkowych istniejących ław fundamentowych, przewiduje się, że może wystąpić inny układ pali istniejących, a tym samym może zmienić się układ pali projektowanych. Z uwagi na powyższe, należy uwzględnić i dopuszcza się ewentualną optymalizację posadowienia tj. posadowienia palowego oraz gabarytów ławy fundamentowe. W celu wykonania optymalizacji posadowienia dopuszcza się możliwość uwzględnienia istniejących pali średnicy 1,5 m do przenoszenia obciążenia łącznie z dodatkowymi projektowanymi palami, pod warunkiem wykonania minimum badań materiałowych pali (wytrzymałość betonu na ściskanie), badań ciągłości pali jak również badań pozwalających na potwierdzenie długości pali oraz dodatkowych badań, które stwierdzą ich stan techniczny i pozwolą w części lub całości uwzględnić ich współpracę w przenoszeniu obciążeń. (...) Z uwagi na powyższe należy uwzględnić konieczność wprowadzenia zmian w projektowanym układzie pali jak również w przyjętych wymiarach ław fundamentowych w tym zbrojenia. Dowód: 11. Projekt wykonawczy-zamienny, część opisowa (w aktach postępowania) Zatem, skoro już w samej treści Projektu Wykonawczego zakłada się nie tylko możliwość, ale i konieczność wprowadzenia zmian w układzie projektowym pali – przy czym zmiany te będą oczywiście generować oszczędności w ponoszonych kosztach realizacji robót budowlanych, twierdzenie Zamawiającego o konieczności dokonania wycen strictly według dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr I.4 do SWZ pozostaje – jak wykazano powyżej – w niezgodności już z samą treścią tej dokumentacji. Nadto, w pkt 3.4 SWZ Zamawiający wyraźnie, używając czerwonej czcionki wskazał, że „ilości podane w przedmiarze nie są podstawą wyceny przedmiotu zamówienia dla Wykonawcy, a jedynie mają na celu określenie technologii wykonania robót.” Zatem w razie ewentualnego przyjęcia odmiennych ilości w kosztorysach szczegółowych od tych podanych w przedmiarze robót, nie sposób – jak zdaje się czynić to Zamawiający – zarzucać wykonawcom (w tym Odwołującemu) swoiste niedoszacowanie przedmiotu zamówienia. Dowód: 1. Specyfikacja Warunków Zamówienia (w

aktach postępowania) Wykonawca N. w swoich wyjaśnieniach ceny dokonał natomiast swoistej egzegezy wyjaśnień SWZ udzielonych przez Zamawiającego przyjmując, że „W udostępnionych przez Zamawiającego odpowiedziach nr 3.33, 3.37, 3.38 i 4.7 dopuszczono wprost optymalizacje i zmiany projektowe elementów takich, jak: - optymalizacje łąw fundamentowych, - zmiana sposobu posadowienia palowego podpór, - zastosowanie wklejanych kotew zespalających kapę chodnikową z płytą pomostową, - zastosowanie balustrad mostowych aluminiowych. W związku z powyższym, Wykonawca N. miał możliwość dalszego obniżenia kosztów realizacji o kwotę minimum 1 569 608,00 zł netto”. Dowód: 7. Pismo N. z dnia 19.03.2024 r. (w aktach postępowania) Jednocześnie N. zauważył, że „w licznych odpowiedziach nr 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.31, 3.32., 3.35, 3.36 Zamawiający podał, że „Wszelkie zmiany w dokumentacji projektowej wymagają zgody projektanta i zależne są od rodzaju i zakresu wprowadzonych zmian”. Dowód: 7. Pismo N. z dnia 19.03.2024 r. (w aktach postępowania) Co znamienne, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający nie odnosi się do treści udzielonych przez siebie wyjaśnień SWZ, wskazując jedynie globalnie, iż dopuszczone optymalizacje elementów robót stanowią około 50 % wartości całego przedsięwzięcia inwestycyjnego. Nie wiadomo zatem, czy egzegeza wyjaśnień SWZ dokonana przez N. jest zdaniem Zamawiającego poprawna. W szczególności nie jest jasne, czy odpowiedź udzielona w odpowiedzi np. na pytanie 3.32, odnosząca się do „wszelkich zmian w dokumentacji projektowej” odnosi się także do zagadnień poruszonych w pytaniach 3.33, 3.37, 3.38 i 4.7, gdzie Zamawiający określił zakres swojej zgody na optymalizację, ale nie zawarł w odpowiedzi formuły o każdorazowej konieczności uzyskania zgody projektanta. Zawiadamiając o wyniku postępowania, Zamawiający nie wyjaśnił, dlaczego uwzględnienie w wycenie np. optymalizacji posadowienia palowego podpór dla N. stanowi zaakceptowane przez Zamawiającego rozwiązanie, a dla Odwołującego jest niewyrażonym wprost powodem odrzucenia oferty. Trudno o bardziej jaskrawy przykład nierównego traktowania wykonawców. Mając na względzie wskazane powyżej niejednoznaczności wynikające z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień SWZ, Odwołujący kategorycznie nie zgadza się z lansowaną przez N., a przejętą bezkrytycznie przez Zamawiającego tezą, iż dokonując wyceny ofert nie sposób przyjąć założenia, że Projektant i Zamawiający wyrażą zgodę na wprowadzenie zmian (optymalizacji) w ogólnie dopuszczonych w ramach wyjaśnień SWZ elementach robót. Po pierwsze klóci się do określonym przez Zamawiającego ryczałtowym charakterem wynagrodzenia za roboty budowlane, gdzie w przeciwieństwie do wynagrodzenia kosztorysowego, zmiany projektowe nie wiążą się z koniecznością dokonywania aktualności cen jednostkowych. Po drugie, nie sposób nie przyjąć, iż zgoda Projektanta (i Zamawiającego) na rozwiązania zamienne zależy tylko i wyłącznie od technicznej i merytorycznej poprawności zaproponowanych rozwiązań i nie ma charakteru uznaniowego. Powszechnie przyjętym zwyczajem wśród członków Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa, w szczególności dla branży mostowej i drogowej jest akceptowanie przez projektantów odmiennych niż założone rozwiązań technologicznych (np. optymalizacyjnych), jeżeli tylko zostanie wykazana techniczna poprawność i zachowanie zasadniczych parametrów dla projektowanego obiektu. Po trzecie, należy zaznaczyć, iż tam, gdzie Zamawiający kategorycznie nie dopuścił rozwiązań optymalizacyjnych, zostało to wprost określone w treści udzielonych wyjaśnień SWZ (por. np. odpowiedź 3.33, 3.34). Po czwarte, zgodnie z lansowaną przez N. tezą o niemożności antycypowania zgody Zamawiającego, Zamawiający konsekwentnie powinien zabronić także uwzględnienia w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny opierania się na ofertach podwykonawców (sic!), skoro zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, każdy podwykonawca winien zyskać jego akceptację (por. § 7 ust. 6 wzoru umowy). Jest to oczywiście założenie graniczące z absurdem, albowiem przy spełnieniu jednoznacznie określonych w umowie warunków, wykonawca może spodziewać się, iż umowa z danym podwykonawcą, którego oferta była podstawą dokonania wyceny przedmiotu zamówienia, zostanie zaakceptowana przez Zamawiającego. 9. Odwołujący złożył konkretne wyjaśnienia wykazujące realność zaoferowanej ceny ryczałtowej za wykonanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zamawiający odrzucając ofertę nie podważył wiarygodności żadnego elementu dokonanej szczegółowej wyceny. Uzasadnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w ogóle bowiem nie odnosi się do treści udzielonych przez odwołującego wyjaśnień w zakresie ceny. 10. Jak już wyżej wspomniano, nie sposób nie odnieść wrażenia, iż warunki realizacji niniejszego zamówienia są zupełnie odmienne dla faworyzowanego N., zupełnie zaś odmienne dla Odwołującego, który miał „czelność” złożyć ofertę bardziej konkurencyjną niż zaproponowaną przez N.. Naruszenie ww. przepisów mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. III. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 239 PZP przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez N. Sp. z o. o. mimo iż, oferta Odwołującego jest od niej korzystniejsza 11. Zgodnie z art. 239 ust. 1 PZP, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych - w dokumentach zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu, stosownie do pkt 30 SWZ. Oczywiście jest zatem, iż oferta Odwołującego, jako oferta z najniższą ceną powinna otrzymać maksymalną liczbę punktów (tj. 60) w kryterium cena oferty „C”. Jeżeli chodzi o kryterium wydłużenie gwarancji „G” wszystkie oferty złożone w postępowaniu kwalifikują się do otrzymania 40 punktów w tym kryterium, 12. Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Wynika to wprost z treści art. 16 pkt 1 i 2 PZP: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek równego traktowania wszystkich Wykonawców. Jak trafnie wskazała bowiem KIO w wyroku z dnia 25 kwietnia 2019 r. (sygn. KIO 652/19), „Od Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy oczekiwać wnikliwego, a zarazem rzetelnego

przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia poszanowania zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Weryfikacji ofert zamawiający może dokonywać jedynie w oparciu o postanowienia, które sam ustanowił, wiążące zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego. Zamawiający nie jest uprawniony, aby postanowienia SIWZ zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny i nierówny wobec pozostałych wykonawców na etapie badania i oceny ofert." 13. Jak wykazano powyżej, w niniejszym postępowaniu odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło całkowicie bezpodstawnie, a co za tym idzie czynność wyboru oferty N. pozostaje w niezgodności z art. 239 ust. 1 PZP, gdyż nie jest to oferta najkorzystniejsza.

Zamawiający w dniu 11.06.2024 r. (na stronie internetowej prowadzonego postępowania <https://ezamowienia.gov.pl/mp-client/search/listlocds-14861-0-733bb8d4-aeed-11-ee-a06e-7a3efa199397>) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.06.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Nowak - Mosty Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

1. Przystępujący składając swoją ofertę i kierując się treścią udzielonych wyjaśnień dopuścił optymalizację w tych zakresach, gdzie te optymalizacje zostały bezwarunkowo dopuszczone przez Zamawiającego, co znajduje odzwierciedlenie w złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, na które również powołuje się w swoim odwołaniu Odwołujący niezasadnie jednak wskazując, że tylko N. sp. z o.o. mógł założyć optymalizację i tym samym został potraktowany w sposób uprzywilejowany. Takie uzasadnienie złożonego odwołania nie może się utrzymać, gdyż – jak podkreśla Przystępujący – optymalizacje zostały uwzględnione wyłącznie tam, gdzie zostały dopuszczone i nie wymagały zgody Zamawiającego i projektanta. To Przystępujący w swoich wycenach i wyjaśnieniach zachował zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż nie założył optymalizacji, które na etapie wyjaśniania przedmiotu zamówienia nie zostały bezwzględnie dopuszczone przez Zamawiającego, tj. wymagają zgody Zamawiającego i projektanta.

2. Należy wskazać, że w części jawnej złożonych przez Odwołującego wyjaśnień zostało zamieszczone stwierdzenie, że Zamawiający dopuścił optymalizację w zakresie: a. gabarytów płyty pomostowej, b. ilości stali zbrojeniowej płyty pomostowej, c. rozwiązania konstrukcyjnego płyty pomostowej, d. zmianę rozstawu belek w przekroju poprzecznym płyty pomostowej, e. optymalizację gabarytów podpór skrajnych, f. optymalizację ilości stali zbrojeniowej podpór pośrednich, g. optymalizację gabarytów podpór fundamentów. Z tak zaprezentowanym powyżej stanowiskiem należy stanowczo się nie zgodzić. Nie można bezkrytycznie przyjąć, że uzależnienie optymalizacji od zgody projektanta i Zamawiającego na etapie realizacji przedmiotu zamówienia stanowi niejako domniemaną zgodę na uwzględnienie takich optymalizacji na etapie składania oferty. Kierując się takim sposobem myślenia doszłoby do sytuacji, w których w większości ogłaszanych przetargów potencjalni wykonawcy uwzględnialiby jak największą możliwość optymalizacji, które następnie na etapie wykonawstwa nie znalazły ani technicznego, ani finansowego potwierdzenia. Stałoby to zapewne w sprzeczności z zasadą wyrażoną w przepisach art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP, zgodnie z którą Zamawiający ma zapewnić najlepszą jakość robót budowlanych i najlepsze efekty zamówienia, w tym efekty społeczne, środowiskowe i gospodarcze. Przystępujący podkreśla że ww. zasada powinna być o wiele bardziej wnikliwie brana pod uwagę przy zamówieniach w zakresie robót budowlanych, gdyż przedmioty takich zamówień swoimi efektami mogą o wiele dłużej oddziaływać niż w przypadku pozostałych zamówień. Można zaryzykować stwierdzenie, że przychylenie się Zamawiającego do zbyt daleko idących optymalizacji w zakresie robót budowlanych, nie znajdujących jednoznacznego potwierdzenia w złożonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach, może w przyszłości wpłynąć na zwiększone koszty eksploatacji obiektu budowlanego, a w drastycznych przypadkach wpływać na bezpieczeństwo użytkowników tych obiektów budowlanych.

3. Przystępujący nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, zgodnie z którym N. sp. z o.o. dokonał „swoistej egzegezy wyjaśnień SWZ udzielonych przez Zamawiającego”. Biorąc pod uwagę treść złożonego odwołania można odnieść nieodparte wrażenie, że identycznie postąpił Odwołujący. Należy znów podkreślić, że uwarunkowanie optymalizacji od zgody projektanta i Zamawiającego nie uprawnia automatycznie do dokonania takiej optymalizacji w przedstawionej cenie ofertowej. Przychylenie się przez Zamawiającego do takich wyliczeń bezspornie stanowiłoby zarzut nierównego traktowania wykonawców podnoszony obecnie przez Odwołującego. Warto zatem zaznaczyć, że tak ogólnie przyjęte przez Odwołującego założenie o dopuszczalności optymalizacji jest najbardziej jaskrawym przykładem egzegezy wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego na etapie zadawania pytań przez wykonawców.

4. W zakresie twierdzeń zamieszczonym w pkt 8 odwołania Przystępującemu ponownie pozostaje nie zgodzić się z zamieszczonymi tam argumentami. W ocenie Przystępującego zgoda projektanta i Zamawiającego w zakresie optymalizacji powinna w głównej mierze opierać się na aspektach technicznych i merytorycznych. Z pewnością ocena parametrów, od których uwarunkowane jest bezpieczne użytkowanie obiektu budowlanego, nie może opierać się na uznaniowym charakterze. Nie można przychylić się również do argumentu, zgodnie z którym Zamawiający jasno określił, w jakich zakresach nie dopuszcza optymalizacji (odpowiedzi 3.33, 3.34), a tym samym w pozostałych zakresach dopuszcza optymalizację.

