

WYROK

Warszawa, dnia 9 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszek
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2024 r. przez wykonawcę Geosolid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Geosolid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2082/24

Uzasadnienie

Zamawiający Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie w Warszawie w imieniu którego postępowanie prowadzi: Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Rzeszowie (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Wykonanie robót budowlanych dla zadania "Budowa suchego zbiornika przeciwpowodziowego „Góra Ropczycka” na rzece Budzisz, na terenie m. Sędziszów Małopolski, Góra Ropczycka, Zagorzyce, gm. Sędziszów Małopolski woj. podkarpackie" (numer postępowania RZ.ROZ.2710.74.2023). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 października 2023 r. pod nr 599352-2023

Dnia 14 czerwca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Geosolid Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono następujących niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętych oraz zaniechanych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego tj.:

- 1) błędnej oceny oferty BUDIMEX S.A. oraz udzielonych przez tego wykonawcę w dniach 19.01.2024 r. i 19.02.2024 r. wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny oraz jej istotnych części składowych oraz niedopuszczalnego ponownego wezwania BUDIMEX S.A. w dniu 12.02.2024 r. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny, w sytuacji gdy BUDIMEX S.A. nie złożył 19.01.2024 r. wystarczających wyjaśnień, a w rezultacie zaniechania odrzucenia oferty BUDIMEX S.A., w sytuacji, kiedy nie sprostął on ciężarowi dowodu wykazania, że nie zaoferował rażąco niskiej ceny oraz wyboru oferty BUDIMEX S.A. jako najkorzystniejszej mimo, że zawiera rażąco niską cenę i lub , co narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.
- 2) zaniechania odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. mimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”), w tym Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”) Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (dalej jako „STWiORB”) oraz dokumentacji projektowej

Postępowania w zakresie: a) pozycji 1. Przedmiaru Robót oraz Tabeli Elementów Scalonych: Roboty przygotowawcze poz. 1.5. Rozbiórka budynków ponieważ BUDIMEX S.A. w pozycji tej przyjął, że dokona odzysku materiałów z rozbiórki, podczas gdy zgodnie z zapisami w szczególności Projektu Budowlanego – Tom 5 PROJEKT ROZBIÓREK rozdz. 5 Gospodarka odpadami materiały te powinny zostać w pierwszej kolejności zutylizowane, a w uzasadnionych przypadkach przekazane do miejsca składowania ustalonego z Zamawiającym; b) pozycji 2.2 Tabeli elementów scalonych i Przedmiaru Robót „Budowa korpusu ziemnego zapory czołowej”, pozycji 191 d. 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...” oraz pozycji 192 d. 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 30 cm...”, a także pozycji 2.5 „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej”, pozycji 319 d. 2.5.1. Przedmiaru robót: „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...” ponieważ BUDIMEX S.A. odnośnie tych pozycji, w wyjaśnieniach z 19.01.2024 r., zaoferował realizację stabilizacji przy użyciu cementu i/lub innych spoiw zamiennych, a nie wymaganego w dokumentacji przetargowej wapna, a następnie wskazał w wyjaśnieniach z 19.02.2024 r., że jednak zamierza użyć wapna do realizacji stabilizacji, ale w ilości niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego, zwłaszcza w odniesieniu do pozycji 192 d.2.2.1 Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 30 cm...”, gdzie uwzględniono ilość 3,73 kg/m², zamiast wymaganych 20 kg/m²; c) pozycji 2.5. Tabeli elementów scalonych i Przedmiaru Robót „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej” oraz pozycji 321 d. 2.5.1 Przedmiaru robót: „Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z terenu lub rusztowań na głębokość do 6 m w grunt kat. IV...” ponieważ BUDIMEX S.A. odnośnie tych pozycji zaoferował ścianki szczelne stalowe GU6N zamiast wymaganych ścianek szczelnych stalowych GZ4. 3) zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. mimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na tym, że cena oferty została skalkulowana w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej, w szczególności na tym, że cena oferty nie obejmuje całego przedmiotu Zamówienia i została ustalona z pominięciem jego istotnych cech takich jak zakresu i warunków realizacji oraz poprzez przyjęcie błędnych materiałów, nieodpowiadających wymaganiom SWZ co przejawia się na następujący sposób: a) w pozycji 1. Przedmiaru robót „Roboty przygotowawcze”, pozycji 1.5. Tabeli elementów scalonych „Roboty przygotowawcze. Rozbiórka budynków”, BUDIMEX S.A. przyjął, że do-kona odzysku materiałów z rozbiórki, podczas gdy zgodnie z zapisami Projektu Budowlanego – Tom 5 PROJEKT ROZBIÓREK rozdz. 5 Gospodarka odpadami oraz pkt A.00. STWIORB w pkt 1.5.5. „Ochrona środowiska w czasie wykonywania robót” powinny one zostać w pierwszej kolejności zutylizowane, a w uzasadnionych przypadkach przekazane do miejsca składowania ustalonego z Zamawiającym, wobec czego BUDIMEX S.A. nie był uprawniony do dokonywania jakichkolwiek odliczeń z tytułu odzysku materiałów z rozbiórki, których dokonał w kalkulacji przedstawionej w wyjaśnieniach z dnia 19.02.2024 r. wprost przeciwny powinien w tym zakresie uwzględnić i oszacować koszty ich pełnej utylizacji; b) w pozycji 2.2. Tabeli elementów scalonych i Przedmiaru Robót „Budowa korpusu ziemnego zapory czołowej”, pozycji 191 d. 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...” oraz pozycji 192 d. 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 30 cm...” BUDIMEX S.A., co potwierdził w wyjaśnieniach z 19.02.2024 r., przyjął ilość wapna niezgodną z wymaganiami Zamawiającego tj. 3,73 kg/m² zamiast wymaganych 20 kg/m², co skutkuje niedoszacowaniem ceny oferty o min. 5 622 712,20zł netto oraz w pozycji 2.5 Tabeli elementów scalonych „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej”, pozycji 319 d. 2.5.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...” BUDIMEX S.A., c) w pozycji 2.5. Tabeli elementów scalonych „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej” pozycji 321 d. 2.5.1 Przedmiaru robót: „Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z terenu lub rusztowań na głębokość do 6 m w grunt kat. IV...” BUDIMEX S.A. skalkulował cenę według zamiennika zaoferowanego przez ZRI Chrobok (ścianki szczelne stalowe GU6N) nieodpowiadającego parametrom dokumentacji Postępowania, co dało kwotę 871 627,90 zł netto, zamiast prawidłowej, przedłożonej przez CHROBOK kwoty min. 1 237 950,00 zł netto, nie licząc kosztów dodatkowych wskazanych w ofercie; d) w pozycji 2.5 Tabeli elementów scalonych w pozycji 329 d.2.5.1 Przedmiaru robót: „Wykonanie koszy z siatki stalowej bez wyprawy o wymiarach 2,0x0,5 m KOSZE 2,0x1,0m Krotność = 2” BUDIMEX S.A. skalkulował cenę bez uwzględnienia krotności; e) w pozycji 3.2. Tabeli elementów scalonych: „Nasadzenia zastępcze” w pozycji 3.2.1 Przedmiaru robót: „Zastępcze nasadzenia drzew i krzewów” BUDIMEX S.A. przyjął koszt robocizny na nasadzenie jednego drzewa w wysokości 1 zł, co jest kosztem symbolicznym i nierealnym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z 224 ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ust 1 ustawy Pzp i art. 239 ustawy Pzp poprzez:

