

WYROK

Warszawa, dnia 7 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Katarzyna Poprawa**

Protokolant: **Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie** postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Polskie Porty Lotnicze Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego:

1.HOCHTIEF Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

2.Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

1.1.unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 29 kwietnia 2024 r.,

1.2.wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ceny podanej w ofercie,

2.kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego:

NDI Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT Spółka Akcyjna

z siedzibą w Sopocie tytułem wpisu od odwołania, oraz kwotę 4 175 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów opłaty skarbowej oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę,

2.2.zasądza od Zamawiającego **Polskie Porty Lotnicze Spółka Akcyjna z siedzibą**

w Warszawie na rzecz Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia publicznego: **NDI Spółka Akcyjna z siedzibą**

w Sopocie oraz NDI SOPOT Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie kwotę

24 175 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia cztery tysiące sto siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy)

poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów opłaty skarbowej oraz dojazdu

na posiedzenie i rozprawę.

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: 1636/24

Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Porty Lotnicze Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn.: „Remont parkingu wielopoziomowego P1 na Lotnisku Chopina w Warszawie.”, Nr ref: 301/PN/ZP/TLLZP/23, zwane dalej „Postępowaniem”.

Postępowanie prowadzone jest zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 roku (tekst jedn. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), zwaną dalej „Ustawą” lub „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, o którym mowa w art. 378 Ustawy.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 230-723386.

W dniu 9 maja 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Konsorcjum NDI S.A. (Lider konsorcjum) oraz NDI SOPOT S.A. (Partner konsorcjum), zwanych dalej „Odwołującym” od niezgodnych z przepisami Pzp czynności Zamawiającego i zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie przepisów Pzp, polegających na:

1.nieprawidłowej ocenie oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego w zakresie ceny ofertowej, prowadzących

do uznania, że oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę oraz uznania, że zachodzi niezgodność oferty Odwołującego z SWZ w zakresie przyjętej technologii dla rozbiórki płyty parkingu;

2. odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;

3. ewentualnie, zaniechania skierowania do Odwołującego wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, **Odwołujący zarzucił Zamawiającemu** naruszenie przepisów następujących Prawa zamówień publicznych, tj.:

1. **art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp** – poprzez niezasadne ich zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż zarówno cena całkowita oferty Odwołującego, jak i ceny poszczególnych robót wymienione przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty są cenami realnymi, rynkowymi i nie noszą znamion ceny rażąco niskiej oraz niezasadne uznanie, że oferta Odwołującego jest niedoszacowana, gdy tymczasem Odwołujący złożył szczegółowe, merytoryczne, odnoszące się do wezwania Zamawiającego oraz poparte dowodami wyjaśnienia;

2. **art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp** – poprzez niezasadne jego zastosowanie i uznanie, że zachodzi niezgodność oferty Odwołującego z SWZ w zakresie przyjętej technologii dla rozbiórki płyty parkingu, pomimo że Wykonawca przedstawił w tym zakresie szczegółowe wyjaśnienia Zamawiającemu, z których nie wynika niezgodność z wymaganiami SWZ w tym PFU, które Zamawiający wskazuje w odrzuceniu oferty;

3. ewentualnie (tj. na wypadek uznania, że niezbędne jest przeprowadzenie dalszej procedury w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny), **art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw.**

z art. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień;

a w konsekwencji powyższego;

4. **art. 16 ust. 1 Pzp** poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Mając na uwadze powyższe, **Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:**

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2. dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego i uznanie, że oferta Odwołującego nie jest rażąco niska ani też nie pozostaje niezgodna z SWZ,

a także jedynie ewentualnie (tj. na wypadek uznania, że niezbędne jest przeprowadzenie dalszej procedury w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny):

3. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia tych cen, które wskazał Zamawiający w treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 29 kwietnia 2024 r. i na podstawie których uznał, że oferta Odwołującego jest niedoszacowana,

a ponadto Odwołujący

4. na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym;

5. wniósł o obciążenie Zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego,

tj. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów opłaty od odwołania

w wysokości 20.000,00 zł wraz z uzasadnionymi kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na rozprawę i wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości określonej

na podstawie wykazu i rachunków przedłożonych do akt sprawy na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wymienionych przepisów Pzp. Odwołujący złożył bowiem ofertę, która została sklasyfikowana na pozycji pierwszej spośród wszystkich złożonych ofert (w postępowaniu jest przewidziana jeszcze aukcja elektroniczna). Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił wyjaśnienia złożone przez Odwołującego, jego oferta nadal byłaby na pierwszym miejscu w rankingu ofert

w postępowaniu, zatem Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający niezgodnie z przepisami Pzp odrzucił ofertę Odwołującego. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w *petitum* odwołania, Odwołujący może ponieść szkodę, wyrażającą się w pozbawieniu Odwołującego możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego i otrzymania wynagrodzenia za jego realizację,

w tym osiągnięcia zakładanego w ofercie zysku.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest remont parkingu wielopoziomowego P1 na Lotnisku Chopina w Warszawie.

Odwołujący złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Poza tym w postępowaniu zostały złożone łącznie 3 oferty.

Investycja jest realizowana w formule „zaprojektuj i wybuduj”, co oznacza, że zgodnie

z art. 103 ust. 2 Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego (dalej „PFU”). Przedmiot zamówienia zostanie dopiero zaprojektowany i wybudowany na podstawie SWZ, a konkretnie właśnie PFU, które opisuje przedmiot zamówienia – formułując warunki brzegowe projektowania.

Pismem z dnia 21 lutego 2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia kosztu oraz jego istotnych elementów części składowych, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Wezwanie zostało skierowane w trybie art. 224 ust. 1 Pzp oraz art. 224 ust. 12 pkt 2) Pzp (dalej: „**Wezwanie 1**”). Zamawiający w treści wezwania wskazał, iż oferta Konsorcjum NDI jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia ustalonego przed wszczęciem postępowania powiększonego o podatek od towarów i usług – tj. 86 100 000 PLN brutto.

Pismem z dnia 5 marca 2024 r. Odwołujący udzielił stosownych wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Ponadto załączyło do pisma Zbiornicze Zestawienie Kosztów ofert (dowód nr 1) oraz oferty Podwykonawców, kalkulacje Wykonawcy, oferty na zakup materiałów (dowody nr 2-22) (dalej: „**Wyjaśnienia 1**”).