Kierując się treścią udzielonych odpowiedzi z pewnością można wskazać, że Zamawiający przyjął postępowanie trzytorowe: a. brak zgody na optymalizację (przykładowo odpowiedzi 3.33, 3.34), b. zgoda warunkowa, uzależniona również od zgody projektanta (przykładowo odpowiedzi 3.35, 3.36) c. zgoda udzielona na etapie udzielania odpowiedzi, bez jej uzależnienia od zgody projektanta (przykładowo odpowiedź 3.33). Skoro już Przystępujący w powyższy sposób jest w stanie rozróżnić trzy możliwe formy optymalizacji, to tym bardziej nie ma podstaw do przyjęcia założenia, że to „co nie zakazane, jest dozwolone”, zwłaszcza że niektóre optymalizacje są uwarunkowane zgodą projektanta, 5. W zakresie argumentu przywołanego w pkt 10 uzasadnienia odwołania Przystępującemu nie pozostaje nic innego, jak potraktować go jako rodzaj argumentu ad personam, co uniemożliwia merytoryczne odniesienie się niego. 6. W zakresie uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 PZP Przystępujący nie przychylił się do nich. Odwołujący za przytoczonym orzeczeniem KIOz 25.04.2019 r., KIO 652/19, wskazał że cyt. „Weryfikacji ofert zamawiający może dokonywać jedynie w oparciu o postanowienia, które sam ustanowił, wiążące zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego. Zamawiający nie jest uprawniony, aby postanowienia SIWZ zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny i nierówny wobec pozostałych wykonawców na etapie badania i oceny ofert”. Należy wskazać, że Zamawiający nie zmienił postanowień SWZ, a jedynie je wyjaśnił na etapie składania pytań przez wykonawców. Natomiast z udzielonych odpowiedzi można wnioskować, że ustanowionym postanowieniem – identycznym dla wszystkich wykonawców – był brak zgody na optymalizację niektórych elementów przedmiotu zamówienia, bez wcześniejszej zgody projektanta. III. Sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej Końcowo Przystępujący prostuje oczywistą omyłkę pisarską w punkcie 9 (str. 5) złożonych przez siebie wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 19.03.2024 r. i wskazuje, że możliwość obniżenia kosztów realizacji przedmiotu zamówienia dla Przystępującego z tytułu dopuszczalnych optymalizacji wyniosła 670 725,00 zł netto (słownie: sześćset siedemdziesiąt tysięcy siedemset dwadzieścia pięć złotych 00/100), a nie jak wskazano w wyjaśnieniach 1 569 608,00 zł netto (słownie: jeden milion pięćset sześćdziesiąt dziewięć tysięcy sześćset osiem złotych 00/100). Prawidłowa kwota obniżenia kosztów realizacji została szczegółowo wyliczona w załączniku nr 8 do wyjaśnień, który to załącznik stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Przystępującego.

W dniu 24.06.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 Pzp, odpowieź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. W dniu 04.03.2024 r., w związku z tym, iż ceny nw. ofert były niższe o ponad 30% od wartości zamówienia (40.359.630,99 zł brutto) i budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SWZ Zamawiający zwrócił się o złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny oferty przez: 1) Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o., ul. Władysława Jagiełły 39, 45-920 Opole (cena oferty 25.885.053,04 zł brutto), 2) N. Sp. z o.o., ul. Kazimierza Srokowskiego 27, 41-300 Dąbrowa Górnicza (cena oferty 26.860.032,77 zł brutto). Wykonawcy odpowiedzieli na wezwanie, lecz wyjaśnienia Himmel i Papesch Opole Sp. z o.o. (Odwołującego) nie potwierdziły, iż cena 25.885.053,04 zł brutto nie jest rażąco niska, a ponadto wniosły informację iż Wykonawca przygotowując wycenę oferty „zastosował optymalizacje”, które m.in. polegały na niemal 50% zmniejszeniu ilości stali. Wykonawca składając ofertę na wykonanie przedmiotu zamówienia powinien dokonać wyceny w oparciu o dokumentację projektową, stanowiącą załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). Zamawiający opisując przedmiot zamówienia przekazał wszystkim zainteresowanym stronom jednakowe informacje, na podstawie których powinni dokonać wyceny ofert. Zamawiający dopuścił stosowanie optymalizacji na etapie robót budowlanych, a nie na etapie składania ofert. Zakres zmian i rozwiązań zamiennych są oceniane na bieżąco na budowie i wówczas podlegają akceptacji przez Projektanta i Zamawiającego, zgodnie z wyjaśnieniami do SWZ nr 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.31, 3.32., 3.35, 3.36 oraz zapisami Projektu umowy §21 ust. 1 pkt 3 „w zakresie zmiany materiałów, urządzeń, rozwiązań technicznych, itp. w stosunku do przewidzianych w SWZ wraz z załącznikami w brzmieniu z chwili otwarcia ofert pod warunkiem, że zmiany te nie pogorszą właściwości funkcjonalno – użytkowych obiektu, o którym mowa w §1 i będą korzystne dla Zamawiającego. Zmiany te mogą dotyczyć okoliczności: a) powodujących poprawienie parametrów technicznych przedmiotu zamówienia; b) wynikających z aktualizacji rozwiązań z uwagi na postęp technologiczny lub zmiany obowiązujących przepisów; c) powodujących obniżenie kosztu ponoszonego na eksploatację i konserwację wykonanego przedmiotu zamówienia”. Nie sposób ocenić czy rozwiązania przyjęte przez Wykonawcę na etapie składania ofert zyskują zgodę projektanta na optymalizację czy projekt optymalizacji będzie wymagał zmian, a co za tym idzie koszt wykonania optymalizacji będzie wyższy niż zakładał Wykonawca. N. sp. z o.o. poinformował w wyjaśnieniach, że „stoi na stanowisku, iż oczywistym jest fakt, że na obecnym etapie postępowania w powyższym zakresie należało skalkulować rozwiązania zgodne z dokumentacją projektową”. N. dokonał wyceny wg dokumentacji projektowej, stanowiącej załącznik do SWZ, który był dostępny dla wszystkich Wykonawców. Uznać należy zatem że wycena robót tego wykonawcy jest realna. Odwołujący natomiast wskazał wyraźnie, że dokonał obliczenia ceny oferty na podstawie założonych przez siebie hipotetycznych optymalizacji, co nie powinno mieć miejsca na etapie składania ofert. Pozostali oferenci powinni mieć taką samą możliwość wyceny przedmiotu zamówienia. Z przedłożonych wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, że Odwołujący przyjął do wyceny wykonania stroju nośnego o połowę mniej stali niż zakłada dokumentacja projektowa i tak: - Odwołujący przyjął „Wykonanie zbrojenia stroju nośnego (płyta, oczepy)” 300.716,70 kg (dowód nr 1 (objęty tajemnicą przedsiębiorstwa) – poz. 15), - z dokumentacji projektowej (przedmiaru) wynika „wykonanie zbrojenia stroju nośnego (płyta, oczepy)” 614.406,00 kg (dowód nr 2 – poz. 14), co przyjmując ceny