- a) błędną ocenę wyjaśnień BUDIMEX S.A. złożonych dnia 19.01.2024 r. oraz dnia 19.02.2024 r. dotyczących wyliczenia zaoferowanej w ofercie ceny;
- b) niedopuszczalne ponowne wezwanie BUDIMEX S.A. w dniu 12.02.2024 r. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej w ofercie ceny w sytuacji, gdy nie złożył on wystarczających wyjaśnień w dniu 19.01.2024 r., a jego odpowiedź miała lakoniczny charakter i nie potwierdzała, że zaoferowana cena oraz jej istotne części składowe nie jest rażąco niska;
- c) zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. i wybór jej jako najkorzystniejszej, mimo, że cena ofertowa BUDIMEX S.A. oraz ceny jednostkowe - jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę w stosunku do Zamówienia oraz mimo, że BUDIMEX S.A. w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że złożona przez niego oferta oraz jej istotne części składowe nie zawierają rażąco niskiej ceny oraz przyjął założenia co do realizacji Zamówienia niezgodne z warunkami Zamówienia, a w konsekwencji poprzez wybór oferty wykonawcy BUDIMEX S.A. jako najkorzystniejszej mimo, że podlega ona odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. i wybór jej jako najkorzystniejszej, mimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego, ponieważ:

- a) w pozycji 1. Przedmiaru robót Roboty przygotowawcze, poz. 1.5. Tabeli elementów scalonych „Roboty przygotowawcze. Rozbiórka budynków” BUDIMEX S.A. przyjął, że dokona odzysku materiałów z rozbiórki, podczas gdy zgodnie z zapisami Projektem Budowlanym – Tom 5 PROJEKT ROZBIÓREK rozdz. 9. Gospodarka odpadami ora m.in. pkt A.00. STWIORB w pkt 1.5.5. „Ochrona środowiska w czasie wykonywania robót”, powinny one zostać w pierwszej kolejności zutyliczowane, a w uzasadnionych przypadkach przekazane do miejsca składowania ustalonego z Zamawiającym;
- b) BUDIMEX S.A., co potwierdził w wyjaśnieniach z 19.01.2024 r., zaoferował realizację stabilizacji przy użyciu cementu i/lub innych spoiw zamiennych, a nie wymaganego w dokumentacji przetargowej wapna, a następnie wskazał w wyjaśnieniach z 19.02.2024 r., że jednak zamierza użyć wapna do realizacji stabilizacji, ale w ilości niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego, zwłaszcza w odniesieniu do pozycji 192 d.2.2.1 Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 30 cm...”, gdzie uwzględniono ilość 3,73 kg/m², zamiast wymaganych 20 kg/m²; w tym w szczególności od-nośnie pozycji Przedmiaru Robót oraz Tabeli Elementów Scalonych:
 - w pozycji 2.2. Tabeli elementów scalonych „Budowa korpusu ziemnego zapory czołowej”, pozycji 191 d. 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...” - pozycji 192 d 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 30 cm...”,
 - pozycji 2.5. Tabeli elementów scalonych „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej”, pozycji 319 d. 2.5.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...” c) w pozycji 2.5. Tabeli elementów scalonych „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej”, pozycji 321 d. 2.5.1 Przedmiaru robót: „Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z terenu lub rusztowań na głębokość do 6 m w grunt kat. IV...” BUDIMEX S.A. zaoferował ścianki szczelne stalowe GU6N, zamiast wymaganych w dokumentacji przetargowej ścianek szczelnych stalowych GZ4; co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; 3) art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 239 ustawy Pzp w zw. z art. 16 PKT 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. która zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na tym, że cena oferty została skalkulowana w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej tj. kalkulacja ceny oferty w nie-kórych przypadkach nie obejmuje całego przedmiotu Zamówienia i została ustalona z pominięciem cech przedmiotu Zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji, w innych została skalkulowana poprzez przyjęcie błędnych materiałów nieodpowiadających wymaganiom SWZ, tj:
- a) w pozycji 2.2. Tabeli elementów scalonych „Budowa korpusu ziemnego zapory czołowej”, pozycji 191 d. 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...” oraz pozycji 192 d 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 30 cm...”
- b) w pozycji 2.5 Tabeli elementów scalonych „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej”, pozycji 319 d. 2.5.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...”
- c) w pozycji 2.5. Tabeli elementów scalonych „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej”, pozycji 321 d. 2.5.1 Przedmiaru robót „Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z terenu lub rusztowań na głębokość do 6 m w grunt kat. IV...”
- d) w pozycji.... 2.5 Tabeli elementów scalonych, w pozycji 329 d.2.5.1 Przedmiaru robót: „Wykonanie koszy z siatki stalowej bez wyprawy o wymiarach 2.0x0.5 m KOSZE 2,0x1,0m Krotność = 2”

e) w pozycji 3.2. Tabeli elementów scalonych: „Nasadzenia zastępcze”, w pozycji 3.2.1 Przedmiaru robót:

co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, ponowną ocenę i badanie ofert, odrzucenie oferty BUDIMEX S.A. jako:

a) zawierającej rażąco niską cenę;

b) zawierającej błąd w obliczeniu ceny;

c) niezgodnej z warunkami zamówienia

oraz wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Na podstawie art. 531, art. 534 ust. 1, art. 535 oraz art. 538 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wnosił o:

a) przeprowadzenie dowodu z opinii Państwowego Instytutu Badawczego z czerwca 2024 r.