Pismem z dnia 28 marca 2024 r. Zamawiający, wskazując na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp wzywa do wyjaśnień informacji zawartych w piśmie Odwołującego z dnia 5 marca 2024 roku i skierował do Odwołującego 20 szczegółowych zagadnień z prośbą o wyjaśnienie (dalej: „**Wezwanie 2**”).

W odpowiedzi na ww. wezwanie (z uwzględnieniem przedłużonego przez Zamawiającego terminu do udzielenia wyjaśnień), Odwołujący w piśmie z dnia 5 kwietnia 2024 r. szczegółowo odpowiedział na pytania i zagadnienia Zamawiającego (dalej: „**Wyjaśnienia 2**”).

Pismem z dnia 29 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował, że „po zapoznaniu się z przesłanymi przez Państwa w dniu 05.04.2024 r. przy piśmie L.dz. UPP/EN/1847/2024 dodatkowymi wyjaśnieniami postanowiło odrzucić Państwa ofertę w związku z rażąco niską ceną (art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp), oraz ze względu na niezgodność Państwa oferty z SWZ w zakresie przyjętej technologii dla rozbiórki płyty parkingu (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp)” (dalej: „**Odrzucenie oferty**”).

Odwołujący składa niniejszym odwołanie wobec odrzucenia oferty Konsorcjum NDI, pomimo iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny zarówno w zakresie ceny całkowitej, jak i spornych elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, które Zamawiający przywołał w Odrzuceniu oferty. Oferta Konsorcjum NDI nie jest także niezgodna z zapisami SWZ, stanowisko Zamawiającego wynika w tym zakresie z nadinterpretacji zapisów PFU i SWZ, Zamawiający wyraża nadmierne, tj. niewynikające z treści SWZ wymagania i oczekiwania, które opisał w Odrzuceniu oferty.

Poniżej Odwołujący szczegółowo wskazuje argumentację na potwierdzenie zarzutów stawianych Zamawiającemu. Uzasadnienie prawne:

Zarzut rażąco niskiej ceny – uwagi ogólne

W niniejszym postępowaniu zostało ustalone przez Zamawiającego ryczałtowe wynagrodzenie za wykonania przedmiotu zamówienia i postępowanie jest realizowane w formule „zaprojektuj i wybuduj”. Te okoliczności nie są bez wpływu przy ocenianiu kwestii rażąco niskiej ceny. Istotną okolicznością, jaką należy uwzględnić przy dokonywaniu oceny, czy cena oferty Konsorcjum NDI wypełnia znamiona ceny rażąco niskiej czy też jest ceną realną i rynkową (jak twierdzi Odwołujący i jak wykazał on w swoich wyjaśnieniach), jest również charakter wynagrodzenia wykonawcy ustalony w niniejszym postępowaniu. W pkt 14 SWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, Zamawiający ustalił, że:

„1. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu „Oferta” sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ **wartość ryczałtową umowy netto oraz brutto za realizację przedmiotu zamówienia.**

2. Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do kompletnego zrealizowania przedmiotu zamówienia wynikające wprost z dokumentacji przetargowej, jak również w niej nie ujęte, a które są możliwe do przewidzenia, bez których nie można wykonać zamówienia w całości, w tym m.in.: koszty wszelkich robót przygotowawczych, związanych z wykonaniem i utrzymaniem zaplecza budowy, prac demontażowych, odtworzeniowych, porządkowych, zagospodarowania placu budowy, tymczasowej zmiany organizacji ruchu drogowego, związanych z koniecznością

etapowania prac oraz utrudnieniami czasowymi itp.

3. Wykonawca musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. Za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada Wykonawca."

Ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego w niniejszym postępowaniu powoduje, że wykonawcy mają pewną swobodę w kalkulowaniu poszczególnych pozycji. W ramach tej swobody niższe ceny w części pozycji wykonawcy mogą zrekompensować wyższymi cenami w innych pozycjach – ostatecznie bowiem całkowity koszt realizacji zamówienia i tak zostanie pokryty w ramach łącznej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego, które jako całość ma odzwierciedlać koszty poniesione przez wykonawcę i uwzględniać założony zysk.

Ceny zakwestionowane przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty nie mogą być uznane za rażąco niskie w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 8) Pzp także z tego powodu,

że niniejsze postępowanie zostało ogłoszone przez Zamawiającego w formule „zaprojektuj i wybuduj”. W tak przyjętej formule realizacji jest już regułą, iż oferty poszczególnych wykonawców znacznie się od siebie różnią. Nawet znaczne różnice w tym zakresie pomiędzy ofertami nie oznaczają, że oferty zawierające najniższe ceny kwalifikują się jako rażąco niskie.

Należy wskazać, że weryfikacja oferty pod kątem realności ceny zaoferowanej przez danego wykonawcę i obowiązek odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia służy w szczególności temu, żeby **eliminować z postępowania wykonawców niewiarygodnych i nierzetelnych z uwagi na proponowane przez nich nierealistyczne ceny**. W związku z ryzykiem nieprawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, które stanowi bezpośrednią konsekwencję skalkulowania ceny oferty na zaniżonym poziomie, ustawodawca przewidział przy tym mechanizmy weryfikacji prawidłowości złożonej oferty pod kątem zaoferowanej ceny, jak również sankcje na wypadek niewykazania jej realności. Mechanizmy te wdrożone zostały przez ustawodawcę poprzez dyspozycje art. 224 ust. 1 - ust. 3 Pzp.

Przepis art. 224 Pzp ma zatem zapobiegać **wybijaniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane i to bez uszczerbku dla jego jakości**. Gwarantuje więc Zamawiającemu ochronę przed nieuczciwymi praktykami wykonawców, którzy zaniżając cenę w celu uzyskania zamówienia, na etapie realizacji, mogą sobie

to rekompensować niższą jakością lub domaganiem się dodatkowego wynagrodzenia.

W skrajnych wypadkach zagrożone może być wykonanie całego zamówienia. Jednocześnie przepis chroni rzetelnych wykonawców, gdyż ułatwia eliminowanie z zamówień publicznych tych, którzy łamią zasady uczciwej konkurencji w zakresie ceny.