jednostkowe (4,97zł netto/kg) przyjęte do kalkulacji ceny oferty obniżyło Wykonawcy wartość ceny o 1.562.172,71 zł netto (1.921.472,44 zł brutto). W konsekwencji w ocenie Zamawiającego Odwołujący zaniżył rażąco nisko cenę oferty w stosunku do szacunkowej wartości zamówienia, poprzez wycenę własnych rozwiązań optymalizujących projekt, zamiast dokonania wyceny w oparciu o dokumentację projektową, stanowiącą załącznik do SWZ, co przyczyniło się do złożenia oferty najniższej cenowo. Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. 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 (art. 224 ust. 6 ustawy pzp). Oznacza to, że w odniesieniu do oceny wystąpienia ceny rażąco niskiej (lub rażąco niskiego kosztu) to wykonawca musi wykazać (za pomocą wyjaśnień lub stosownych dokumentów), że taka cena nie wystąpiła. Jeżeli wykonawca nie wykaże, że złożona przez niego oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, jego oferta będzie podlegała odrzuceniu. Zastosowanie procedury z art. 224 ustawy pzp tworzy domniemanie, że zaproponowana w ofercie cena nosi znamiona ceny rażąco niskiej, a zatem dowód na twierdzenie przeciwne spoczywa na wykonawcy będącym adresatem wezwania. W niniejszej sprawie istota sporu sprowadza się de facto do ustalenia, czy wykonawca na etapie przygotowania oferty mógł założyć realnie (a zatem z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością), że wykonanie przedmiotu zamówienia nastąpi w zakładany przez niego sposób, tylko bowiem w takim przypadku wykonanie zamówienia za tę cenę byłoby realne. Rolą zamawiającego jest ustalenie i weryfikacja czy elementy i okoliczności wskazane przez wykonawcę w ramach wyjaśnień rzeczywiście istnieją, mogą być osiągnięte w ramach realiów rynkowych i na podstawie jakich założeń wykonawca przyjmuje realność wystąpienia tych szczególnych czynników i sprzyjających okoliczności. W ocenie Zamawiającego Wykonawca bezzasadnie przyjął a priori że projektant i zamawiający wyrażą zgodę na optymalizację i jej zakres. W konsekwencji Odwołujący wycenił przedmiot zamówienia na podstawie przyjętych przez siebie założeń, innych niż wynikające z dokumentacji przygotowanej przez Zamawiającego. Odwołujący przyjął m.in. do wyceny wykonania ustroju nośnego o połowę mniej stali niż zakłada dokumentacja projektowa co przyjmując ceny jednostkowe (4,97zł netto/kg) przyjęte do kalkulacji ceny oferty obniżyło Wykonawcy wartość ceny o 1.562.172,71 zł netto (1.921.472,44 zł brutto). W konsekwencji istotna część składowa ceny oferty jest rażąco niska, co przekłada się na uznanie, że cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia. Cena ta jest nierealistyczna, niewiarygodna.

W dniu 27.06.2024 r. (e-mailem) Odwołujący wniósł pismo procesowe. I. Dowody objęte tajemnicą przedsiębiorstwa 1. Odwołujący stanowczo sprzeciwia się nieuprawnionemu ujawnieniu dokumentu stanowiącego tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego, załączonego do odpowiedzi na odwołanie. Przystępujący dobrowolnie oświadczył o trwałym usunięciu ww. pliku ze swoich nośników danych o traktowaniu przedmiotowego dokumentu jako niebyłego. Zamawiający następnie wyjaśnił, iż przedmiotowe ujawnienie nie było zamierzone i stanowiło błąd pracownika, za który przeprosił. /bezsporne/ 2. Tym niemniej wnosimy o ograniczenie, na podstawie art. 545 ust. 3 PZP dostępu Przystępującego do materiału dowodowego objętego tajemnicą przedsiębiorstwa Odwołującego. Odwołujący także nie żąda dostępu do dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, a objętych tajemnicą przedsiębiorstwa Przystępującego. II. „Uzupełnienie” uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w odpowiedzi na odwołanie 1. Zamawiający dopiero w odpowiedzi na odwołanie (por. s. 3 i nast.) odnosi się w konkretny sposób do wyjaśnień ceny złożonych przez Odwołującego. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem Izby, podlegają one pominięciu. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem wyrażonym przez Izbę w wyroku z dnia 25 stycznia 2024 r. (sygn. akt KIO 23/24) „(...) w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne, które powinny być przedstawione wykonawcy w uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty, zostały przekazane dopiero w postępowaniu odwoławczym, nie mogły być one przedmiotem zarzutów odwołania, a w konsekwencji nie mogą być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.” 2. Z ostrożności procesowej, odnosząc się do zarzucanego przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie rzekomego zaniżenia ilości stali do wykonania ustroju nośnego względem przedmiaru robót, należy przypomnieć, iż Odwołujący dwukrotnie w treści odwołania zwracał uwagę na brzmienie pkt 3.4 SWZ, gdzie Zamawiający wprost zaznaczył (czerwoną czcionką): Uwaga: W załączniku nr 1.4 do SWZ zamieszczone zostały również przedmiary robót. Zamawiający informuje, iż ww. przedmiary robót stanowią jedynie dokument pomocniczy – ilości podane w przedmiarze nie są podstawą wyceny przedmiotu zamówienia dla Wykonawcy, a jedynie mają na celu określenie technologii wykonania robót. W celu dokonania pełnej wyceny robót każdy z Wykonawców zobowiązany jest przed złożeniem oferty zapoznać się z dokumentacją projektową, STWiOR oraz zapisami niniejszej SWZ.” Dowód: 1. Specyfikacja Warunków Zamówienia (w aktach sprawy) 3. Skoro zgodne z treścią SWZ ilości podane w przedmiarze nie są podstawą wyceny przedmiotu zamówienia dla wykonawcy, to tym bardziej nie powinny być punktem odniesienia przy badaniu wyjaśnień w zakresie ceny złożonych przez Wykonawców. III. Rozbieżności w stanowiskach procesowych Zamawiającego oraz Przystępującego 4. Odwołujący zaprzecza twierdzeniu zawartemu na s. 3 odpowiedzi na odwołanie, iż „N. dokonał wyceny wg dokumentacji projektowej, stanowiącej załącznik do SWZ, który był dostępny dla wszystkich Wykonawców.” Zaznaczyć należy, iż Zamawiający nie powołał żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń. 5. Jak już podnosiliśmy w treści odwołania, na s. 5 swoich wyjaśnień w zakresie ceny, Przystępujący wskazał wprost, że: „W udostępnionych przez Zamawiającego odpowiedziach nr: 3,33, 3.37, 3.38, 4.7 dopuszczono wprost optymalizację i zmiany projektowe elementów takich jak: -