Na fakt błędnych założeń BUDIMEX S.A. i niedoszacowania tej oferty w zakresie kosztów wapna palonego;

b) o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania robót na następujące fakty:

- niewykazania przez BUDIMEX S.A. rentowności swojej oferty;

- nieprawidłowości w kalkulacji BUDIMEX S.A. kosztów materiałów, robocizny i urządzeń potrzebnych do zrealizowania Zamówienia w sposób określony w dokumentacji Postępowania.

Izba nie uwzględniła wniosku złożonego przez Odwołującego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu kosztorysowania robót wskazując, że fakty będące jego przedmiotem zostały stwierdzone innymi dowodami.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ gdyby oferta BUDIMEX S.A. została odrzucona, wówczas oferta Odwołującego zajęłaby pierwsze miejsce w kwalifikacji ofert dokonanej przez Zamawiającego. Zatem jak podał Odwołujący, gdyby Postępowanie było prowadzone zgodnie ustawą Pzp, oferta Odwołującego miałaby szansę na wybranie jej jako najkorzystniejszej. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp, jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Objęte odwołaniem czynności i zaniechania Zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu realizacji zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 4 czerwca 2024r. - Informacja o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 14 czerwca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 20 000,00 złotych (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę w Postępowaniu jest BUDIMEX S.A. W toku Postępowania Zamawiający dwukrotnie 12.01.2024 r. i 12.02.2024 r. wezwał BUDIMEX S.A. złożenie wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny. Odwołujący wskazał, że niedopuszczalne było jego zdaniem ponowne wezwanie BUDIMEX S.A. przez Zamawiającego w dniu 12.02.2024 r. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaoferowanej w ofercie ceny w sytuacji, gdy wcześniej udzielona przez BUDIMEX S.A. odpowiedź miała lakoniczny charakter i nie potwierdzała, że zaoferowana cena nie jest rażąco niska, co kwalifikuje się jako uznanie oferty za mającą rażąco niską cenę i podlegającą odrzuceniu na zgodnie z dyspozycją art. 224. ust 6 ustawy Pzp. Ponadto oferta BUDIMEX S.A. w ocenie Odwołującego zawiera rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia i rażąco niskie ceny jednostkowe stanowiące istotną część składową oferty.

Odwołujący wskazał, że dnia 12.01.2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 224 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp wezwał BUDIMEX S.A. do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, w zakresie wyliczenia ceny oraz jej istotnych części składowych, z uwagi na wystąpienie ustawowej przesłanki obligatoryjnej dla wezwania do wyjaśnień. Odwołujący zauważył, że Zamawiający wskazał w piśmie, że zaoferowana cena oraz istotne elementy składowe wydają mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania ich zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający uszczegóławiając wezwanie w uzasadnieniu zażądał, żeby BUDIMEX S.A. składając wyjaśnienia odniósł się szczegółowo do wskazanych istotnych elementów składowych oferty. W ocenie Odwołującego, wezwanie z dnia 12.01.2024 r. które Zamawiający wystosował do BUDIMEX S.A. było precyzyjne oraz jasne. Odwołujący wskazał, że BUDIMEX S.A. dnia 19.01.2024 r. złożył pierwsze wyjaśnienia w których przywołał szereg informacji o charakterze ogólnym, uniwersalnym w żaden sposób nie wykazującym

rentowności oferty. Odwołujący wskazał, że Budimex S.A. w żadnym miejscu nie zawarł odniesienia jak jego ogólna sytuacja wpływa na zaoferowanie cen i kosztów w tym konkretnym postępowaniu, i jak przekłada się na to konkretne postępowanie przetargowe i zaoferowane warunki cenowe. BUDIMEX S.A. zamiast przedłożyć całościową szczegółową kalkulację elementów wskazanych w wezwaniu, załączył jedynie skompilowane fragmenty dokumentu Tabela Elementów Scalonych i Przedmiaru Robót, ale w sposób wybiórczy, niejednorodny i nieadekwatny do wezwania Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że wyjaśnienia BUDIMEX S.A. nie zawierają, żadnej istotnej treści, Zamawiającemu zaś zależało na szczegółowych wyjaśnieniach.

Opierając się na wezwaniach do wyjaśnień z 12.02.2024 r., Odwołujący uznał, że Zamawiający miał bardzo duże zastrzeżenia co do wyjaśnień przedłożonych 19.01.2024 r. w zakresie części składowej ceny. Zgodnie z treścią 2 wezwania z dnia 19.02.2024 r. (strona 2) Zamawiający przypomniał, określił konkretne rozwiązanie technologiczne wzmocnienia podłoża które przewiduje użycie wapna palonego. Podkreślono, że w tej samej technologii trzeba wykonać wzmocnienie gruntu używanego do formowania korpusu zapory. Ponowne wezwanie z 12.02.2024 r. zdaniem Odwołującego de facto nie było „dopytaniem” o niejasne kwestie, ale bardzo szczegółowym wezwaniem o wyjaśnienie tych samych kwestii co pierwotnie. Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na drugie wezwanie BUDIMEX S.A. przedstawił kalkulacje nieprzystające do wymagań Zamawiającego, potwierdzające obawy wyrażone już pierwszym wezwaniem z dnia 12.01.2024 r.