Odwolujący zapewnia, tak jak czynił to na etapie udzielania Wyjaśnień 1 i 2,

iż zaoferowana przez niego cena jest realna, uwzględnia wszystkie okoliczności i wymogi, związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia określone w SWZ oraz oferta została oszacowana przez Wykonawcę z należytą starannością, z uwzględnieniem warunków tego postępowania w tym formuły „zaprojektuj i wybuduj” oraz ryczałtowego wynagrodzenia.

Treść wezwania Zamawiającego i treść wyjaśnień Wykonawcy:

Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, że Zamawiający dokonał błędnej oceny wyjaśnień złożonych przez Odwołującego oraz załączonych do nich dowodów. Zamawiający w Odrzuceniu oferty przy każdej pozycji formułuje zarzut, iż cena w danej pozycji jest zaniżona i według jego danych cena rynkowa jest odpowiednio wyższa.

Należy jednak podkreślić, iż Wykonawca nie składał swoich wyjaśnień gołostownie lecz każdą wskazaną cenę poparł odpowiednim dowodem. Były to dowody w postaci ofert Podwykonawców, kalkulacje własne Wykonawcy w oparciu o oferty dostawców materiałów

z rynku, jak również wyceny Wykonawcy w oparciu o katalog Sekocenbud.

Wezwanie 1 Zamawiającego było wezwaniem ogólnym, w którym Zamawiający opierając się na Załączniku nr 1 do Formularza oferty Konsorcjum NDI – wyszczególnił jedynie następujące kwestie:

„W szczególności Zamawiający wzywa do przedstawienia dowodów i sposobu obliczenia ceny przedstawionej w kalkulacji szczegółowej składającej się na:

a) koszt realizacji przebudowy górnej płyty poziomu 6 i 7 parkingu na kwotę w wysokości

34.467.592,00 PLN netto,

b) koszt realizacji remontu poziomów 4 i 5, klatek schodowych i elewacji na kwotę

w wysokości 9.721.629,00 PLN netto

oraz wskazał:

Należy jednoznacznie podkreślić, iż Wykonawca sprostował zadaniu wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W

odpowiedzi na Wezwanie 1 złożył obszerne pismo, w którym znalazły się informacje wprowadzające dotyczące sytuacji Wykonawcy, które pozwoliły jemu na skalkulowanie oferty w konkurencyjny sposób. Ale również pismo zawierało pkt II „WYJAŚNIENIA SZCZEGÓŁOWE”. W tym zakresie w swoim piśmie Wykonawca odwoływał się do Załącznika nr 1 do pisma – Zbiorcze Zestawienie Kosztów, jak i również **wskazał, co było podstawą i ile wynosiły koszty w każdym wskazanym w wezwaniu elemencie**.

I tak na str. 7 pisma:

Jednocześnie w zakresie ustalenia poziomu kosztów bezpośrednich w zakresie części ryczałtowej związanej z remontem parkingów, Odwołujący w części szczegółowej Wyjaśnień 1 wskazał, że założył:

- „Wykonanie kompleksowej analizy rozwiązań projektowych pod kątem doboru odpowiednich technologii prac i rozwiązań materiałowych,
- Wykonanie międzybranżowych analiz projektowych, na podstawie odbytych wizji lokalnych oraz udostępnionej dokumentacji, które umożliwiły obliczenie odpowiednich ilości dla głównych elementów składowych oferty,
- Analiza i opracowanie optymalnego planu realizacji prac zakładającego wymagane zapisami SWZ i PFU etapowanie robót oraz rotację sprzętu”.

Reasumując powyższe, Odwołujący kwestionuje z całą stanowczością ceny wskazane przez Zamawiającego w Odrzuceniu oferty w 7 pkt pisma Zamawiającego, które Zamawiający wskazuje jako „rynkowe”. Należy zauważyć, iż Zamawiający nie poparł tych cen żadnymi dowodami są to jedynie arbitralne stwierdzenia Zamawiającego „*tymczasem cena rynkowa wynosi co najmniej ...*”. Nie wiadomo na jakiej podstawie Zamawiający ustalił wskazane przez siebie ceny, gdyż tych informacji Zamawiający w Odrzuceniu oferty nie zawarł.

Uzasadnienie szczegółowe i merytoryczne odnoszące się do każdej z pozycji pisma Zamawiającego – Odwołujący przedstawi poniżej w odwołaniu. W tym miejscu pragnie jedynie zaznaczyć, iż tak jak na etapie składanych wyjaśnień Wykonawca zastrzega te informacje na podstawie art. 18 ust. 3 Pzp jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Wykonawca wskazuje, iż informacje dotyczące:

- a) konkretnych kwot jakie Wykonawca planuje dla wykonania wskazanych przez Zamawiającego robót/usług przy wykonywaniu zamówienia;
- b) nazwy podwykonawców i dostawców materiałów;
- c) szczegółowe kalkulacje, ze wskazaniem sprzyjających Wykonawcy okoliczności pozwalających na zaoferowanie konkurencyjnej ceny w konkretnych warunkach danego zamówienia;
- d) koszty bezpośrednie realizacji zamówienia oraz założony przez Wykonawcę zysk;
- e) dowody w postaci ofert podwykonawców, dostawców i usługodawców, a także inne konkretne wartości przyjęte w ofercie i Wyjaśnieniach 1 i 2 lub zawarte teraz w odwołaniu
- f) oświadczenie dot. założeń projektanta

te informacje mają charakter techniczny, technologiczny lub handlowo-organizacyjny

oraz finansowy i przede wszystkim przedstawiają wymierną wartość gospodarczą. Jednocześnie argumentem dodatkowo wzmacniającym konieczność zastrzeżenia

ww. informacji, jako tajemnicy przedsiębiorstwa - jest fakt, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający przewidział dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej na zasadach określonych w art. 227 – 238 Pzp. Jest niezwykle istotne,

aby pozostali wykonawcy, którzy biorą udział w Postępowaniu nie poznali poszczególnych czynników cenotwórczych Oferty Wykonawcy, w tym planowanego zysku założonego przez Konsorcjum NDI oraz poziomu wyceny poszczególnych elementów Oferty, jak i również dowodów złożonych przez Wykonawcę w tym zakresie. Udostępnienie ww. informacji pozostałym oferentom, umożliwi im zapoznanie się i weryfikację złożonych przez nich samych ofert jeszcze przed aukcją. To spowoduje pogwałcenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się zatem szczegółowo do dowodów, które Wykonawca załączył do Wyjaśnień 1 – Wykonawca załącza do odwołania Dowód nr 1 – czyli **ZESTAWIENIE kwestionowanych**

w Odrzuceniu oferty pozycji robót z Wyjaśnieniami Wykonawcy oraz wskazaniem, jaki dowód został przez Wykonawcę w tym zakresie załączony. Dowód nr 1 – stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy.