optymalizację ław fundamentowych, - zmiana sposobu posadowienia palowego podpór, - zastosowanie klejonych kotew zespalających kapę chodnikową z płytą pomostową, - zastosowanie balustrad mostowych aluminiowych. W związku z powyższym mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawca N. Sp. z o. o. miał możliwość dalszego obniżenia kosztów realizacji o kwotę minimum 1 569 608,00 zł netto zgodnie z wyliczeniami zawartymi w Załączniku nr 8 stanowiącym TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA. (...)” Dowód: 9. Pismo z dnia 19.03.2024 r. (w aktach postępowania) Także w treści przystąpienia Przystępujący potwierdza, iż „optymalizacje zostały uwzględnione wyłącznie tam, gdzie zostały dopuszczone i nie wymagały zgody Zamawiającego i projektanta” (s. 2 Przystąpienia). 6. Powyższe twierdzenie Przystępującego jest zatem oczywiście sprzeczne z przytoczonym powyżej twierdzeniem Zamawiającego zawartym na s. 3 odpowiedzi na odwołanie. IV. Istota sporu według Zamawiającego 7. Na s. 4 odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wskazuje, że „W niniejszej sprawie istota sporu sprowadza się de facto do ustalenia, czy wykonawca na etapie przygotowania oferty mógł założyć realnie (a zatem z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością), że wykonanie przedmiotu zamówienia nastąpi w zakładany przez niego sposób, tylko bowiem w takim przypadku wykonanie zamówienia za tę cenę byłoby realne.” 8. Z treści jawnej części wyjaśnień w sprawie ceny Odwołującego i Przystępującego wynika, iż obydwa wykonawcy założyli w swoich ofertach optymalizacje w zakresie posadowienia palowego podpór: Dowód: 8. Pismo Odwołującego z dnia 19.03.2024 r. (w aktach postępowania) 9. Pismo N. z dnia 19.03.2024 r. (w aktach postępowania) 9. Opierając się na udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnieniach SWZ, Przystępujący uwzględnił w swojej ofercie także optymalizacje w zakresie: - optymalizacja ław fundamentowych, - zastosowanie klejonych kotew zespalających kapę chodnikową z płytą pomostową, - zastosowanie balustrad mostowych aluminiowych. Dowód: 9. Pismo N. z dnia 19.03.2024 r. (w aktach postępowania) 10. Odwołujący, opierając się na swoim doświadczeniu w realizacji podobnych obiektów, urealnił jedynie ilość stali ustroju nośnego niezbędnej do osiągnięcia przewidzianych w dokumentacji projektowej parametrów technicznych obiektu. Dowód: 8. Pismo Odwołującego z dnia 19.03.2024 r. (w aktach postępowania) 11. Nadto należy zaznaczyć, iż w przypadku bliźniaczego wiaduktu realizowanego przez Przystępującego, Projektant oraz Zamawiający wyrazili zgodę na szereg optymalizacji w zakresie m.in. ustroju nośnego: Dowód: Projekt wykonawczy zamienny – adnotacja o akceptacji zmian (w załączeniu) Istnieje zatem prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, że projektant, a co za tym idzie, także sam Zamawiający, wyraził zgodę na analogiczny zakres optymalizacji dla wiaduktu będącego przedmiotem niniejszego zamówienia. Nie ma bowiem żadnych racjonalnych powodów, dla których optymalizacji dopuszczone już dla bliźniaczego wiaduktu wschodniego nie miałyby być dopuszczone dla wiaduktu zachodniego. 12. Nie ulega zatem wątpliwości, że cena zaoferowana przez Odwołującego jest ceną realną, umożliwiającą należyte zrealizowanie Przebudowa wiaduktu zachodniego w ciągu ul. Zjednoczenia w Zielonej Górze także zgodnie z zasadą efektywności zawartą w art. 44 ust. 3 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, tj. w sposób celowy i oszczędny z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta została odrzucona, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej. Dla porządku zaliczono elementy akt postępowania (dokumentacji) załączone do odwołania poniżej. Przy czym, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego w całości wyjaśnienia Odwołującego odnośnie ceny rażąco niskiej z 19.03.2024 r., w tym także załączniki jawne, jak i załączniki stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Podobnie, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego w całości wyjaśnienia Przystępującego odnośnie ceny rażąco niskiej z 19.03.2024 r., w tym także załączniki jawne, jak i załączniki stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba dodatkowo zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego na okoliczności wskazane w odwołaniu:

- 1) Specyfikacja Warunków Zamówienia (E1_SWZ_wiadukt_zachodni);
- 2) Wyjaśnienia SWZ nr 3 z 15.02.2024 r. (E2_odpowiedzi_na_pytania_platforma_(3));
- 3) Wyjaśnienia SWZ nr 4 z 15.02.2024 r. (E3_odpowiedzi_na_pytania_platforma_(4));
- 4) Oferta Odwołującego (E4_formularz_oferty_zalacznik_I.1);
- 5) Informacja o złożonych ofertach (E5_DOZP.271.6.62.2024_wyniki)/Informacja z otwarcia ofert/;
- 6) Pisma Zamawiającego z 04.03.2024 r. (E6a_DOZP.271.6.78.2024_wezwanie_RNC) do Odwołującego;
- 7) Pisma Zamawiającego z 04.03.2024 r. (E6b_DOZP.271.6.77.2024) /wezwanie RNC do Przystępującego/;
- 8) Pisma Zamawiającego z 07.03.2024 r. (E7a_DOZP.271.6.83.2024) /przedłużenie Odwołującemu terminu na

wyjaśnienie w zakresie RNC/;

9) Pismo Zamawiającego z 07.03.2024 r. (E7b_DOZP.271.6.84.2024) /przedłużenie Przystępującemu terminu na wyjaśnienie w zakresie RNC/;

10) Pismo Odwołującego z 19.03.2024 r. (część jawna) wraz z załącznikiem nr 1 i 5 (E8_ZG_HiP_Opole_wyjaśnienie_jawne);

11) Pismo N. z 19.03.2024 r. (E9_wyjaśnienia_RNC_sig);

10) Pismo Zamawiającego z 29.05.2024 r. (E10_DOZP.271.6.107.2024) /informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego/;

11) Projekt wykonawczy - zamienny, część opisowa (E11_opis_PW_wiadukt_nitka_2_ul._Zjednoczenia_2023_v_3).

Nadto, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do pisma procesowego Odwołującego na okoliczność tam wskazaną:

•Projekt wykonawczy zamienny – adnotacja o akceptacji zmian /Przebudowa wiaduktów drogowych zlokalizowanych w ciągu DW 280 - Ul. Zjednoczenia w Zielonej Górze wraz z korektą dojazdów - NITKA 1/.

Dodatkowo, Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego na okoliczność tam wskazaną:

1) Szczegółowa wycena_TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA;

2) Przedmiar wiadukt i oświetlenie.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

•Ofertę projektanta (tajemnica przedsiębiorstwa) na okoliczność, iż dokonując wyceny Odwołujący uzyskał informacje, że taka optymalizacja jaką założył przy tej wycenie jest dopuszczalna z punktu widzenia technicznego.

Izba zaliczyła także w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Przystępującego:

1) Dokument będący przywołaniem pewnego rodzaju fragmentów pism oraz dokumentacji Zamawiającego na okoliczność ich treści;

2) Zestawienie udzielanych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania celem wykazania zasadności jego stanowiska w zakresie optymalizacji.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentację wynikającą z odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Odwołującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 224 ust. 6 oraz art. 226 ust. 1 pkt 8 PZP przez uznanie, iż oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę, podczas gdy wyjaśnienia złożone na podstawie art. 224 PZP uzasadniają zaoferowaną przez Odwołującego cenę;

2) art. 16 pkt 1 PZP oraz art. 239 PZP przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez N. Sp. z o. o. mimo iż, oferta Odwołującego jest od niej korzystniejsza.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, przystąpienia, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Odwołującego. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego. Izba wskazuje także na pkt 12 ppkt 1 i 3 SWZ „1) cena oferty podana w pkt 2.1 formularza oferty wg załącznika nr 1.1 do SWZ musi obejmować cały przedmiot zamówienia wyceniony w oparciu o dokumentację zawartą w załączniku nr 1.4 do SWZ z uwzględnieniem postanowień pkt 3 SWZ; (...) 3) cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 kodeksu cywilnego;”. Nadto, na pkt 3.4 SWZ „Przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową i Specyfikacjami Technicznymi Wykonania i Odbioru Robót zawartymi w załączniku nr 1.4 do SWZ. Uwaga:W załączniku nr 1.4 do SWZ zamieszczone zostały również przedmiary robót. Zamawiający informuje, iż ww. przedmiary robót stanowią jedynie dokument pomocniczy – ilości podane w przedmiarze nie są podstawą wyceny przedmiotu zamówienia dla Wykonawcy, a jedynie mają na celu określenie technologii wykonania robót. W celu dokonania pełnej wyceny robót każdy z Wykonawców zobowiązany jest przed złożeniem oferty zapoznać się z dokumentacją projektową, STWiOR oraz zapisami niniejszej SWZ.” oraz pkt 3.8 SWZ „Zawarte w niniejszej SWZ wraz z załącznikami informacje na temat parametrów i funkcji są danymi minimalnymi – Zamawiający dopuszcza zaoferowanie produktów o rozszerzonych funkcjach i lepszych parametrach, pod warunkiem, iż spełniają one minimalne wymagania określone w niniejszym zamówieniu.”. Dodatkowo, Izba przywołuje Projekt Wykonawczy, w pkt 5.4 na s. 11: „Po wykonaniu prac rozbiórkowych istniejących ław fundamentowych, przewiduje się, że może wystąpić inny układ pali istniejących, a tym samym może zmienić się układ pali projektowanych. Z uwagi na