W dalszej części odwołania Odwołujący wskazał, że w pierwszych wyjaśnieniach z dnia 19.01.2024 r. BUDIMEX S.A. S.A. odnośnie kwestii rozbiórki przedłożył jedynie ofertę firmy KOTPOL. Z oferty tej firmy, całkowicie nieskorelowanej z Tabelą elementów scalonych, ani z Przedmiarem Robót jak zauważył sam Zamawiający BUDIMEX S.A. S.A. nie dowiódł że wykona rozbiórkę budynków zgodnie z zapisami dokumentacji przetargowej, w szczególności zgodnie z ustawą o odpadach. W związku z tym Zamawiający wezwał BUDIMEX S.A. do dodatkowych wyjaśnień w szczególności jednostkowego kosztu wywozu materiałów porozbiórkowych oraz kosztu przyjęcia materiałów porozbiórkowych na składowisko odpadów. BUDIMEX S.A. w powtórnych wyjaśnieniach z dnia 19.02.2024 r. wskazał, że przyjął niezgodnie z zapisami dokumentacji projektowej, że „znaczna część materiałów z rozbiórki budynków zamierza odzyskać co również uwzględnił w swojej ofercie”. Odwołujący zauważył, że BUDIMEX S.A. założył odzysk materiałów z rozbiórki, podczas gdy powinny one zostać w pierwszej kolejności zutylizowane zgodnie z zapisami Projektem Budowlanym – Tom 5 PROJEKT ROZBIÓREK rozdz. 9. Gospodarka odpadami, a w uzasadnionych przypadkach przekazane do miejsc składowania ustalonego z Zamawiającym. W związku z powyższym zdaniem Odwołującego BUDIMEX S.A. zamierza dysponować materiałem, który jest własnością Zamawiającego – pomniejszając nadto wartość wynagrodzenia o rzekome przychody ze sprzedaży, podczas gdy winien doliczyć koszty utylizacji.

Odnosząc do formy w jakiej BUDIMEX S.A. udzielał wyjaśnień, Odwołujący zauważył, że BUDIMEX S.A. pozmienił numerację pozycji przedstawianych przez siebie zestawień tabelarycznych, niezgodnie z Przedmiarem Robót oraz dokonał scalenia pozycji w taki sposób, że uniemożliwia to weryfikację tego co de facto zostało wycenione (w pozycjach 2.2 i 2.5 wycięto kwestię konkretnych pozycji wyszczególniających np. wapno (w 2.2 wskazano stabilizację nasypu- zapis ogólny, bez wskazania konkretnych czynności oraz materiału), w 2.5 w ogóle nie ujęto w ogóle pozycji). Na podstawie powyższego Odwołujący wysnuł wniosek, że BUDIMEX S.A. chciał ukryć użycie innego materiału- cementu (ilości cementu przedstawione w ofertach Podwykonawców świadczą o woli wykonania stabilizacji cementem) i nie chciał przedstawiać konkretnych wycień kosztów i/lub chciał zawaolować zastosowanie materiałów – wapna – w ilości nie-zgodnej z warunkami SWZ. Jeśli chodzi o tabele załączone do drugich wyjaśnień z załączonego zestawienia cen dotyczącego wzmocnienia podłoża wapnem ujęto wyłącznie 2 pozycje tj. 191 i 192 Przedmiaru Robót, z 3 pozycji dotyczących użycia wapna, zostawiając 3 tj. poz. 319 d.2.5.1 bez kalkulacji zarówno za pierwszym jak i za drugim razem. Odwołujący wskazał, że dokumentacja przetargowa jasno wskazuje zarówno w przedmiarze, projekcie jak i STWIORB, że na 1m² poszczególniej warstwy o grubości odpowiednio 015 m czy też 0,3 m należy stosować 20kg wapna. Według Odwołującego Budimex oferuje wykonanie zadania z zastosowaniem poniżej 0,8% spoiwa na m² zamiast wymaganych w tym przypadku 4%. Niemożność stosowania takiej ilości wynika zarówno z zapisów w dokumentacji przetargowej jak i obowiązujących norm. Zdaniem Odwołującego nie jest uzasadnione twierdzenie BUDIMEX S.A. zawarte w drugich wyjaśnieniach, że zakłada, że na późniejszym etapie po uzgodnieniu z projektantem, możliwe będzie dozowanie właściwej ilości spoiwa hydraulicznego do osiągnięcia wskazanego w Dokumentacji Projektowej parametru zagęszczenia korpusu nasypu zapory.

Analogiczna sytuacja występuje zdaniem Odwołującego w pozycji przedmiarowej nr 1. Wzmocnienie podłoża przez

stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m², warstwa gr.15 cm DOTYCZY -WZMOCNIENIA PODŁOŻA POD ZAPO CZOŁOWĄ WARSTWĄ 0,7 m Krotność = 5" (poz. nr 191 przedmiaru) . Dodatkowo jak zauważył Odwołujący w wyjaśnieniach BUDIMEX S.A. nie tłumaczy wyceny pozycji przedmiarowej nr 319 (dział nr 2.5 Budowa przelewu stokowego zapory czołowej) również dotyczącej stabilizacji wapnem – wedle pierwszych wyjaśnień oferując wykonanie tego zakresu z zastosowaniem cementu lub inne spoiwa zamiennie na bazie cementu i popiołów.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wskazał, że zgodnie z dokumentacją przetargową należało wycenić ŚCIANKI SZCZELNE STALOWE GZ4. BUDIMEX S.A. wycenę przyjął w oparciu o ofertę firmy ZRI CHROBOK, która zaoferowała zamienniki GU6N. Zaoferowane ścianki znacząco różnią się parametrami od wymaganych. Odwołujący zauważył, że druga oferta na wykonanie ścianek szczelnych firmy CHROBOK zawiera wycenę wykonania prawidłowych ścianek GZ4, jednak jest ona droższa niż od oferty firmy ZRI CHROBOK.

Odnosząc się do pozycji nr 329 Przedmiaru robót: „Wykonanie koszy z siatki stalowej bez wy-prawy o wymiarach 2.0x0.5 m KOSZE 2,0x1,0m Krotność = 2” Odwołujący wskazał, że BUDIMEX S.A. wycenił tę pozycję na podstawie oferty Firmy Budownictwa i Usług Melioracji Wodnych „Wodnik”. BUDIMEX S.A. przyjął dla pozycji nr 329 taką samą cenę jednostkową jak za pozycję nr 328. Odwołujący wskazał, że konieczność ujęcia krotności w cenie jednostkowej jasno wykazuje projekt Wykonawczy część opisowa.