Wykonawca wskazał w Wyjaśnieniach 1 również wartość zakładanego zysku, który był nawet na wyższym poziomie niż średnia marża na obiektach kubaturowych kalkulowana przez Konsorcjum NDI.

Podsumowując powyższe, należy wskazać, iż odpowiedzi na Wezwanie 1, Konsorcjum NDI złożyło obszerne wyjaśnienia zgodne z treścią wezwania. Wyjaśnienia dotyczyły zarówno realności ceny całkowitej oferty, jak i odpowiedzi na poszczególne zakresy prac wskazane przez Zamawiającego. Na potwierdzenie, że cena oferty nie jest ceną rażąco niską Konsorcjum NDI przedłożyło także szereg dowodów, w tym oferty podwykonawców i dostawców.

ZARZUT NIEZGODNOŚCI OFERTY Z SWZ – uwagi ogólne:

Należy na wstępie odnotować, iż Zamawiający skierował do Wykonawcy Wezwanie 2 – tj. wezwanie do wyjaśnień informacji zawartych w piśmie z dnia 5 marca 2024 r. czyli piśmie dot. wyjaśnienia rażąco niskiej ceny **w trybie art. 128 ust. 1 Pzp**.

Nie było to zatem wezwanie skierowane w trybie art. 223 Pzp – tj. gdy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień **dotyczących treści złożonych ofert** oraz przedmiotowych środków dowodowych **lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń**.

Jednocześnie Odwołujący pragnie zauważyć, iż podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp może być wyłącznie niezgodność jej treści z warunkami zamówienia. Treść oferty stanowią chociażby przytoczone poniżej punkty formularza ofertowego, które zawierają oświadczenie woli wykonawcy. Natomiast to oświadczenie nie zawiera niejasności

i nie ulega wątpliwości, że wykonawca na jego mocy oferuje przedmiot zamówienia zgodny z SWZ.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, iż treścią oferty jest uzewnętrznione w formularzu ofertowym oświadczenie woli Wykonawcy, w którym w pkt 3 oferty oświadczył, iż: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z całą SWZ, a w szczególności z Projektowanymi Postanowieniami Umowy (Załącznik nr 3 do SWZ). Nie wnosimy do nich zastrzeżeń i przyjmujemy warunki w nich zawarte.”

Ponadto w pkt 7 formularza oferty Konsorcjum NDI oświadczyło, że:

„W przypadku wyboru naszej oferty, zobowiązujemy się zawrzeć umowę, uwzględniając Projektowane Postanowienia Umowy stanowiące Załącznik nr 3 do SWZ, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego,”

Natomiast w Projektowanych Postanowieniach Umowy w art. 2 ust. 1 Zamawiający przewidział:

1.W art. 3 ust. 2 Projektowanych postanowień Umowy:

„W terminie określonym w ust. 1. Wykonawca zobowiązuje się do:

- 1) wykonania Obiektu **zgodnie z niniejszą Umową, SWZ, PFU** w tym, w szczególności Dokumentacją Projektową oraz zakończenia Robót,*
- 2) uzyskania ostatecznej zgody/decyzji o pozwoleniu na użytkowanie Obiektu.”*

Reasumując powyższe, oświadczenia zawarte w Formularzu ofertowym w sposób jasny i klarowny potwierdza zgodność oferowanego świadczenia z SWZ, bowiem wskazuje,

że umowa zostanie zawarta zgodnie z ofertą i na warunkach określonych w SWZ.

Natomiast wyłącznie wiążący do identyfikacji zaoferowanego świadczenia dokument wchodzący w skład SWZ to dokument PFU.

W tym kontekście warto podkreślić, że przedmiot zamówienia typu „zaprojektuj i wybuduj” zgodnie z art. 103 ust. 2 Pzp nie istnieje w dacie jego oferowania. Ma on zostać dopiero zaprojektowany i wybudowany dokładnie na podstawie SWZ, a konkretnie Programu Funkcjonalno-Użytkowego stanowiącego opis przedmiotu zamówienia, formułujący warunki brzegowe projektowania. W tym zakresie przedmiot zamówienia różni się istotnie chociażby od dostawy, gdzie oferowany produkt jest produkowany seryjnie wedle określonych parametrów, a nie pod szczególne zamówienie zamawiającego, a tym samym te parametry mogą się okazać niezgodne z PFU. Jeśli zatem wykonawca oświadcza wprost, że jego świadczenie będzie zgodne z SWZ, to nie można przyjąć, że jego oferta jest niezgodna z SWZ i podlega odrzuceniu.

Podkreślić przy tym należy, że kontrakt typu „Zaprojektuj i wybuduj” immanentnie w ramach PFU przyznaje wykonawcy określony zakres swobody projektowej, która umożliwia optymalizację kosztową projektu i umożliwia konkurencję zaoferowaną ceną.

Przyjęte założenia projektowe wykonawcy stanowią jego ryzyko, że może dojść do konieczności zastosowania innych rozwiązań w ramach swobody projektowej wyznaczonej granicami PFU. Przyjęcie założeń projektowych jest jednak konieczne, gdyż bez nich nie sposób byłoby wycenić ofertę, nie oznacza to jednak, że wykonawca ma de facto zaprojektować na potrzeby wyceny obiekt w najdrobniejszych szczegółach, gdyż nie jest to możliwe, a w tym Postępowaniu stanowiłoby de facto wykonanie już w części przedmiotu zamówienia – czyli opracowanie projektu koncepcyjnego i projektu budowlanego (art. 2 ust. 1 pkt 1 Projektowanych postanowień Umowy).