powyższe, należy uwzględnić i dopuszcza się ewentualną optymalizację posadowienia tj. posadowienia palowego oraz gabarytów ławy fundamentowe. W celu wykonania optymalizacji posadowienia dopuszcza się możliwość uwzględnienia istniejących pali średnicy 1,5 m do przenoszenia obciążenia łącznie z dodatkowymi projektowanymi palami, pod warunkiem wykonania minimum badań materiałowych pali (wytrzymałość betonu na ściskanie), badań ciągłości pali jak również badań pozwalających na potwierdzenie długości pali oraz dodatkowych badań, które stwierdzą ich stan techniczny i pozwolą w części lub całości uwzględnić ich współpracę w przenoszeniu obciążeń. (...) Z uwagi na powyższe należy uwzględnić konieczność wprowadzenia zmian w projektowanym układzie pali jak również w przyjętych wymiarach ław fundamentowych w tym zbrojenia.”. Odpowiedzi na pytania z 15.02.2024 r. (Wyjaśnienia SWZ nr 3 z 15.02.2024 r.) „(...) Pytanie 3.12: Czy Zamawiający dopuści stosowanie balustrad prostych zamiast giętych w przekroju? Wyjaśnienie 3.12.: Zamawiający nie dopuszcza zmian w zakresie rodzaju stosowanych balustrad. (...) Pytanie 3.26.: Czy Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian projektowych w dokumentacji polegających na wprowadzeniu technologii nie gorszych niż w niej zawartych? Wyjaśnienie 3.26.: Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzania zmian projektowych w zależności od rodzaju i zakresu wprowadzanych zmian wyłącznie za zgodą projektanta. Pytanie 3.27.: Czy Zamawiający dopuszcza optymalizację gabarytów płyty pomostowej? Wyjaśnienie 3.27.: Wszelkie zmiany w dokumentacji projektowej wymagają zgody projektanta i zależne są od rodzaju i zakresu wprowadzonych zmian. Pytanie 3.28.: Czy Zamawiający dopuszcza optymalizację ilości stali zbrojeniowej płyty pomostowej? Wyjaśnienie 3.28.: Wszelkie zmiany w dokumentacji projektowej wymagają zgody projektanta i zależne są od rodzaju i zakresu wprowadzonych zmian. Pytanie 3.29.: Czy Zamawiający dopuszcza zmianę rozwiązania konstrukcyjnego płyty pomostowej? Wyjaśnienie 3.29.: Wszelkie zmiany w dokumentacji projektowej wymagają zgody projektanta i zależne są od rodzaju i zakresu wprowadzonych zmian. Pytanie 3.30.: Czy Zamawiający dopuszcza zmianę rozstawu belek prefabrykowanych w przekroju poprzecznym płyty pomostowej? Wyjaśnienie 3.30.: Zamawiający dopuszcza zmianę rozstawu belek, lecz nie dopuszcza zmiany ilości belek prefabrykowanych przyjętych w dokumentacji projektowej. Pytanie 3.31.: Czy Zamawiający dopuszcza optymalizację gabarytów podpór skrajnych? Wyjaśnienie 3.31.: Wszelkie zmiany w dokumentacji projektowej wymagają zgody projektanta i zależne są od rodzaju i zakresu wprowadzonych zmian. Pytanie 3.32.: Czy Zamawiający dopuszcza optymalizację ilości stali zbrojeniowej podpór skrajnych? Wyjaśnienie 3.32.: Wszelkie zmiany do dokumentacji projektowej wymagają zgody projektanta i zależne jest to od rodzaju i zakresu wprowadzonych zmian. Pytanie 3.33.: Czy Zamawiający dopuszcza optymalizację gabarytów podpór pośrednich? Wyjaśnienie 3.33.: Zamawiający nie dopuszcza zmiany gabarytów podpór pośrednich, dopuszcza optymalizację ław fundamentowych. Pytanie 3.34.: Czy Zamawiający dopuszcza optymalizację ilości stali zbrojeniowej podpór pośrednich? Wyjaśnienie 3.34.: Zamawiający nie dopuszcza optymalizacji ilości stali zbrojeniowej podpór pośrednich. Pytanie 3.35.: Czy Zamawiający dopuszcza optymalizację gabarytów podpór fundamentów? Wyjaśnienie 3.35.: Wszelkie zmiany do dokumentacji projektowej wymagają zgody projektanta i zależne są od rodzaju i zakresu wprowadzanych zmian. Pytanie 3.36.: Czy Zamawiający dopuszcza optymalizację ilości stali zbrojeniowej fundamentów? Wyjaśnienie 3.36.: Wszelkie zmiany do dokumentacji projektowej wymagają zgody projektanta i zależne są od rodzaju i zakresu wprowadzanych zmian. Pytanie 3.37.: Prosimy o potwierdzenie informacji, że Zamawiający dopuszcza optymalizację posadowienia podpór. Wyjaśnienie 3.37.: Zamawiający dopuszcza optymalizację posadowienia podpór, zgodnie z dokumentacją projektową. Każde przyjęte rozwiązanie optymalizacji posadowienia palowego musi uwzględniać wykonanie połączenia istniejących pali z ławą fundamentową, nawet w przypadku gdy nie są one uwzględnione w przenoszeniu obciążeń. Pytanie 3.38.: Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie klejanych kotew zespalających kapę chodnikową z płytą pomostową? Wyjaśnienie 3.38.: Zamawiający dopuszcza zastosowanie klejanych kotew zespalających kapę chodnikową z płytą pomostową. (...)”. Odpowiedzi na pytania z 15.02.2024 r. (Wyjaśnienia SWZ nr 4 z 15.02.2024 r.): „(...) Pytanie 4.7: Prosimy o potwierdzenie, że zgodnie ze specyfikacją techniczną M.19.01.04 Zamawiający dopuszcza zastosowanie balustrad aluminiowych. . Wyjaśnienie 4.7.: Zamawiający potwierdza. Pytanie 4.8: Prosimy o informację czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie balustrad prostej, tzn. bez wygięcia, które jest obecnie zaprojektowane? Obecnie zaprojektowane rozwiązanie zwiększa koszt inwestycji.. Wyjaśnienie 4.8.: Zamawiający nie dopuszcza zastosowania balustrady prostej. (...)”. Nadto, Izba zwraca uwagę na wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej wystosowane przez Zamawiającego do Odwołującego oraz Przystępującego (Pisma Zamawiającego oba z 04.03.2024 r.): „(...) W związku z powyższym proszę o złożenie szczegółowych wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny, dotyczących:

- 1) zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 z późn. zm.) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 2) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 3) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 4) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;

- 5)oryginalności dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;
- 6)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;
- 7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 8)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy;
- 9)i innych mogących mieć wpływ na kalkulację ceny oferty; mając na względzie zakres i okres wykonania zamówienia, określony w SWZ.