Odwołujący zauważył, że nasadzenia zastępcze są istotnym elementem realizacji zamówienia, niezależnie od kwoty im przypisanej. BUDIMEX S.A. przedstawił zdaniem Odwołującego ogólnikową ofertę firmy KOTPOL bez wskazania cła zawiera w szczegółach. Dodatkowo jest to oferta warunkowa – zgodnie z nią wycena obowiązuje jedynie w przypadku zlecenia wszystkich robót, które KOTPOL wycenił, co samo już sugeruje, że w przypadku nie zlecenia całości prac cena nie będzie obowiązująca. Zamawiający w odpowiedzi na tłumaczenie wykazał, że takie tłumaczenie jest niewystarczające, i zamiast odrzucić ofertę, wezwał BUDIMEX S.A. do ponownych wyjaśnień w tym zakresie. W odpowiedzi BUDIMEX S.A. przedstawił kalkulację, zgodnie z którą koszt robocizny na nasadzenie jednego drzewa wynosi wg wyliczeń BUDIMEX 1zł. Jest to według Odwołującego kwota nierealna, wręcz „symboliczna”. Przy minimalnych nawet kosztach pracowniczych wskazywałoby to, że jedna osoba ma posadzić drzewo w czasie poniżej 2 minut nie korzystając z pomocy żadnego sprzętu (takiego w kalkulacji BUDIMEX S.A. nie ujął).

Dalej Odwołujący podał, że spora część przedstawionych ofert potencjalnych Podwykonawców BUDIMEX S.A. była nieaktualna na dzień składania ofert, np. ofert firm: Viacon, Inora, Solbet Kolbuszowa. BUDIMEX S.A. według Odwołującego popełnił błąd w obliczeniu ceny poprzez nie ujęcie całego przedmiotu Zamówienia, pominięcie jego istotnych cech, zakresu i warunków realizacji, oraz przyjęcie błędnych materiałów nieodpowiadających wymaganiom SWZ tj.:

- a) w pozycji 2.2. Tabeli elementów scalonych „Budowa korpusu ziemnego zapory czołowej”, pozycji 191 d. 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...” oraz pozycji 192 d 2.2.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 30 cm...”
- b) w pozycji 2.5 Tabeli elementów scalonych „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej”, pozycji 319 d. 2.5.1. Przedmiaru robót „Wzmocnienie podłoża przez stabilizowanie wapnem w ilości 20 kg/m² warstwa 15 cm...”
- c) w pozycji 2.5. Tabeli elementów scalonych „Budowa przelewu stokowego zapory czołowej”, pozycji 321 d. 2.5.1 Przedmiaru robót „Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z terenu lub rusztowań na głębokość do 6 m w grunt kat. IV...”
- d) w pozycji 2.5 Tabeli elementów scalonych, w pozycji 329 d.2.5.1 Przedmiaru robót: „Wy-konanie koszy z siatki stalowej bez wyprawy o wymiarach 2.0x0.5 m KOSZE 2,0x1,0m Krotność = 2”
- e) w pozycji 3.2. Tabeli elementów scalonych: „Nasadzenia zastępcze”, w pozycji 3.2.1 Przedmiaru robót: „.....”

Odwołujący wskazał, że oferta BUDIMEX S.A. w istotnej części bazuje na rozwiązaniach niezgodnych z warunkami zamówienia. Rozwiązania te mają na celu w sposób jawnie niezgodny z SWZ optymalizować koszty tego wykonawcy. Zamawiający powinien przykładać tą samą miarę do każdego wykonawcy, a nie jednemu pozwalać zakładać, iż w uzgodnieniu z projektantem zastosuje inny oderwany od jasnych i jednakowych dla wszystkich determinant projektu sposób wykonania zamówienia, czy też kalkulacji kosztów z nim związanych. Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Brak odrzucenia oferty BUDIMEX S.A. jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. BUDIMEX S.A. w co najmniej kilku przypadkach jak wskazał Odwołujący cenę kalkuluje w oderwaniu od przedstawianych ofert podwykonawczych (poniżej wartości tych ofert, a nawet kalkulacje pomniejszając o materiał będący własnością Zamawiającego, lub który winien zostać zutilizowany), pomija istotne elementy kosztochłonne, w tym materiałów niezbędnych do wykonania (choćby wapno w określonej ilości). W tym zakresie nie może być według Odwołującego mowy o błędach rachunkowych czy też innych

opisanych treścią art. 223 ustawy Pzp, ale błędnym skalkulowaniu ceny, skutkującym nadto nieuzasadnionym zaniżeniem jej wartości.

W dniu 25 czerwca 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu oraz oświadczył, że zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, dokona następujących czynności w postępowaniu:

1. Unieważni czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.
2. Przeprowadzi ponowne badanie i ocenę ofert.
3. Dokona odrzucenia oferty BUDIMEX S.A.

W dniu 28 czerwca 2024 r. Przystępujący oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania w całości przez Zamawiającego.

W dniu 2 lipca 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe zawierające jego stanowisko. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Odwoływającego i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwoływający oferta Odwoływającego uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym Odwoływający będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, pisma procesowego zawierającego oświadczenie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, pisma procesowego z dnia 2 lipca 2024 r. złożonego przez Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowodu złożonego przez Odwoływającego na posiedzeniu (dokumentacja pracy badawczo-usługowej na okoliczność wykazania rażąco niskiej ceny w pozycjach dot. wapna).

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie pn. „Wykonanie robót budowlanych dla zadania "Budowa suchego zbiornika przeciwpowodziowego „Góra Ropczycka” na rzece Budzisz, na terenie m. Sędziszów Małopolski, Góra Ropczycka, Zagorzyce, gm. Sędziszów Małopolski woj. podkarpackie”. W załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, w którego zakres wchodzi:

- 1) Roboty przygotowawcze, w tym m.in.:
- 1.1 geodezyjne wytyczenie inwestycji
- 1.2 wycinka drzew i zakrzaczeń
- 1.3 zdjęcie humusu
- 1.4 droga tymczasowa na okres budowy
- 1.5 rozbiorka budynków
- 2) Roboty podstawowe
- 2.1 uformowanie czaszy zbiornika budowa
- 2.2 budowa korpusu ziemnego zbiornika zapory czołowej
- 2.3 budowa upustu dennego
- 2.4 budowa bystrza siatkowo-kamiennego poniżej budowli upustowej
- 2.5 budowa przelewu stokowego zapory czołowej
- 2.6 urządzenia pomiarowe
- 3) Roboty towarzyszące
- 3.1 odcinkowa przebudowa Linii 15kV Sędziszów – Olimpów Wapiennik

3.2 nasadzenia zastępcze

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu oferty złożyło 12 wykonawców.