Orzecznictwo Izby stoi również na stanowisku, iż w formule realizacji „zaprojektuj i wybuduj” wykonawca na etapie wyceny oferty nie ma obowiązku de facto zaprojektować przedmiotu zamówienia w najdrobniejszych szczegółach tak, by już teraz uwzględnić wszystkie wymagania PFU. Z natury rzeczy wykonawca dokonuje założeń i przybliżeń w tym zakresie, nie tworząc wszak projektu budowlanego, na co ma określony czas i co

stanowi już przedmiot udzielonego mu zamówienia.

Przedstawiona powyżej argumentacja potwierdza słuszność zarzutów zawartych w odwołaniu. Zamawiający dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo iż nie zawiera ona rażąco niskiej ceny zarówno w zakresie ceny całkowitej, jak i spornych cen wskazanych w 7 pozycjach w Odrzuceniu Oferty. Ponadto oferta Wykonawcy jest zgodna z SWZ,

co dowiódł Odwołujący powyżej. W opinii Odwołującego, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w *petitum* odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy: HOCHTIEF Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 28 maja 2024 roku 29 maja 2024 roku Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Z ostrożności Zamawiający wskazał

na przedwczesność oceny, że oferta Odwołującego nie jest rażąco niska. Dodał, że gdyby KIO w sposób odmienny od Zamawiającego oceniła złożone w toku Postępowania przez Odwołującego wyjaśnienia uznając, że nie dają podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, zasadne byłoby dalsze prowadzenie czynności wyjaśniających, które pozwoliłyby jednoznacznie stwierdzić, czy oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, w szczególności

czy cena ofertowa Odwołującego nie jest rażąco niska (bądź przesądzić, że jest) i obejmuje realizację zamówienia w sposób zgodny z SWZ, w tym gwarantujący pełne bezpieczeństwo prowadzonych prac remontowych na czynnym obiekcie w odniesieniu do niższych poziomów parkingu i funkcjonującego hotelu posadowionego na parkingu. Nie może w tym zakresie bowiem pozostać żaden margines błędu co do sposobu i zakresu prowadzonych prac, z uwagi na narażenie życia i zdrowia ludzi korzystających z parkingu oraz gości i pracowników hotelowych oraz mienia o wielkiej wartości nie tylko Zamawiającego, ale także spółki Polski Holding Hotelowy sp. z o.o. będącej właścicielem hotelu. W takim przypadku koszty postępowania odwoławczego strony powinny ponieść po połowie. Zamawiający przedstawił również argumenty na potwierdzenie zasadności wniosku o oddalenie odwołania.

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył „Opinię w sprawie prawidłowości przyjętej przez jednego z Oferentów w ramach trwającego przetargu metody rozbiórki płyty żelbetowej górnego poziomu Parkingu wielopoziomowego P1 oraz przyjętej ilości zbrojenia

dla planowanej nowej płyty żelbetowej” z dnia 19 kwietnia 2024 roku sporządzoną przez

prof. dr hab. inż. H.Z. z Wydziału Inżynierii Lądowej Instytutu Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej tabelę porównawczą wycen dla wybranych prac dotyczących remontu parkingu P1, opracowane przez Zamawiającego kosztorysy szczegółowe

wraz z ofertami dla wybranych zakresów prac Remont parkingu P1:

- wykonania nowej płyty żelbetowej,
- rozbiórka i utylizacja płyty poziomów 6 i 7,
- wykonanie dylatacji konstrukcyjnych,
- wykonanie posadzki żywicznej na poziomach 4 i 5,
- oczyszczenie z farny i rdzy oraz zabezp. antykoroz. konstr. stalowych.

W dniu 28 maja 2024 roku wykonawca HOCHTIEF Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca Mostostal Kielce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach złożyli pisma procesowe, w których wnieśli o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na poparcie stawianych wniosków.

W dniu 4 czerwca 2024 roku wykonawca HOCHTIEF Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie złożył pismo przystępującego, stanowiące odniesienie do odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 maja 2024 roku.

W dniu 4 czerwca 2024 roku Odwołujący złożył pismo procesowe, stanowiące odniesienie się do odpowiedzi na odwołanie z dnia 29 maja 2024 roku. Do pisma Odwołujący załączył Obliczenia projektanta (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa) oraz metodologię rozbiórek płyty (objęte tajemnicą przedsiębiorstwa). W dniu 5 czerwca 2024 roku Odwołujący złożył Opinię Techniczną sporządzoną przez prof. dr hab. inż. K.W., dr hab. inż. M.M. prof. PD oraz dr inż. B.S. z Wydziału Inżynierii Lądowej

i Środowiska Politechniki Gdańskiej w zakresie technologii rozbiórki poziomów 6 i 7 zaproponowanej przez Odwołującego oraz ilości zbrojenia nowo projektowanej płyty, poziomów 6 i 7 Parkingu P1.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników Postępowania Odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników Postępowania Odwoławczego złożonych pisemnie oraz ustnie

do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła

co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) skutkująca odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 29 kwietnia 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba za skuteczne uznała zgłoszone przystąpienia po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

W pierwszej kolejności Izba odnie się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, – poprzez niezasadne jego zastosowanie i uznanie, że zachodzi niezgodność oferty Odwołującego z SWZ w zakresie przyjętej technologii dla rozbiórki płyty parkingu, pomimo że Wykonawca przedstawił w tym zakresie szczegółowe wyjaśnienia Zamawiającemu, z których nie wynika niezgodność z wymaganiami SWZ w tym PFU, które Zamawiający wskazuje w odrzuceniu oferty, uznając go za zasadny.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe

do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób

w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia w nich zawarte, w których zostały jasno i przejrzyście wyrażone oczekiwania zamawiającego. Wobec powyższego,

w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień w nich zawartych, w których zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania, z uwzględnieniem wszelkich modyfikacji treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ). Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści warunków zamówienia wymagań

lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji ich zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w warunkach zamówienia. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że takich okoliczności Zamawiający nie wskazał w stosunku do przyjętej przez Odwołującego technologii rozbiórki płyty parkingu.