Zamawiający także prosi o przedstawienie szczegółowej wyceny na wszystkie składniki cenotwórcze, a w szczególności na:

- 1)roboty rozbiórkowe wiaduktu zachodniego,
- 2)fundamentowanie wiaduktu,
- 3)montaż ustroju nośnego,
- 4)przebudowa układu drogowego w ciągu ul. G.J.. (...)."

W odpowiedzi Odwołujący (Pismo Odwołującego z 19.03.2024 r.) stwierdził m.in.: „(...) 4) Wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych W wyjaśnieniach treści SWZ, m.in. w pkt 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.30, 3.31, 3.32, 3.33, 3.35, 3.36, 3.37, 3.38, Zamawiający dopuścił optymalizację elementów robót takich, jak: - gabaryty płyty pomostowej, - ilości stali zbrojeniowej płyty pomostowej, - rozwiązania konstrukcyjnego płyty pomostowej, - zmianę rozstawu belek w przekroju poprzecznym płyty pomostowej, - optymalizację gabarytów podpór skrajnych, - optymalizację ilości stali zbrojeniowej podpór pośrednich, - optymalizację gabarytów podpór fundamentów, itd. W związku z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, dokonaliśmy odpowiednich optymalizacji posadowienia oraz optymalizacji zbrojenia w ustroju nośnym, które zostały uwzględnione w kosztorysie szczegółowym dla wybranych pozycji – załącznik nr 3 – stanowiącym **TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA**. (...)”. Z kolei, Przystępujący w odpowiedzi (Pismo N. z 19.03.2024 r.) stwierdził, że „(...) 9) Inne uwarunkowania mające wpływ na kalkulację ceny oferty: Obliczając kwotę naszej oferty uwzględniliśmy marżę i rezerwę na wypadek wystąpienia ryzyk i nieprzewidzianych kosztów, co w przypadku wyboru naszej oferty pozwoli nam zapewnić ciągłość pracy osób i sprzętu. W udostępnionych przez Zamawiającego odpowiedziach nr: 3,33, 3.37, 3.38, 4.7 dopuszczono wprost optymalizację i zmiany projektowe elementów takich jak: - optymalizację ław fundamentowych, - zmiana sposobu posadowienia palowego podpór, - zastosowanie wklejanych kotew zespalających kapę chodnikową z płytą pomostową, - zastosowanie balustrad mostowych aluminiowych. W związku z powyższym mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawca N. Sp. z o. o. miał możliwość dalszego obniżenia kosztów realizacji o kwotę minimum 1 569 608,00 zł netto zgodnie z wyliczeniami zwartymi w Załączniku nr 8 stanowiącym **TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA**. Jednocześnie w licznych odpowiedziach nr 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.31, 3.32, 3.35, 3.36 odnośnie optymalizacji i zmian projektowych elementów takich jak: - konstrukcja, gabaryty i zbrojenie płyty pomostu, - gabaryty i zbrojenie podpór skrajnych, - zbrojenie fundamentów,

Zamawiający podał, że wszelkie zmiany w dokumentacji projektowej wymagają zgody Projektanta i zależne są od rodzaju i zakresu wprowadzonych zmian. Ponieważ na obecnym etapie postępowania potencjalni Wykonawcy nie są uczestnikami procesu budowlanego to udzielanie przez Projektanta jakichkolwiek informacji na temat możliwości powyższych optymalizacji i zmian projektowych byłoby faworyzowaniem części Wykonawców w sposób niezgodny z Ustawą Prawo Zamówień Publicznych. W związku z powyższym Wykonawca N. stoi na stanowisku, iż oczywistym jest fakt, że na obecnym etapie postępowania w powyższym zakresie należało skalkulować rozwiązania zgodne z dokumentacją projektową, co wykazano w szczegółowym kosztorysie ofertowym stanowiącym **TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA** Załącznik nr 7. (...)Treść informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego przez Zamawiającego przywołana na początku uzasadnienia.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby, Zamawiający w toku udzielanych odpowiedzi na pytania udzielał następujących rodzajów odpowiedzi w zakresie optymalizacji. Po pierwsze udzielał odpowiedzi, w ramach których stwierdzał, że nie dopuszcza w ogóle optymalizacji w określonym zakresie (m.in. odpowiedzi na pytania 3.12, 3.33 /częściowo/, 3.34, 4.8), po drugie udzielał odpowiedzi zgodnie z którymi dopuszczał bezwarunkowo w określonym zakresie optymalizację (odpowiedzi na pytania 3.30, 3.33 /częściowo/, 3.37, 3.38, 4.7). Po trzecie co jest istotne w tym postępowaniu dla przedmiotu sporu, Zamawiający dopuszczał warunkowo optymalizację na etapie realizacji zamówienia po uzyskaniu zgody projektanta (odpowiedzi na pytania 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.31, 3.32, 3.35, 3.36).

W niniejszym postępowaniu zaistniała sytuacja w ramach której Odwołujący w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny /Pismo Odwołującego z 19.03.2024 r. (część jawna)/ de facto stwierdził (Izba zestawiała treść wyjaśnień z udzielanymi odpowiedziami na pytania), że zastosował optymalizację także w tym zakresie w którym Zamawiający udzielając

odpowiedzi na pytania, uzależniał taką optymalizację od uzyskania zgody projektanta na etapie realizacji zamówienia: („(...) 4) Wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych W wyjaśnieniach treści SWZ, m.in. w pkt 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.30, 3.31, 3.32, 3.33, 3.35, 3.36, 3.37, 3.38, Zamawiający dopuścił optymalizację elementów robót takich, jak: - gabaryty płyty pomostowej, - ilości stali zbrojeniowej płyty pomostowej, - rozwiązania konstrukcyjnego płyty pomostowej, - zmianę rozstawu belek w przekroju poprzecznym płyty pomostowej, - optymalizację gabarytów podpór skrajnych, - optymalizację ilości stali zbrojeniowej podpór pośrednich, - optymalizację gabarytów podpór fundamentów, itd. W związku z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, dokonaliśmy odpowiednich optymalizacji posadowienia oraz optymalizacji zbrojenia w ustroju nośnym, które zostały uwzględnione w kosztorysie szczegółowym dla wybranych pozycji – załącznik nr 3 – stanowiącym **TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA**..”). Z kolei, Przystępujący stwierdził w swoich wyjaśnieniach odnośnie ceny rażąco niskiej /Pismo N. z 19.03.2024 r./, że tam gdzie była konieczna zgoda projektanta takiej optymalizacji w ramach zaferowanej ceny nie założył uznał, że należało skalkulować rozwiązania zgodnie z dokumentacją projektową: („(...) W udostępnionych przez Zamawiającego odpowiedziach nr: 3.33, 3.37, 3.38, 4.7 dopuszczono wprost optymalizację i zmiany projektowe elementów takich jak: - optymalizację ław fundamentowych, - zmiana sposobu posadowienia palowego podpór, - zastosowanie wklejanych kotew zespalających kapę chodnikową z płytą pomostową, - zastosowanie balustrad mostowych aluminiowych. W związku z powyższym mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawca N. Sp. z o. o. miał możliwość dalszego obniżenia kosztów realizacji o kwotę minimum 1 569 608,00 zł netto zgodnie z wyliczeniami zwartymi w Załączniku nr 8 stanowiącym **TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA**. Jednocześnie w licznych odpowiedziach nr 3.26, 3.27, 3.28, 3.29, 3.31, 3.32, 3.35, 3.36 odnośnie optymalizacji i zmian projektowych elementów takich jak: - konstrukcja, gabaryty i zbrojenie płyty pomostu, - gabaryty i zbrojenie podpór skrajnych, - zbrojenie fundamentów, Zamawiający podał, że wszelkie zmiany w dokumentacji projektowej wymagają zgody Projektanta i zależne są od rodzaju i zakresu wprowadzonych zmian. Ponieważ na obecnym etapie postępowania potencjalni Wykonawcy nie są uczestnikami procesu budowlanego to udzielanie przez Projektanta jakichkolwiek informacji na temat możliwości powyższych optymalizacji i zmian projektowych byłoby faworyzowaniem części Wykonawców w sposób niezgodny z Ustawą Prawo Zamówień Publicznych. **W związku z powyższym Wykonawca N. stoi na stanowisku, iż oczywistym jest fakt, że na obecnym etapie postępowania w powyższym zakresie należało skalkulować rozwiązania zgodne z dokumentacją projektową**, co wykazano w szczegółowym kosztorysie ofertowym stanowiącym **TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA** Załącznik nr 7. (...).”