W dniu 12 stycznia 2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego i do Przystępującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwania były podobne, różniły się jedynie elementami z Tabeli elementów scalonych stanowiącej załącznik nr 1 do oferty, które znacznie odbiegają od wartości ustalonych przez Zamawiającego.

W wezwaniu skierowanym do BUDIMEX S.A. Zamawiający wskazał:

„Element nr 1 Roboty przygotowawcze – poz. 1.5 Rozbiórka budynków

Dla w/w pozycji podane przez Państwa wynagrodzenie brutto jest niższe o 86,70 %.

Element nr 2 Roboty podstawowe.

Dla w/w elementu podane przez Państwa wynagrodzenia brutto jest niższe o 35,65 %.

Element nr 2 Roboty podstawowe - poz. 2.1 Uformowanie czaszy zbiornika.

Dla w/w pozycji podane przez Państwa wynagrodzenia brutto jest niższe o 41,58 %.

Element nr 2 Roboty podstawowe - poz. 2.2 Budowa korpusu ziemnego zapory czołowej.

Dla w/w pozycji podane przez Państwa wynagrodzenia brutto jest niższe o 52,74 %.

Element nr 3 Roboty towarzyszące - poz. 3.2 Nasadzenia zastępcze.

Dla w/w pozycji podane przez Państwa wynagrodzenie brutto jest niższe o 72,31 %.”

Zamawiający wskazał, że tak znaczące obniżenie cen danych elementów, czy wskazanych poszczególnych pozycji, sprawiło, iż Zamawiający powziął wątpliwości, co do uwzględnienia przez Przystępującego wszystkich wymagań Zamawiającego zawartych w Specyfikacji Warunków Zamówienia, w szczególności w przedmiarze robót.

Przystępujący w dniu 19 stycznia 2024 r. złożył wyjaśnienia załączając do nich:

1. Informację cenową od KOTPOL,
2. Informację cenową od Firmy Budownictwa i Usług Melioracji Wodnych „Wodnik”,
3. Informację cenową od ZRI CHROBOK,
4. Informację cenową od CHROBOK,
5. Informację cenową od SOLBET,
6. Informację cenową od Viacon,
7. Informację cenową od Viacon (biowłóknina),
8. Informację cenową od Inora (geokrata),
9. Informację cenową od EM TADE,
10. Informację cenową od LAFARGE,
11. Operat pomiarowy MK GEO.

W dniu 12 lutego 2014 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 224 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 4 ustawy Pzp BUDIMEX S.A do złożenia dodatkowych wyjaśnień odnosząc się jednocześnie do wyjaśnień złożonych 19 stycznia 2024 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o doprecyzowanie niejasnych dla niego kwestii (zastosowanie cementu czy wapna) oraz podanie bardziej szczegółowych wyliczeń potwierdzających prawidłowość zaoferowanej ceny.

W dniu 19 lutego 2024 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia załączając do nich:

1. Wyjaśnienia w zakresie kosztów elementu nr 1 Roboty przygotowawcze – poz. 1.5 Rozbiórka budynków.
2. Ofertę firmy METKOM Sp. z o.o. z dnia 07.11.2023r.
3. Wyliczenia wartości kosztów robót - poz. 2.2.1 Budowa korpusu ziemnego zapory czołowej.
4. Wyliczenia wartości kosztów robót - poz. 2.2.2 Stabilizacja nasypu w załączniku.
5. Wyliczenia wartości kosztów robót - poz. 2.2.3 Droga eksploatacyjna po koronie zapory.
6. Wyliczenia wartości kosztów robót - poz. 2.2.4 Roboty wykończeniowe.
7. Ofertę firmy Lhoist Bukowa z dnia 08.11.2023r.
8. Wyliczenia wartości kosztów robót – poz. 3.2 Nasadzenia zastępcze.
9. Ofertę firmy Usługi Ogrodnicze "Twój Ogród" D.P..

W dniu 5 kwietnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. Oferty 6 wykonawców zostały przez Zamawiającego odrzucone.

W dniu 15 kwietnia 2024 r. Odwołujący złożył odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając mu naruszenie:

- art. 18 ust. 1 i ust. 3, art. 74 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „ZNK”) zw. z art. 16 pkt 1, 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne utajnienie części wyjaśnień złożonych przez wykonawcę BUDIMEX S.A. w ramach procedury o której mowa w art. 224 ust. 1 ustawy Pzp (wyjaśnienia z dnia z 19 stycznia 2024 r. oraz z 19 lutego 2024 r. wraz z załącznikami) oraz drugiego wezwania do złożenia wyjaśnień z dnia 12 lutego 2024 r., pomimo tego, że zastrzeżone informacje nie stanowiły

tajemnicy przedsiębiorstwa i/lub BUDIMEX S.A. nie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, co utrudnia Odwołującemu weryfikację złożonych przez BUDIMEX S.A. wyjaśnień, co jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający w dniu 25 kwietnia 2024r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu oraz zgodnie z żądaniem odwołania zapowiedział dokonanie oczekiwanych przez Odwołującego czynności.

W dniu 30 kwietnia 2024 r. BUDIMEX S.A., który przystąpił do postępowania po stronie Zamawiającego złożył oświadczenie, że nie wnosi sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego.

W dniu 30 kwietnia 2024 r. Izba wydała postanowienie w sprawie o sygn. 1268/24 o umorzeniu postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust.2 ustawy Pzp.

W dniu 22 maja 2024 r. Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przystąpił do ponownego badania i oceny ofert.

W dniu 24 maja 2024 r. Zamawiający zawiadomił BUDIMEX S.A. o dokonaniu odtajnienia informacji zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa.

W dniu 4 czerwca 2024 r. Zamawiający dokonał ponownego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. Oferty 6 wykonawców zostały przez Zamawiającego odrzucone.

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając w dniu 14 czerwca 2024 r. odwołanie.

Przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy było ustalenie czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez:

- błędną ocenę wyjaśnień Przystępującego złożonych dnia 19 stycznia 2024 r. oraz dnia 19 lutego 2024 r. dotyczących wyliczenia zaofertowanej w ofercie ceny,

- niedopuszczalne ponowne wezwanie Przystępującego w dniu 12 lutego 2024 r. do udzielenia dodatkowych wyjaśnień dotyczących wyliczenia zaofertowanej w ofercie ceny,

- zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór jej jako najkorzystniejszej, mimo, że cena ofertowa oraz ceny jednostkowe - jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia oraz mimo, że Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie wykazał, że złożona przez niego oferta oraz jej istotne części składowe nie zawierają rażąco niskiej ceny oraz przyjął założenia co do realizacji Zamówienia niezgodne z warunkami Zamówienia.

- zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego i wybór jej jako najkorzystniejszej, mimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego,

- zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, która zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające na tym, że cena oferty została skalkulowana w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej tj. kalkulacja ceny oferty w niektórych przypadkach nie obejmuje całego przedmiotu Zamówienia i została ustalona z pominięciem cech przedmiotu Zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji, w innych została skalkulowana poprzez przyjęcie błędnych materiałów nieodpowiadających wymaganiom SWZ.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. KIO 490/23) co do zasady dopuszczalne jest ponowne wezwanie wykonawcy do złożenia dodatkowych wyjaśnień, jeżeli w złożonych przez niego wyjaśnieniach powstają kolejne kwestie, nowe wątpliwości, które wymagają doprecyzowania. Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 marca 2023 r. wydany w sprawie o sygn. KIO 81/23, że ponowne wezwanie do złożenia wyjaśnień może być kierowane do wykonawcy, który już za pierwszym razem udzielił konkretnych, spójnych wyjaśnień, które jedynie w niektórych kwestiach wymagają doprecyzowania czy uzupełnienia. Jeżeli wyjaśnienia nie zawierają żadnych konkretów i żadnych dowodów, to tym samym powtórne wezwanie do ich złożenia stanowiłoby niezgodne z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp dawanie wykonawcy „drugiej szansy”. W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że Przystępujący udzielił odpowiedzi w odniesieniu do pytań skierowanych do niego przez Zamawiającego w zakresie, który go dotyczył. Zamawiający w pierwszym wezwaniu zacytował treść art. 224 ust. 3 ustawy Pzp, wskazujący na przykładowe elementy wyjaśnień składanych przez wykonawców przy okazji składania wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Wezwanie skierowane przez Zamawiającego było bardzo ogólne i wskazywało, że wyjaśnienia mogą dotyczyć w szczególności elementów wskazanych w art. 224 ust. 3 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wezwania z dnia 12 stycznia 2024 r. Zamawiający nie odniósł się w ogóle do treści przywołanego przepisu, a wskazał na pięć pozycji Tabeli elementów scalonych złożonej przez Przystępującego wraz z ofertą, w których wykonawca ten zaofertował niższe wynagrodzenie. Zamawiający ograniczył się do zacytowania 5 elementów wraz z podaniem informacji o ile procent niższe wynagrodzenie za ten zakres zaofertował Przystępujący. W odpowiedzi z dnia 19 stycznia 2024 r. wykonawca ten udzielił odpowiedzi w zakresie, który dotyczył złożonej przez niego oferty, a który został zasygnalizowany przez Zamawiającego. W ocenie Izby nie sposób uznać, jak wskazał Odwołujący, że

Przystępujący udzielił ogólnej, uniwersalnej odpowiedzi nie w każdym punkcie odnoszącej się do przedmiotowego postępowania. Wykonawca udzielając odpowiedzi odniósł się do każdego z punktów zawartych w wezwaniu z 12 stycznia 2024 r. Dla uwiarygodnienia swoich twierdzeń do odpowiedzi załączył on informacje cenowe i oferty podwykonawców, jak również wydruk z operatu pomiarowego sporządzonego przez MK GEO Usługi Geodezyjne. W udzielonej odpowiedzi Przystępujący wskazał na pozycje uzasadniające zaoferowaną cenę dzieląc je na koszty bezpośrednie, koszty ogólne + zysk oraz łączną wartość netto.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że w wezwaniu z dnia 12 lutego 2024 r. Zamawiający powtórzył pytania wcześniej zadane Przystępującemu. Zamawiający w piśmie wyraźnie odnosi się do udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień i jednocześnie prosi o dalsze informacje oraz wyjaśnienie kwestii, na które Zamawiający zwrócił uwagę zapoznając się z wyjaśnieniami Przystępującego. W ocenie Izby Przystępujący podolał ciężącemu na nim ciężarowi wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Podobnie jak to miało miejsce w przypadku pierwszych wyjaśnień Przystępujący odniósł się do każdego z zagadnień poruszonych przez Zamawiającego załączając stosowne wyliczenia wartości kosztów robót oraz oferty podwykonawców. W ocenie Izby Zamawiający był uprawniony do skierowania ponownego wezwania, ponieważ zawarł w nim kwestie, które wymagają doprecyzowania (wątpliwość dotycząca przedłożonej oferty na cement) lub uzupełnienia (dopytanie o koszty jednostkowe).

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego zawartego w zarzucie nr 1 c), z którego wynika, że cena ofertowa BUDIMEX S.A. oraz ceny jednostkowe – jej istotne części składowe zawierają rażąco niską cenę w stosunku do zamówienia Izba wskazuje, że Odwołujący w zarzucie 1 a) i 1 b) podnosi, że Przystępujący nie wskazał informacji oraz wyliczeń, które umożliwiałyby Zamawiającemu na dokonanie prawidłowej oceny realności ceny, a z drugiej strony w zarzucie 1c) wskazuje, że podane wartości są w jego ocenie zaniżone. Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, aby zrealizowanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez Przystępującego było niemożliwe. Izba wskazuje, że podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanym w sprawie o sygn. 1040/23. Z art. 537 ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny. Przepis art. 537 pkt 1 ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że Odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i przerzucić na Zamawiającego ciężar dowodowy. W przedmiotowej sprawie Odwołujący nie przedstawił dowodów, które potwierdzałyby, że wykonanie zamówienia za cenę zaoferowaną przez BUDIMEX S.A. nie będzie możliwe. Odwołujący nie podważył realności zaoferowanej ceny, nie wykazał również wpływu poszczególnych cen jednostkowych na brak możliwości zrealizowania zamówienia za zaoferowaną cenę.

Odnosząc się do drugiego zarzutu i podniesionych w nim okoliczności faktycznych Izba wskazuje, że Odwołujący nie wykazał, że treść złożonej przez Przystępującego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a co za tym idzie powinna zostać odrzucona.