W piśmie z dnia 29 kwietnia 2024 roku „Odrzucenie oferty” dla uzasadnienia niezgodności oferty Odwołującego z SWZ Zamawiający wskazał: „W ofercie (wyjaśnienia

z dnia 05.03.2024 r. oraz 05.04.2024 r.) przyjęli Państwo technologię prac rozbiórkowych za pomocą kruszenia stropu żelbetowego przy pomocy pojazdów o masie 5 ton z gryzakami i młotami, która nie może mieć zastosowania na czynnym użytkowanym obiekcie. Wskazana technologia jest niezgodna z zapisami PFU punkt III, zgodnie z którymi należy wykonać prace budowlane polegające na rozebraniu istniejącej konstrukcji płyty w taki sposób aby umożliwić równoległe użytkowanie innych, nieremontowanych i znajdujących się poniżej kondygnacji parkingu wielopoziomowego oraz budynku hotelu, zespolonego konstrukcyjnie z parkingiem. Przyjęta przez Państwa metoda rozbiórki wywołuje nadmierne drgania co jest niedopuszczalne zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowania par. 323, mówiący o ochronie budynku przed hałasem i drganiami oraz opisanych w polskiej normie PN-B-02170:2016-12 „Ocena szkodliwości drgań przekazywanych przez podłoże na budynki”, dlatego nie może mieć zastosowania na czynnym obiekcie. Zastosowanie powołanej metody jest zatem niedopuszczalne, mogłaby spowodować uszkodzenie istniejącej konstrukcji parkingu - długotrwałe ekspozycje na drgania mogą prowadzić do mikrouszkodzeń i stopniowego osłabiania oraz zniszczenia materiałów budowlanych, szczególnie w miejscach połączeń konstrukcyjnych, a w skrajnych przypadkach nawet do poważnych awarii konstrukcyjnych, czyli katastrofy budowlanej. Dodatkowo drgania mogą przyspieszać naturalne procesy starzenia się materiałów budowlanych, co prowadzi do wcześniejszych potrzeb remontów i renowacji. Zaproponowana przez Państwa metoda rozbiórki będzie wiązała się z koniecznością wyłączenia z użytkowania hotelu na cały czas prac rozbiórkowych, co jest niezgodne z wymaganiami SWZ wskazanymi na wstępie”.

Izba wskazuje, że analiza treści dokumentów zamówienia w tym PFU nie potwierdza powyższego stanowiska Zamawiającego.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odniósł się bardzo ogólnie do postanowień zawartych w PFU punkt III, będącego częścią opisową PFU, w której znajdują się ogólne zapisy nie wykluczające metody wskazanej przez Odwołującego. Zamawiający nie odniósł się do konkretnego postanowienia wynikającego z dokumentów zamówienia, którego treść wskazywałby na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, prowadzącej do konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, lecz odwołał się całokształtu opisu zawartego w PFU punkt III. W ocenie Izby w punkcie III brak jest określenia warunków zamówienia wykluczających zastosowanie technologii zaproponowanej przez Odwołującego.

Dodać należy, że Zamawiający odnosząc się przyjętej metody rozbiórki powołał się jedynie na nadmierne drgania (których wartości nie zdefiniował) nie mając wiedzy o poziomie drgań, jakie zostaną wywołane poprzez zastosowaną przez Odwołującego technologię.

Izba wskazuje, że jeżeli dobór technologii rozbiórki był istotny z uwagi na uwarunkowania techniczne - jak podkreślał Zamawiający podczas rozprawy - to w treści SWZ Zamawiający winien ją opisać w taki sposób, aby nie pozostawiać wątpliwości wykonawcy co do możliwości przyjętych rozwiązań, np. poprzez wyeliminowanie zastosowania określonych metod wywołujących drgania powyżej wskazanego poziomu.

Analiza dokumentacji zamówienia wskazuje, że takich postanowień Zamawiający nie zawarł w jej treści. Określił jedynie warunki brzegowe, które spełnia technologia przyjęta przez Odwołującego. Zamawiający nie może zatem przerzucać na Odwołującego odpowiedzialności za nieprecyzyjną treść warunków zamówienia określonych w PFU.

W tych okolicznościach zdaniem Izby, uprawnione było ze strony Odwołującego uznanie, że przyjęta przez niego technologia rozbiórki płyty parkingu wpisuje się w wymagania Zamawiającego. Wszelkie wątpliwości w takich okolicznościach, należy bowiem rozpoznawać na korzyść wykonawcy, który nie może się domyślać co Zamawiający miał na myśli opracowując warunki zamówienia.

Odnosząc się do opinii z dnia 19 kwietnia 2024 roku sporządzonej przez prof. dr hab. inż. H.Z. z Wydziału Inżynierii Lądowej Instytutu Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej złożonej przez Zamawiającego jako dowód na potwierdzenie niezgodności

z warunkami zamówienia przyjętej technologii rozbiórki płyty żelbetowej górnego poziomu parkingu, jak i do „Opinii Technicznej” z dnia 4 czerwca 2024 roku złożonej przez Odwołującego, sporządzonej przez prof. dr hab. inż. K.W., dr hab. inż. M.M. prof. PD oraz dr inż. B.S. z Wydziału Inżynierii Lądowej

i Środowiska Politechniki Gdańskiej w zakresie technologii rozbiórki poziomów 6 i 7 zaproponowanej przez Odwołującego, Izba wskazuje, że są to dokumenty prywatne

w rozumieniu art. 245 k.c., zgodnie z którym, dokument prywatny sporządzony w formie pisemnej albo elektronicznej stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. Izba uznała, że dokumenty te zostały złożone na wzmocnienie argumentacji każdej ze Stron.

Reasumując, powyższe w ocenie Izby nie może być podstawą do uznania że przyjęta przez Odwołującego technologia prac rozbiórkowych jest niezgodna z SWZ. Zamawiający niezasadnie uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Zarzut należało zatem uznać za zasadny.

Izba dodaje, że pomimo wskazania w uzasadnieniu odrzucenia, że Odwołujący przyjął technologię prac rozbiórkowych „za pomocą kruszenia stropu żelbetowego przy pomocy pojazdów o masie 5 ton z gryzakami i młotami”, to ani gabaryty ani waga zastosowanych

do rozbiórki pojazdów nie była wskazana przez Zamawiającego jako okoliczność stanowiąca niezgodność z SWZ. Zamawiający uzasadniając niezgodność oferty odwołującego z SWZ odniósł się jedynie do przyjętej technologii wywołującej nadmierne drgania.