Podczas rozprawy, Odwołujący potwierdził powyższe okoliczności zastrzegając przy tym, że zgodnie z Prawem Budowlanym każde zmiany, czyli optymalizacje w zakresie dokumentacji projektowej będą wymagały zgody projektanta. Nadto, stwierdził, że założone optymalizacje dokonał w uzgodnieniu z projektantem, którego ofertę przedstawił na rozprawie /Oferta projektanta (tajemnica przedsiębiorstwa)/. Stwierdził, że z tej oferty wynika także że niniejsze optymalizacje będą zgodne ze sztuką budowlaną i będą spełniać wszystkie wymogi techniczne. W efekcie był przekonany, że założone optymalizacje uzyskają zgodę projektanta na etapie realizacji zamówienia. Dodatkowo podważał miarodajność udzielanych odpowiedzi na pytania przez Zamawiającego, gdyż były one niejednoznaczne i mogły budzić wątpliwości: „(...) Wszelkie zmiany w dokumentacji projektowej wymagają zgody projektanta”, czyli także te w zakresie których Zamawiający wprost dopuścił optymalizacje w udzielanych odpowiedziach.

Izba stoi na stanowisku, że Odwołujący zupełnie abstrahuje od udzielanych odpowiedzi na pytania przez Zamawiającego i zupełnie relatywizuje charakter i rolę tych odpowiedzi w postępowaniu. Pomija zupełnie to, że odpowiedzi były udzielane na konkretne pytania i nie można interpretować treści przedstawionych odpowiedzi w oderwaniu od treści zadawanych pytań. Należy zauważyć, że udzielane odpowiedzi na pytania przez Zamawiającego są wiążące dla wszystkich Wykonawców, tak jak cała dokumentacja postępowania udostępniona przez Zamawiającego. Zamawiający udzielając wprost zgody na określoną optymalizację na etapie postępowania działa z rozmysłem i podjął ryzyko z tym związane. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu winni działać w zaufaniu do działań (w tym wypadku udzielanych odpowiedzi) Zamawiającego, czyli inwestora. Izba nie przeczy że były postanowienia SWZ (takie jak pkt 3.4, gdzie jednakże było także wyraźne zastrzeżenie, iż przed złożeniem oferty Wykonawcy zobowiązani są zapoznać się nie tylko z dokumentacją projektową, STWIOR oraz zapisami niniejszej SWZ, czyli także z odpowiedziami na pytania, gdyż są one jej częścią) z których wynikało, że ilości w przedmiarach nie były wiążące, nie zmienia to jednak tego, że de facto Odwołujący wycenił przedmiot zamówienia na przyszłość, tzn. ekstrapolował ten przedmiot zakładając z góry na bazie swojego doświadczenia, jak i wiedzy jaką posiadał co do zmian na jakie zgodził się projektant na wschodniej nitce tego samego wiaduktu (Projekt wykonawczy zamienny – adnotacja o akceptacji zmian, załączony do pisma procesowego Odwołującego z 27.06.2024 r., nie był elementem wyjaśnień Odwołującego z 19.03.2024 r. w zakresie ceny rażąco niskiej), jakie optymalizacje są dopuszczalne i uzyskują zgodę projektanta w toku realizacji przedmiotowego zamówienia, tj. zachodniej części wiaduktu. Izba stoi na stanowisku, iż Odwołujący posunął się w swoich założeniach za daleko i dokonał wyceny przedmiotu zamówienia zakładając optymalizację dla których jeszcze nie miał zgody projektanta, ani wyraźnej zgody Zamawiającego udzielonej w ramach odpowiedzi na pytania. Odwołujący nie ukrywał tej okoliczności na rozprawie. Wskazując oprócz tego, na co Izba zwracała uwagę powyżej, dodatkowo na jedną okoliczność, iż kwestia

zmniejszenia ilości stali nie była wprost przywołana w informacji o odrzuceniu przesłanej przez Zamawiającego Odwołującemu. Izba nie przeczy w tej materii orzecznictwu Izby przywołanemu przez Odwołującego w jego stanowisku procesowym z 27.06.2024 r. przesłanemu przed rozprawą, które popiera. Jednakże, dla Odwołującego było jasne po otrzymaniu informacji o odrzuceniu od Zamawiającego, że podstawą odrzucenia jest dokonanie wyceny, tj. optymalizacji w zakresie, w którym wymagana jest zgoda projektanta (podkreślenia dokonane przez autora uzasadnienia): „(...) Wyjaśnienia Zamawiającego, stanowiące załącznik do SWZ, w których Zamawiający dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian w dokumentacji projektowej za zgodą Projektanta, nie mogą stanowić podstawy do założenia, że zarówno Projektant jak i Zamawiający wyrażą swoją zgodę na odstąpienie od rozwiązań opisanych w dokumentacji projektowej i wprowadzenie zmian na budowie. Zgodnie z zapisami § 21 ust. 1 pkt 3 projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 1.3 do SWZ, Zamawiający dopuszcza zmiany postanowień umowy pod warunkiem, że w zakresie zmiany materiałów, urządzeń, rozwiązań technicznych, itp. w stosunku do przewidzianych w SWZ wraz z załącznikami w brzmieniu z chwili otwarcia ofert pod warunkiem, że zmiany te nie pogorszą właściwości funkcjonalno - użytkowych obiektu, o którym mowa w § 1 i będą korzystne dla Zamawiającego. Nie sposób przyjąć czy Projektant zaakceptuje proponowane zmiany. (...) Istotne w ocenie Zamawiającego jest, że dopuszczone optymalizacje elementów robót stanowią około 50% wartości całego przedsięwzięcia inwestycyjnego, a w przypadku braku zgody Projektanta i/lub Zamawiającego może dojść do sytuacji, że Wykonawca nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia (...)”. W efekcie kwestia braku wskazania wprost w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego niedoszacowania w zakresie ilości stali nie może być podstawą do usprawiedliwienia dla działań Odwołującego opisanych powyżej. Tym bardziej, że Zamawiający wskazał w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, że: „(...) dopuszczone optymalizacje elementów robót stanowią około 50% wartości całego przedsięwzięcia inwestycyjnego (...), co może skutkować, że: „(...) w przypadku braku zgody Projektanta i/lub Zamawiającego może dojść do sytuacji, że Wykonawca nie będzie w stanie wykonać przedmiotu zamówienia (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem zarzutu drugiego, Izba uznała, że niniejszy zarzut ma charakter wynikowy względem zarzutu pierwszego, w efekcie wobec oddaleniu tego zarzutu, oddaleniu podlega również zarzut drugi.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

.....