Odnosząc się do odzysku materiałów Izba wskazuje, że Odwołujący odniósł się do tej kwestii w sposób wybiórczy. Jak słusznie zauważył Przystępujący odzysk materiałów został uregulowany zarówno w Projekcie budowlanym, STWiORB, Projekcie wykonawczym i Opisie przedmiotu zamówienia. Z postanowień powołanych dokumentów wynika, że odzysk materiałów jest możliwy i konieczny. Co więcej taki obowiązek wynika z powszechnie obowiązujących przepisów. Materiały, które zostały wyłączone spod utylizacji nie zostały wskazane w wyjaśnieniach przez Przystępującego. Odwołujący wskazał, że materiały pochodzące z rozbiórki będą wywożone na odpowiednie składowiska odpadów, natomiast nie wykazał, że w dokumentacji projektowej nie dopuszczono odzysku materiałów. Przystępujący do udzielonych wyjaśnień załączył kalkulację i ofertę firmy KOTPOL dotyczącą kosztów związanych z rozbiórką budynków. Wskazał również na orientacyjny koszt utylizacji odpadów oraz konieczność rozdzielenia ich według kodów. Załączył również ofertę firmy Metkom. Odwołujący nie zakwestionował wskazanych przez Przystępującego kosztów związanych z rozbiórką i utylizacją odpadów. Nie wykazał, że są one nierealne.

Odnosząc się do kwestii wapna jako spoiwa wskazać należy, że Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach nie oświadczył, że zamierza użyć cementu jako spoiwa. Co prawda wraz z wyjaśnieniami z dnia 19 stycznia 2024 r. przedłożył on ofertę firmy Lafarge dotyczącą dostawy cementu, jednak nie oświadczył, że zamierza go użyć jako spoiwa. Twierdzenie o niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia Odwołujący wywiódł na podstawie oferty podwykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 lutego 2024 r. Przystępujący wskazał, że w kalkulacji uwzględnił cenę wapna palonego zgodnie z dokumentacją. Na poparcie swojego twierdzenia przedłożył ofertę firmy Lhoist Bukowa. Co więcej wskazać należy, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego dotyczyły rażąco niskiej ceny, a nie technologii wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do kwestii stabilizacji nasypu wapnem wskazać należy, że postanowienia dokumentacji projektowej w tym STWiORB są w tym zakresie niejednoznaczne. Z jednej strony pojawia się ilość wapna podana w kg na m², a z drugiej

strony wskazano, że konieczne jest zapewnienie otrzymania w czasie budowy właściwości gruntu stabilizowanego. Wskazano, że należy dozować właściwą ilość spoiwa hydraulicznego do osiągnięcia wskazanego w dokumentacji projektowej parametru zagęszczenia korpusu nasypu zapory. Aby możliwe było osiągnięcie wymaganego rezultatu niezbędne są badania laboratoryjne. Opinia przedłożona wraz odwołaniem potwierdza, że ilość spoiwa zależy od warunków terenowych, projektowych oraz wykonanych badań laboratoryjnych. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wątpliwości w kwestii interpretacji postanowień dokumentacji postępowania należy tłumaczyć na korzyść wykonawcy, który mógłby ewentualnie zostać obciążony negatywnymi tego konsekwencjami.

Jeżeli chodzi o kwestię ścianek szczelnych stalowych również w tym zakresie w ocenie Izby oferta złożona przez Przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia. Jak wynika z pytania nr 153 i odpowiedzi na nie, zaprzestano produkcji wskazanych w dokumentacji projektowej grodzic GZ4. Twierdzenie to wydaje się być prawdziwe, ponieważ Zamawiający nie polemizował z nim i wyraził zgodę na zastosowanie w razie braku tych grodzic, innych spełniających wskazane przez Zamawiającego warunki. Przystępujący zaoferował grodzice GU6N o parametrach wyższych, aniżeli pierwotnie wymagane przez Zamawiającego. Odwołujący w złożonym odwołaniu nie wykazał, że grodzice GZ4 są dostępne na rynku w ilości niezbędnej do realizacji zamówienia. Swoje twierdzenia oparł jedynie na ofercie podwykonawcy Chrobok załączonej przez Przystępującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Nie wykazał także, że grodzice GU6N nie są zgodne z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do błędu w obliczeniu ceny i okoliczności faktycznych przywołanych przez Odwołującego, Izba wskazuje, że w przypadku nie potwierdzenia się naruszenia wskazanego w zarzucie nr 2 dotyczącego niezgodności oferty z warunkami zamówienia w zakresie materiału do stabilizowania tj. wapna palonego oraz zaoferowanych ścianek szczelnych stalowych, okoliczności faktyczne wskazane pod literą a), b) i c) nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący w wyniku przyjęcia błędnych materiałów lub ich niewłaściwej ilości popełnił błąd skutkujący tym, że zaoferowana przez niego cena jest nieprawidłowa.

Odnosząc się do koszy z siatki stalowej bez wyprawy Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez Przystępującego, że „krotność” odnosi się do wymiarów koszy, a nie do podwojenia ceny w pozycjach 328 i 329. Dla uwiarygodnienia pozycji dotyczących koszy wykonawca przedłożył ofertę Firmy Budownictwa i Usług Melioracji Wodnych „Wodnik”. Odwołujący w odwołaniu nie wykazał, że realizacja koszy za zaoferowaną cenę nie będzie możliwa.

Podobnie w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że doszło do błędu w obliczeniu ceny, jeśli chodzi o nasadzenia. Jak wskazał Przystępujący koszt pracownika w wysokości 1 zł za posadzenie jednego drzewa nie jest to faktyczny koszt, ponieważ pracownicy zatrudnieni przez niego dedykowani są do różnych zadań oraz wykonują funkcje w ramach różnych kontraktów. Część kosztów osobowych została w związku z tym umieszczona w pozycji koszty ogólne. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 12 lutego 2024 r. Przystępujący załączył ofertę wskazującą na koszty nasadzeń. Odwołujący twierdzi, że w tej pozycji doszło do błędu w obliczeniu ceny, jednak nie podważył on realności zaoferowanej ceny wskazując jedynie na zbyt niskie koszty osobowe.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....