Izba za zasadny uznała również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp – poprzez niezasadne ich zastosowanie i w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż zarówno cena całkowita oferty Odwołującego, jak i ceny poszczególnych robót wymienione przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty są cenami realnymi, rynkowymi i nie noszą znamion ceny rażąco niskiej oraz niezasadne uznanie, że oferta Odwołującego jest niedoszacowana, gdy tymczasem Odwołujący złożył szczegółowe, merytoryczne, odnoszące się do wezwania Zamawiającego oraz poparte dowodami wyjaśnienia.

W kontekście uznania zasadności powyższego zarzutu, Izba uznała za niezbędne przeprowadzenie dalszej procedury w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a zatem uznała zasadność naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 224 ust. 5 Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei stosownie do treści

art. 224 ust. 6 Pzp 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

W zakresie możliwości uznania ceny oferty lub jej elementów składowych za rażąco niskie wskazać należy za ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej i sądów, że za rażąco niską cenę należy uznać taką cenę, która jest niewiarygodna dla wykonania przedmiotu zamówienia i jest całkowicie oderwana od realiów rynkowych. Jednakże ocena

tej okoliczności zawsze powinna być dokonana z uwzględnieniem przedmiotu zamówienia, jego specyfiki i towarzyszących mu realiów rynkowych, w oparciu o dostępne zamawiającemu informacje, które uzyskał w wyniku przedstawienia przez wezwanego wykonawcę wyjaśnień. Wykonawca winien podać zamawiającemu wszystkie informacje dotyczące kalkulacji zaoferowanej ceny, w tym informacje dotyczące sposobu kalkulacji, uwarunkowań, w jakich dokonywał kalkulacji, szczególnych przesłanek warunkujących przyjęty sposób kalkulacji

(jeśli takie zaistniały) oraz innych istotnych elementów mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny, jak np. korzystne upusty, sprzyjające w oparciu o konkretne informacje warunki finansowe, uzyskane specjalne oferty, a dowodzące możliwości zaoferowania danej ceny. Wyjaśnienia wykonawcy stanowiące informacje w zakresie ceny powinny umożliwić zamawiającemu podjęcie decyzji co do przyjęcia bądź odrzucenia oferty. Podkreślenia wymaga, że zamawiający informacje dotyczące indywidualnych elementów kalkulacji danej ceny, jak również okoliczności, które wpływają na daną kalkulację, uzyskuje od danego wykonawcy w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień w określonym, wskazanym przez zamawiającego zakresie i terminie. Tym samym wykonawca składający wyjaśnienia zamawiającemu, winien wskazać wszystkie okoliczności, które stanowiły podstawę dokonanej wyceny. Wyjaśnienia winny być jasne, konkretne i spójne. Winny być adekwatne

do przedmiotu zamówienia, uwzględniać jego założenia oraz specyfikę właściwą np. dla danej branży.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy Izba podkreśla,

że wyjaśnienia ceny złożone przez Odwołującego potwierdzają zasadność zarzutu. Ponadto w ocenie Izby ocena Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę jest przedwczesna.

Analiza dokumentacji postępowania, treść odpowiedzi na odwołanie oraz przebieg rozprawy, utwierdziły Izbę w przekonaniu, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia rażąco niskiej ceny z dnia 5 marca 2024 roku oraz dodatkowe wyjaśnienia z dnia 5 kwietnia 2024 roku składane w trybie art. 128 ust. 1 nie dawały podstawy Zamawiającemu do stwierdzenia,

że cena ta jest rażąco niska. Rodziły jednak wątpliwości, których wyjaśnienia Zamawiający zaniechał. Wątpliwości te wyrażnie zostały wyartykułowane podczas rozprawy. Pomimo tego, Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty z uwagi na to, że zawiera ona rażąco niską cenę, nie mając pewności co do pełnego zakresu objętego ceną Odwołującego, a odnosząc się wyłącznie do własnych obliczeń.

Z uwagi zatem na to, co podkreślał Zamawiający podczas rozprawy, że przedmiot zamówienia jest skomplikowany, a oferta musi gwarantować Zamawiającemu pełne bezpieczeństwo prowadzonych prac na czynnym

obiekcie, w ocenie Izby zasadne a nawet konieczne jest prowadzenie dalszych czynności wyjaśniających, w celu wyeliminowania wszelkich wątpliwości, co do tego, czy cena Odwołującego jest ceną realną i obejmuje pełen przedmiot zamówienia zgodnie z Warunkami zamówienia. Wezwanie Odwołującego do złożenia dodatkowych wyjaśnień w zakresie ceny, stanowiące rozwinięcie i doprecyzowanie informacji już złożonych, przekazanych przez Odwołującego, ale budzących wątpliwości, w ocenie Izby jest dopuszczalne. Zamawiający nie kierował bowiem do Odwołującego wezwania w trybie art. 224 ust. 1 Pzp, który zezwala na żądanie od wykonawcy wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych, jeżeli zaoferowana cena lub koszt lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów.

Wezwanie do wyjaśnień z dnia 28 marca 2024 roku skierowane do Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, oraz odpowiedź udzielona przez Odwołującego na to wezwanie, zdaniem Izby nie mogły stanowić podstawy do uznania, że cena oferty jest rażąco niska.

Przed wszystkim w treści wezwania Zamawiający sformułował szereg pytań odnoszących się do ujęcia w cenie oferty określonego zakresu robót i ich kosztów, formułując pytania: „Prosimy o potwierdzenie czy w cenie oferty zostały uwzględnione ...”, „Prosimy o potwierdzenie prawidłowości wyceny ...”. Jedynie pytanie a) i m) odnosiły się do przyjętej technologii, a pytanie n) do przyjętego obmiaru. Zamawiający nie żądał złożenia dowodów na potwierdzenie zasadności odpowiedzi, a sama konstrukcja większości pytań mogła prowadzić do wniosku, że Odwołujący uprawniony był do udzielenia krótkiej, konkretnej odpowiedzi typu: np. potwierdzamy.

Podkreślenia wymaga, że Odwołujący na większość z pytań udzielił odpowiedzi potwierdzającej prawidłowość złożonych wyjaśnień ceny, w części natomiast wskazał na brak precyzji lub nadinterpretację ze strony Zamawiającego co do wymagań określonych w dokumentacji zamówienia. W tych przypadkach odpowiedź dostosował do wymagań określonych w warunkach zamówienia.

Wydaje się również, że konieczność prowadzenia dalszych wyjaśnień ceny widział sam Zamawiający, bowiem w obu odpowiedziach na odwołanie z ostrożności wskazywał na przedwczesność oceny, że oferta Odwołującego nie jest rażąco niska. Ponadto, w przypadku odmiennej oceny dokonanej przez Izbę wyjaśnień ceny Odwołującego, Zamawiający wskazywał na zasadność prowadzenia dalszych czynności wyjaśniających.

Odnosząc się do pisma Zamawiającego „Odrzucenie oferty” to zgodzić się należy z Odwołującym, że uzasadnienie dotyczące rażąco niskiej ceny, nie zawiera żadnej argumentacji. Przy zdecydowanej większości pozycji Zamawiający wskazuje, że cena w danej pozycji jest zaniżona i według jego danych cena rynkowa jest wyższa, bądź cena nie obejmuje jakiegoś zakresu (co nie wynikało z wyjaśnień Odwołującego). Zamawiający nie wyjaśnił na jakiej podstawie uznał, że cena Odwołującego jest niedoszacowana i nierealna, skoro każda z pozycji została poparta ofertą podwykonawcy bądź kalkulacją własną Odwołującego w oparciu o dane z SEKOCENBUDU. Wydaje się że Zamawiający całkowicie pominął wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wraz ze szczegółową kalkulacją ceny i dowodami na poparcie jej realności.

Przedstawione podczas rozprawy dowody przez Zamawiającego w postaci kosztorysów szczegółowych dla określonych robót wraz z ofertami, nie stanowią potwierdzenia że cena Odwołującego jest rażąco niska. Izba podkreśla, że okoliczność, że Zamawiający dysponuje ofertami droższymi niż Odwołujący na wykonanie określonego zakresu robót, nie oznacza, że robót tych nie można wykonać za ceny niższe. Zamawiający przedłożył kosztorysy w oparciu o własne założenia, które na tym etapie postępowania mogły być różnie przyjęte przez wykonawców. Ponadto, w tych zakresach, w których Odwołujący złożył oferty potwierdzające możliwość wykonania robót za cenę w nich wskazaną, oraz kalkulację własną opartą o ceny z SEKOCENBUDU, w ocenie Izby wykazał realność zaoferowanej ceny, pod warunkiem, że zakres prac oraz rodzaj i jakość zastosowanych materiałów odpowiada wymaganiom określonym w SWZ.

Co do wartości wykonania płyty żelbetowej parkingu Zamawiający wskazał, że cena rynkowa jest trzykrotnie wyższa niż zaoferowana przez Odwołującego, bowiem przyjął on zbyt małą ilość zbrojenia. Wg analizy Zamawiającego potrzebna ilość zbrojenia do wykonania płyty będzie co najmniej 3-4 razy większa niż zaoferował Odwołujący.

Izba zwraca jednak uwagę, że informacja o potrzebnej ilości zbrojenia pojawiła się dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty, i nie była określona w dokumentacji zamówienia.

Ponadto, przebieg rozprawy wykazał szereg wątpliwości technicznych co do ilości zbrojenia wymaganego do

prawidłowego wykonania płyty parkingu, co w ocenie Izby generuje konieczność prowadzenia dalszych wyjaśnień ceny. Wyjaśnienia takie wydają się zasadne również w obliczu złożonej przez Zamawiającego opinii sporządzonej przez prof. dr hab. inż. H.Z. z Wydziału Inżynierii Lądowej Instytutu Dróg i Mostów Politechniki Warszawskiej jak i „Opinii Technicznej” z dnia 4 czerwca 2024 roku złożonej przez Odwołującego, sporządzonej przez prof. dr hab. inż. K.W., dr hab. inż. M.M. prof. PD oraz dr inż. B.S. z Wydziału Inżynierii Lądowej i Środowiska Politechniki Gdańskiej na okoliczność przyjętej ilości zbrojenia do wykonania płyty parkingi P1 poziom 6 i 7, które prowadzą do całkowicie odmiennych wniosków.

W zakresie wartości prac rozbiórkowych, Zamawiający w uzasadnieniu rażąco niskiej ceny odwołał się do niezgodnej z SWZ technologii przyjętej przez Odwołującego. W tym zakresie Izba przywołuje argumentację dla zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, wskazując na brak podstaw do uznania oferty Odwołującego za niezgodną z warunkami zamówienia.

W zakresie przyjętej przez Odwołującego technologii demontaży instalacji: tryskaczowych, hydrantowych, odwodnienia, elektrycznych i teletechnicznych, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wycofał się z zastrzeżeń podniesionych w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 29 kwietnia 2024 roku.

Reasumując powyższe, wskazać należy, że argumentacja Zamawiającego opiera się na odniesieniu do własnych założeń, pomijając okoliczność że inny wykonawca mógł skalkulować ofertę przyjmując inne założenia. Jeżeli Zamawiający nie wskazał jednego modelu obliczenia ceny oferty, to prawidłowość jej obliczenia pozostawiona została wykonawcy.

Nie jest zatem uprawnione twierdzenie przy obecnym stanie wyjaśnień ceny, cena zaoferowana przez Odwołującego, jest rażąco niska, a Odwołujący nie sprostął ciężącemu na nim obowiązкови wykazania że cena nie jest rażąco niska.

W tych okolicznościach potwierdził się więc zarzut zaniechania wezwania do złożenia dalszych wyjaśnień oraz zarzut prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1) 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).

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego co do podziału kosztów po połowie.

W ocenie Izby Zamawiający za wysoce prawdopodobne przyjmował, że Izba uwzględni odwołanie i nakaże Zamawiającemu dalsze prowadzenie czynności wyjaśniających. Do takich wniosków doprowadziła Izbę analiza odpowiedzi na odwołanie oraz przebieg rozprawy.

W tych okolicznościach, popartych wątpliwościami co do prawidłowej oceny wyjaśnień ceny Odwołującego, Zamawiający winien uwzględnić odwołanie przed otwarciem rozprawy. Wówczas nie ponosiłby kosztów postępowania odwoławczego. Wnoszenie o podział kosztów po połowie w przypadku jego uwzględnienia przez Izbę jest całkowicie nieuzasadnione.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

Przewodnicząca: