

Sygn. akt: KIO 1643/24
KIO 1651/24

WYROK

Warszawa, dnia **18 czerwca 2024 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff
Małgorzata Matecka
Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 i 13 czerwca 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A.w dniu 10 maja 2024 r. przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1643/24);

B.w dniu 10 maja 2024 r. przez wykonawcę **SKANSKA S.A. Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa** (sygn. akt: KIO 1651/24)

w postępowaniu prowadzonym przez **Legnicką Specjalną Strefę Ekonomiczną S.A., ul. Rycerska 24, 59-220 Legnica** przy udziale:

1. uczestnika po stronie odwołującego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 1643/24 - wykonawcy **SKANSKA S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa**

2. uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt: KIO 1643/24 - wykonawcy **STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 58, 53-012 Wrocław**

3. uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt: 1651/24:

A.wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**

B.wykonawcy **STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 58, 53-012 Wrocław**

orzeka:

KIO 1643/24

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **979 zł 80 gr** (słownie: dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na I termin rozprawy, kwotę **1459 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc czterysta pięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem noclegu jego pracowników w ramach I terminu rozprawy oraz kwotę **68 zł 00 gr** (słownie: sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem opłaty skarbowej od dokumentów pełnomocnictwa na I termin rozprawy;

2.2. zasądza od wykonawcy **BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa** a rzecz **Legnickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej S.A., ul. Rycerska 24, 59-220 Legnica** kwotę **5.234 zł 40 gr** (słownie: pięć tysięcy dwieście trzydzieści cztery złotych czterdzieści groszy) stanowiącą należną część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na I termin rozprawy, noclegu jego pracowników w ramach I terminu rozprawy oraz opłaty skarbowej od dokumentów pełnomocnictwa na I termin rozprawy.

KIO 1651/24

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu odwołania dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 128 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 58, 53-012 Wrocław w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu co do kadry, a zatem co dysponowania kierownikiem posiadającym 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno - budowlanej z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego i brak sprzeciwu.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 58, 53-012 Wrocław jako niezgodnej z warunkami zamówienia

i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 30 kwietnia 2024 r., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty

STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 58, 53-012 Wrocław jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 58, 53-012 Wrocław wynika, że zaoferował (wycenił) on materiał niezgodny z dokumentami zamówienia, zaoferował on materiał niedopuszczony w budownictwie kubaturowym, a Zamawiający nie dopuścił do tego, aby wykonawcy oferowali materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym.

3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

4. Kosztami postępowania obciąża Legnicką Specjalną Strefę Ekonomiczną S.A., ul. Rycerska 24, 59-220 Legnica i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SKANSKA S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę **979 zł 80 gr** (słownie: dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć złotych osiemdziesiąt groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem dojazdu na II termin rozprawy oraz kwotę **1318 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc trzysta osiemnaście złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem noclegu jego pracowników w ramach II terminu rozprawy;
- 4.2. zasądza od Legnickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej S.A., ul. Rycerska 24, 59-220 Legnica rzecz wykonawcy **SKANSKA S.A., Al. Solidarności 173 00-877 Warszawa** kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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**.

Przewodniczący:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 1643/24

KIO 1651/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wyrównanie terenu wraz z pracami towarzyszącymi obszaru o pow. ok. 50 ha zlokalizowanego w granicach LSSE podstrefa Środa Śląska i Miękinia”, Numer referencyjny postępowania: DII.261.1.2024.WW, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13.02.2024 r. pod nr OJ S 31/2024 90226-2024 przez: Legnicką Specjalną Strefę Ekonomiczną S.A., ul. Rycerska 24, 59-220 Legnica zwany dalej: „Zamawiającym”. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: „ustawy Pzp” albo „PZP” albo „pzp”.

D n i a 30.04.2024 r. (opublikowane na stronie internetowej prowadzonego postępowania: https://lsse.logintrade.net/zapytania_email,156401,2523d762d99e2eaf08f8d74efc7cf83c.html) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 58, 53-012 Wrocław zwanej dalej: „STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.” albo „Strabag” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24 oraz w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa zwana dalej: „BUDIMEX S.A.” albo „Budimex” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24” albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24”. Trzecią pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła firma: SKANSKA S.A., Al. Solidarności 173, 00-877 Warszawa zwana dalej: „SKANSKA S.A.” albo „Odwołującym w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24” albo „Przystępującym po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24”.

Na mocy zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z 22.05.2024 r. sprawy o sygn. akt: KIO 1643/24, sygn. akt: KIO 1651/24 zostały skierowane do łącznego rozpatrzenia.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24:

W dniu 10.05.2024 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) BUDIMEX S.A. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z 30.04.2024 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (e-mailem). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk") w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegających na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskaniu zamówienia) w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami informacji niezgodnych z prawdą (wprowadzających w błąd) w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w Wykazie osób złożonym w postępowaniu dotyczącym doświadczenia Pani R.S., co zagraża lub narusza interes wykonawców (w tym Odwołującego) składających ofertę w postępowaniu i zamawiającego, podczas gdy Pani R.S. w rzeczywistości nie posiada 5 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi, bowiem jest członkiem Izby Inżynierów Budownictwa dopiero od 1 października 2021 r., tym samym dopiero od momentu posiadania statusu członka izby (a nie samego momentu uzyskania uprawnień budowlanych) mogła kierować robotami budowlanymi. alternatywnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego powyżej:

art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, co do dysponowania Kierownikiem robót posiadającym 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, określonego w pkt 5.1.1.1. SWZ, podczas gdy wskazana w tym zakresie Pani R.S., wskazana w Wykazie osób, nie posiada 5 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi, bowiem jest członkiem Izby Inżynierów Budownictwa dopiero od 1 października 2021 r., tym samym dopiero od momentu posiadania statusu członka izby (a nie samego momentu uzyskania uprawnień budowlanych) mogła kierować robotami budowlanymi.

2) art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp i art. 462 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo, że treść oferty jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, bowiem z treści oferty (oświadczenia złożonego w Formularzu ofertowym - Załącznik nr 10 do SWZ) złożonej przez STRABAG wynika, że całość zamówienia ma zostać powierzona i zrealizowana przez podwykonawców, co jest niedopuszczalne w myśl art. 462 ust. 1 ustawy Pzp;

3) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk i art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5) i art. 15 ust. 2 uznk w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo, że jego oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji polegających na:

- podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskaniu zamówienia) w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami informacji niezgodnych z prawdą w Formularzu ofertowym i w wyjaśnieniach treści oferty złożonych przez STRABAG dotyczących przedstawienia nierealnego, niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji Etapu II ciągu zaledwie 10 tygodni od przekazania placu budowy, co zagraża lub narusza interes wykonawców (w tym Odwołującego) składających ofertę w postępowaniu i zamawiającego;

- utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, poprzez manipulację kryteriami oceny ofert, która doprowadziła do przyznania STRABAG maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert określonego w pkt 13 ppk 2.2) SWZ i wyboru oferty STRABAG jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że jest ona pozornie najkorzystniejsza, gdyż zaoferowany termin realizacji Etapu II jest nierealny, niemożliwy do dotrzymania, co zagraża lub narusza interes wykonawców (w tym Odwołującego) składających ofertę w postępowaniu i zamawiającego,

alternatywnie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu wskazanego powyżej:

art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe dokonanie oceny ofert/ STRABAG w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego nierealnego terminu realizacji Etapu II (pkt 13 ppk 2.2) SWZ), który został określony przez STRABAG na zaledwie 10 tygodni od przekazania placu budowy, a tym samym nieprawidłowe przyznanie najwyższej liczby punktów (15 pkt) temu wykonawcy w ramach tego kryterium i wyboru oferty STRABAG jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że jest ona pozornie najkorzystniejsza, gdyż zaoferowany termin realizacji Etapu II jest nierealny, niemożliwy do dotrzymania, a w konsekwencji niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza dla Zamawiającego;

4) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie szczegółowo opisanym w treści uzasadnienia niniejszego odwołania;

5) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 17

ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w zakresie szczegółowo opisanym w treści uzasadnienia niniejszego odwołania; co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania, a co zostało szczegółowo opisane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

W związku z powyższym wnosił o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty STRABAG i powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 2) odrzucenia oferty STRABAG na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu;
- 4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu

Na podstawie art. 534 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 535 ustawy Pzp wnosil o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów znajdujących się w treści uzasadnienia niniejszego odwołania, załączonych do odwołania lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

I. Kluczowe elementy stanu faktycznego

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wyrównanie terenu wraz z pracami towarzyszącymi obszaru o pow. ok. 50 ha zlokalizowanego w granicach LSSE podstrefa Środa Śląska i Miękinia”, numer referencyjny postępowania: DII.261.1.2024.WW.

2. W dniu 27.03.2024 r. STRABAG został wezwany do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 2 ustawy Pzp w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny (dalej: „Wezwanie 1”). W dniu 05.04.2024 r. STRABAG udzielił odpowiedzi na Wezwanie 1 (dalej: „Wyjaśnienia ceny”).

3. W dniu 27.03.2024 r. STRABAG został wezwany także do udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia terminu realizacji Etapu I i II zamówienia odpowiednio w terminie 6 tygodni i terminie 10 tygodni od daty przekazania placu budowy (dalej: „Wezwanie 2”). W dniu 03.04.2024 r. STRABAG udzielił odpowiedzi na Wezwanie 2 (dalej: „Wyjaśnienia oferty”).

4. W dniu 09.04.2024 r. Zamawiający wezwał STRABAG do złożenia podmiotowych środków dowodowych i JEDZ w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.

5. W dniu 30.04.2024 r. Zamawiający opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez STRABAG.

6. W ocenie Odwołującego, wybór oferty STRABAG jako najkorzystniejszej w postępowaniu narusza przepisy prawa, w szczególności ustawy Pzp, co uzasadnia konieczność złożenia niniejszego odwołania.

II. Złożenie oferty w warunkach nieuczciwej konkurencji / brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu / brak wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych

1. W dniu 09.04.2024 r. Zamawiający wezwał STRABAG do złożenia podmiotowych środków dowodowych i JEDZ w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, w tym Wykazu osób na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.1.1. SWZ. W odpowiedzi na to wezwanie STRABAG złożył Wykaz osób (Załącznik nr 6 do SWZ) wskazując w Lp. 3 tabeli Panią R. na funkcję Kierownika robót posiadającą uprawnienia budowlane i wymagane 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, którą STRABAG dysponuje na podstawie umowy zlecenia.

2. Zgodnie z informacjami posiadanymi przez Odwołującego, te jednoznaczne deklaracje dotyczące doświadczenia Pani R.S. są jednak niezgodne z rzeczywistością. Z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego wynika bowiem, że nie jest możliwe, aby Pani R.S. (Kościelak - nazwisko panińskie) posiadała wymagane minimum 5 lat doświadczenia. Z ogólnodostępnych informacji wynika, że osoba ta uprawnienia budowlane uzyskała co prawda od dnia 15.06.2016 r. (numer DOŚ/0045/WBKb/16), ale wpis na listę członków Izby Inżynierów Budownictwa (dalej jako: „PUB”) uzyskała dopiero od dnia 01.10.2021 r. (numer DOŚ/BO/0356/21). Tym samym dopiero od momentu posiadania statusu członka PIIB (a nie samego momentu uzyskania uprawnień budowlanych) mogła wykonywać oficjalnie, samodzielnie czynności polegające na kierowaniu budową lub robotami budowlanymi, a tym samym zdobywać doświadczenie w „kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej” (5 letnie doświadczenie). Taki był bowiem cel warunku udziału w postępowaniu (specjalność konstrukcyjno-budowlana - jedna osoba - zgodnie z tabelą w pkt 5.1.1.1. SWZ).

3. W tym miejscu Odwołujący wyjaśnia, że decyzja o nadaniu uprawnień budowlanych i o wpisie do centralnego rejestru osób posiadających uprawnienia budowlane (prowadzony przez Głównego Inspektora Nadzoru Budowlanego - system e-CRUB), jest niezbędna do uzyskania wpisu na listę członków samorządu zawodowego, a z kolei wpis na listę członków samorządu zawodowego (PUB) jest wymagany, aby pełnić samodzielne funkcje techniczne w budownictwie. Wynika to z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, m.in.:

1) art. 6 ust. 1 ustawy o samorządach zawodowych architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. z 2023 r. poz. 551 ze zm.) „Prawo wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie przysługuje wyłącznie osobom wpisanym na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego”

2) art. 12 ust. 7 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2023 r. poz. 682 ze zm.) (dalej: „Pr.bud.”) „Podstawę do wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie stanowi wpis na listę członków właściwej izby samorządu zawodowego potwierdzony zaświadczeniem wydanym przez tę izbę z określonym w nim terminem ważności”

4. Natomiast art. 12 ust. 1 Pr.bud. wskazano, że kierownik robót to samodzielna funkcja techniczna. Przepis ten zawiera definicję samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie, wskazując, że „Za samodzielną funkcją techniczną w

budownictwie uważa się działalność związaną z koniecznością fachowej oceny zjawisk technicznych lub samodzielnego rozwiązania zagadnień architektonicznych i technicznych oraz techniczno-organizacyjnych, a w szczególności działalność obejmującą:

- 1) projektowanie, sprawdzanie projektów architektoniczno-budowlanych i technicznych oraz sprawowanie nadzoru autorskiego;
- 2) kierowanie budową lub innymi robotami budowlanymi;
- 3) kierowanie wytwarzaniem konstrukcyjnych elementów budowlanych oraz nadzór i kontrolę techniczną wytwarzania tych elementów;
- 4) wykonywanie nadzoru inwestorskiego;
- 5) sprawowanie kontroli technicznej utrzymania obiektów budowlanych; (...)"

5. Powyższe potwierdza także dowód złożony przez Odwołującego (pkt 3 Załącznik nr 5 do odwołania), tj. Informacja z Dolnośląskiej Izby Inżynierów Budownictwa.

6. W praktyce oznacza to, że aby móc wykonywać samodzielnie czynności, nabywać doświadczenie jako kierownik budowy/kierownik robót, kierować robotami budowlanymi w danej specjalności nie wystarczy posiadać uprawnienia budowlane (posiadać decyzję o nadaniu uprawnień budowlanych), ale trzeba figurować w rejestrze - na liście członków PUB, być czynnym członkiem tego samorządu. Pani R.S. na dzień składania ofert (tj. dzień 22.03.2024 r.) mogła zatem legitymować się doświadczeniem w kierowaniu robotami budowlanymi o specjalności konstrukcyjno-budowlanej w wymiarze maksymalnie 2 lat i 6 miesięcy (liczone najwcześniej od dnia 01.10.2021 r.).

7. Poniżej Odwołujący przedstawia wyciągi z rejestru („Lista członków”) znajdującego się na oficjalnej stronie PUP, z którego wynika, że dopiero od dnia 01.10.2021 r. Pani R.S. oficjalnie stała się członkiem PUB (w tym rozpoczęła opłacanie składek OC). Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że wyszukiwanie w rejestrze Pani R.S. pod panieńskim nazwiskiem Kościelak potwierdziło wcześniejszy brak wpisów jako członek samorządu. W związku z powyższym Pani R.S. od momentu wpisu mogła wykonywać czynności jako kierownik budowy/robót, kierować robotami budowlanymi o specjalności konstrukcyjno-budowlanej (rozpocząć nabywanie doświadczenia).

Rys. 1 - numer wpisu na listę członkowską (numer DOŚ/BO/0356/21)

Rys. 2 - wpis na listę członkowską od 01.10.2021 r.

Rys. 3 - brak wpisu na listę członkowską na dzień 30.09.2021 r.

8. Pani R.S. stała się członkiem PIIB, tj. Dolnośląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa (Załącznik nr 5) oraz dowody potwierdzające, że nie jest i nie była wcześniej wpisana jako członek innej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa, tj. wielkopolskiej, lubuskiej, podkarpackiej, mazowieckiej, pomorskiej, podlaskiej, świętokrzyskiej, opolskiej (Załączniki nr 6-11 i Załącznik nr 16-17).

9. Odwołujący zaznacza także, że Zamawiający bardzo precyzyjnie i konsekwentnie formułował swoje wymagania względem doświadczenia, którym miałyby legitymować się osoba wskazana do pełnienia funkcji Kierownika robót. Jednocześnie, równie precyzyjnie Zamawiający określał też oczekiwany okres doświadczenia, wskazując na wymiar 5 lat. W ramach warunku udziału w postępowaniu, użyte zostało przy tym sformułowanie o konieczności pełnienia tak określonej funkcji „**przy kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej**” co stanowi wyraz jednoznacznego określenia zakresu zobowiązań, które oceniane mogłyby być przez pryzmat zdefiniowanych przez Zamawiającego wymagań.

10. Odwołujący podkreśla także, że rozumienie/interpretacja wymogu warunku przez profesjonalistę, a takim jest przedsiębiorca działający na rynku zamówień publicznych (STRABAG) powinna uwzględniać także treść przepisów prawa, które mają zastosowanie do poszczególnych wymagań stawianych przez Zamawiającego. W przedmiotowym przypadku literalna i celowościowa wykładnia treści wymagań Zamawiającego względem doświadczenia osoby dedykowanej do pełnienia samodzielnej funkcji Kierownika robót nie mogła budzić jakichkolwiek wątpliwości i kreowała jednoznaczne oczekiwania w tym zakresie, do których to wykonawcy uczestniczący w postępowaniu bezwzględnie powinni byli się zastosować. Osoba, która ma pełnić samodzielną funkcję kierownika robót o określonej specjalności (konstrukcyjno-budowlanej), musi zatem posiadać odpowiednie doświadczenie.

11. W wyroku KIO z 10.08.2020 r. (sygn. akt: KIO 1282/20) Izba wskazała, że „**Branża budowlana dysponuje szeroką gamą pojęć - zarówno ustawowych, jak i zwyczajowych, odnoszącą się m.in. do funkcji osób występujących w procesie budowlanym. I w przypadku, gdy dane pojęcie jest zdefiniowane w przepisach, co do zasady w takim znaczeniu jest używane. Zatem, gdy mowa o "kierowaniu" automatycznie nasuwa się rozumienie "być kierownikiem" - a jako że przy robotach budowlanych "kierownik" to kierownik budowy lub kierownik robót w rozumieniu ustawy Prawo budowlane, to pełnienie jednej z tych dwóch funkcji. Nazwanie swojego pracownika przez wykonawcę "kierownikiem" danych robót lub ich części, np. betoniarskich nie oznacza jeszcze, że pełnił on funkcję kierownika robót w znaczeniu powszechnie używanym w branży, tj. w rozumieniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie, o której mowa w ustawie Prawo budowlane. Podobnie jeśli chodzi o sferę zamówień publicznych (w której notabene przy robotach budowlanych używa się pojęć z zakresu ustawy Prawo budowlane i przepisów wykonawczych w znaczeniu nadanym przepisami - jeśli dany zamawiający nie zawrze w specyfikacji istotnych warunków zamówienia innej definicji danego pojęcia) i pojęć używanych w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, a od czasu**

wprowadzenia przepisu art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych - także kryteriów oceny ofert. W obu tych dziedzinach w momencie, gdy mowa jest o doświadczeniu osoby proponowanej na stanowisko kierownika robót budowlanych danej branży, bez dodatkowych wskazań, powszechnie rozumie się, że powinna posiadać doświadczenie w kierowaniu jako kierownik robót (w rozumieniu ustawy Prawo budowlane). Wynika to nie tylko z logiki działania podmiotu formułującego wymogi, którą powinien się wykazywać zamawiający, ale także ustawowego nakazu formułowania warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, wyrażonego w art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych. (...) Tym samym na gruncie warunku sformułowanego przez Zamawiającego nie można uznać, że rozumienie "kierowania" należy odnieść do jakiegokolwiek osoby o nieustalonym statusie i zakresie odpowiedzialności która "faktycznie" kierowała danymi pracami. Jeśli Zamawiający rzeczywiście dopuszczał dla proponowanego kierownika robót branży konstrukcyjno-budowlanej inne doświadczenie niż jako kierownika robót/budowy to powinien to wyraźnie wskazać, (...) Zamawiający mógłby oczywiście sformułować warunek udziału lub wymóg kryterium w sposób odmienny od wskazanego powyżej, dopuszczając też inne stanowiska, lecz - w opinii Izby - wymagałoby to jednoznacznego wskazania w warunku i kryterium oceny ofert. W przeciwnym wypadku nie wiadomo, jaka jest granica wymogu: kierownik robót, majster, brygadzysta, asystent kierownika, dyrektor, właściciel firmy wykonującej roboty, pracownik podwykonawcy, czy też osoba o nieustalonym statusie "faktycznym", ale "kierująca" kimś lub czymś w nieustalonym zakresie. Należy tu przyznać racie Odwołującemu, że w takim przypadku wykonawcy konkurowaliby osobami o nierównych kwalifikacjach. A także nie wiedzieliby a priori, przed oceną zamawiającego, odzie leży granica pomiędzy spełnieniem a niespełnieniem warunku lub wymogu kryterium. Naruszałoby to zarówno zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak też przejrzystość postępowania."

12.Co istotne, postanowienia dokumentacji postępowania nie zawierają w tym zakresie odrębnej definicji niż ta, którą należy wyinterpretować z przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Nie było w tym zakresie także pytań do Zamawiającego o wyjaśnienie treści warunku. Tym samym treść warunku była jednoznaczna dla uczestników postępowania (profesjonalistów) i nie budziło ich wątpliwości w jaki sposób należy obliczać termin doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi i co należy rozumieć przez doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi.

Czyn nieuczciwej konkurencji

13.Powyższe prowadzi do konkluzji, że STRABAG przedstawił nieprawdziwe informacje, złożył nieprawdziwe oświadczenie w treści Wykazu osób dotyczące spełnienia warunku udziału w postępowaniu, z którego wynika, że Pani R.S. nabyła wymagane przez Zamawiającego 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

14.Jednocześnie (jak wynika z analizy przeprowadzonej przez Odwołującego) są to informacje, które STRABAG był w stanie w bardzo łatwy sposób zweryfikować. STRABAG miał analogiczny dostęp do wszystkich danych związanych z doświadczeniem Pani R.S., jak Odwołujący, mogąc w sposób bezpośredni zweryfikować czasokres tego doświadczenia. Tym bardziej, że Pani R.S. od 2021 r. jest pracownikiem STRABAG (umowa zlecenie). STRABAG nie może zatem aktualnie zasłaniać się niewiedzą, bowiem nie zweryfikował nawet w minimalnym zakresie informacji zamieszczonych w Wykazie osób, a tym samym nie dochował właściwego w danych okolicznościach miernika staranności w zweryfikowaniu doświadczenia posiadanego przez Panią R..

15.Odnosząc się natomiast do stopnia zawinienia obciążającego STRABAG i ciążyących na nim obowiązków związanych z weryfikacją poprawności i rzetelności informacji przekazywanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący podnosił, że „**na podstawie art. 14 Pzp do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, a zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02).** Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 k.c. precyzuje, że **należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości**” (wyrok KIO z 20.03.2017 r., KIO 382/17).

16.Zgodnie z wyrokiem KIO z 02.04.2024 r. (sygn. KIO 802/24), **Za naruszenie prawa należy uznać czyn nieuczciwej konkurencji, jeżeli dzięki temu naruszeniu dopuszczający się do przedsiębiorstwa uzyskuje korzyści w sferze gospodarczej - w szczególności jeżeli wykonawca uzyskuje przewagę nad konkurentami w następstwie czego zaczyna**

zagrozić ich interesom. Natomiast zakaz naruszania dobrych obyczajów chroni przede wszystkim uczciwość we współzawodnictwie na rynku towarów i usług, czyli rzetelność w konkurencji (...) istotnym jest również, aby działanie wykonawcy stojące w sprzeczności z prawem lub dobrymi obyczajami powodowało powstanie stanu zagrożenia albo naruszenia interesu prawnego osób trzecich - innego przedsiębiorcy, czy zamawiającego, a także winien istnieć związek pomiędzy naruszeniem (powstaniem stanu zagrożenia), a zasługującym na ochronę interesem uczestnika rynku zamówień publicznych. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę celem potwierdzenia spełnienia wymagań postępowania dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które wymagają kierowania się prawdą. Działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nierzetelnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie posiada odpowiednich zdolności i kompetencji do jego zrealizowania. Zatem w ocenie Izby ustalony stan rzeczy należy także kwalifikować jako delikt wskazany w art. 3 ust. 1 uznk, co powoduje, że w postępowaniu doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 uznk. Skład orzekający dodaje także, iż podziela stanowisko odwołującego, że nie ma podstaw do wezwania przystępującego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 p.z.p. Nierzetelnego wykonawcę, który wprowadził zamawiającego w błąd, należy wyeliminować z postępowania. Wykonawca „złapany za rękę” nie może dostać szansy podjęcia działań naprawczych (...). Przyjęcie odmiennego stanowiska prowadziłoby do sytuacji niedającej się pogodzić z celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest wybór rzetelnego wykonawcy, w której wykonawca mógłby bezkarnie przedstawiać informacje wprowadzające w błąd, licząc na to, że nawet jeśli zamawiający posiada wiedzę, że został okłamany, to i tak będzie zobligowany do wezwania do uzupełnienia doświadczenia. Taka sytuacja byłaby nieakceptowalna z perspektywy całego systemu zamówień publicznych, oznaczałaby ona wręcz przyzwolenie na podawanie przez wykonawców nieprawdziwych informacji”.

17. Natomiast w wyroku z 21.02.2024 r. (sygn. akt: KIO 353/24) KIO, jednoznacznie wskazała, że „(...) oświadczenie nieprawdy w celu uzyskania zamówienia jest czynem nieuczciwej konkurencji. Wykonawca, który oświadcza nieprawdę, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. **Co więcej - narusza także interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z nieuczciwym wykonawcą tracą szansę na uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes Zamawiającego, który może udzielić zamówienia podmiotowi niemającemu odpowiednich kompetencji do jego zrealizowania. Spełniona jest więc dyspozycja art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy uznk.**”

18. Podkreślił, że aby można było mówić o złożeniu oferty przez Przystępującego w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegającym na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej niezgodnie z prawem i dobrymi obyczajami niezgodnych z prawdą informacji należy wykazać, że przedkładane dokumenty i oświadczenia zawierają nieprawdziwe informacje, ale ich przedłożenie jest nie musi być wynikiem zamiaru bezpośredniego (wykonawca wiedząc, że informacje są nieprawdziwe - chciał je przedłożyć) lub nawet zamiaru ewentualnego (wykonawca wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale wystarczy, że wykonawca przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził), ale wystarczy, że **też wykonawca uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych, przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, wykonawca nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł te możliwości przewidzieć** (w wyroku KIO z 21.02.2012 r., sygn. akt: KIO 264/12).

19. Odwołujący wskazuje zatem, że wymienione powyżej przesłanki oraz przesłanki określone wprost w art. 3 ust. 1 uznk zostały łącznie spełnione, bowiem:

- 1) przedstawione informacje dotyczące doświadczenia Pani R.S. są nieprawdziwe;
- 2) STRABAG mając dostęp do ogólnodostępnych danych PUB miał realną możliwość sprawdzić, że są one nieprawdziwe tym samym mógł przynajmniej przewidywać, że informacje nie są prawdziwe, a jeżeli nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, to powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (zweryfikować posiadane doświadczenie);
- 3) zachodzi obiektywna sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami - nie ma przy tym znaczenia ewentualna świadomość lub wina STRABAG;
- 4) STRABAG składając Wykaz osób i wskazując, że dysponuje osobą o odpowiednim doświadczeniu uzyskał przewagę nad konkurentami - oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - oraz uzyska korzyść w sferze gospodarczej (w tym korzyść finansową) - realizacja umowy za wynagrodzeniem wskazanym w ofercie i w przyszłości doświadczenie referencyjne do kolejnych postępowań o zamówienie publiczne;
- 5) działanie STRABAG było podjęte w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą;
- 6) Odwołujący i inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu utracili szansę na uzyskanie zamówienia w wyniku działania STRABAG polegającego na złożeniu oświadczenia niezgodnego ze stanem rzeczywistym (naruszenie interesu innego przedsiębiorcy);
- 7) Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy STRABAG, który nie dysponuje osobą o odpowiednim doświadczeniu do realizacji umowy (zagrożenie lub naruszenie interesu Zamawiającego, interesu publicznego).

20. Podanie nieprawdziwych informacji powinno skutkować odrzuceniem oferty STRABAG nawet jeżeli w warunkach postępowania Zamawiający nie przewidział wykluczenia wykonawców z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8)

lub pkt 10) ustawy Pzp. Wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie byli zobowiązani do złożenia innych dokumentów potwierdzających prawdziwość oświadczeń dotyczących spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a składanych w ramach Wykazu osób - doświadczenia zespołu osób, którymi dysponuje do realizacji zamówienia. Doświadczenie było zatem badane na podstawie oświadczeń Własnych wykonawców, tym samym bardzo istotna jest rzetelność składanych w tym zakresie oświadczeń, zgodnych ze stanem rzeczywistym. Działanie wykonawców, którzy składają oświadczenia niezgodne z prawdą (tj. wykonawcy STRABAG) powinno być takim przypadku sankcjonowane, a oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, bowiem została złożona jako czyn nieuczciwej konkurencji.

21.W ocenie Odwołującego, w niniejszym stanie faktycznym **opisując doświadczenie posiadane przez Panią.R., STRABAG posłużył się nieprawdziwymi informacjami, które nie mogą podlegać konwalidacji** Brak jest zatem podstaw do uznania, że Zamawiający powinien skorzystać z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwać wykonawcę STRABAG do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia Wykazu osób w zakresie Lp. 3 tabeli (do poprawienia błędu przez STRABAG). W takim przypadku będziemy mieli bowiem do czynienia z zastąpieniem nieprawdziwej informacji/oświadczenia prawdziwym, co należy uznać za niedopuszczalne i rażąco naruszające zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Prowadziłoby to także do uznania, że składanie nieprawdziwych oświadczeń jest dopuszczalne, dopóki inny wykonawca lub Zamawiający nie dowie się, że dane oświadczenie jest niezgodne ze stanem rzeczywistym, a nawet jeżeli złożenie nieprawdziwych informacji zostanie ujawnione to wykonawca nie poniesie z tego tytułu żadnych konsekwencji, bowiem zawsze będzie miał możliwość uzupełnić dokument, tj. złożyć nowe, prawdziwe oświadczenie.

22.Jak wskazała KIO w wyroku z 21.01.2022 r. (sygn. KIO 5/22) - brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej **weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu. Szczególne** znaczenie w tym kontekście należy przypisać oświadczeniom, na podstawie których oceniana jest podmiotowa sytuacja wykonawcy oraz przedmiotowa zgodność jego oferty z określonymi przez zamawiającego wymaganiami, cechami lub kryteriami. Od tych oświadczeń bowiem w głównej mierze zależy wynik postępowania (analogicznie w wyroku KIO z 21.02.2024 r., sygn. akt: KIO 353/24).

23.Potwierdza to KIO w wyroku z 21.02.2024 r. (sygn. akt: KIO 353/24) wskazując, że *Nie można uznać, że jeżeli Zamawiając nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informację w celu uzyskania zamówienia".*

24.Podobne stanowisko zajęła także KIO w wyroku z 15.03.2023 r. (sygn. akt: KIO 1160/23): *„Rację ma również Odwołujący, że oświadczenia Przystępującego odnośnie poz. 4 wykazu tak dalece odbiegały od rzeczywistości, że trzeba je uznać za informacje nieprawdziwe, a w ocenie składu orzekającego z art. 16 Prawa zamówień publicznych, stanowiącego podstawową zasadę udzielania zamówień publicznych - uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - można wywieść regułę, że nieprawdziwych informacji nie można zastąpić prawdziwymi. Reguła ta ma w ocenie składu orzekającego niezależnie od okoliczności, czy zamawiający przewidział w SWZ fakultatywną przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Prawa zamówień publicznych (czego w tym postępowaniu Zamawiający nie uczynił). (...). W ocenie składu orzekającego, przywołane wyżej fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy podlegają osobnej ocenie w ramach badania ewentualnych podstaw wykluczenia wykonawcy. Natomiast nie można przyjąć, że celem ustawodawcy było dopuszczenie podawania nieprawdziwych informacji w postępowaniach, w których zamawiający nie przewidział tychże fakultatywnych przesłanek wykluczenia, bowiem stoi temu na przeszkodzie art. 16 Prawa zamówień publicznych. Podobne stanowisko zaprezentowano również w ramach wyroku KIO z 15.05.2023 r. (sygn. akt: KIO 1208/23) oraz w niedawno wydanym w wyroku KIO z 02.04.2024 r. (sygn. akt: KIO 802/24).*

25.Przekładając powyższe na grunt przedmiotowego postępowania, **uwzględniając jednoznaczne postanowienia SWZ dotyczące wymagań związanych z doświadczeniem Kierownika robót, jednoznaczne oświadczenia STRABAG.** zdaniem Odwołującego omawiane deklaracje co do posiadanego doświadczenia i czasookresu tego doświadczenia przez Panią.R., wpisują się w definicję „informacji nieprawdziwej”. Sąd Najwyższy, w wyroku z 05.04.2002 r., definiował pojęcie „informacji prawdziwych” z uwzględnieniem znaczenia tego pojęcia zawartego w różnych aktach normatywnych, wskazując że: **„Pojęcia "prawda", "prawdziwy", bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie "prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z "faktami" i "danymi"). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.”** (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r., sygn. akt: II CKN 1095/99).W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się przy tym

wyrażnie, iż: „Zamawiający, oceniając, czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Do uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił” (wyrok KIO z 06.06.2019 r., sygn. akt: KIO 830/19).

26.Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego oferta STRABAG powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp, bowiem wykonawca ten przedstawił nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które to informacje nie mogą już podlegać konwalidacji, a przedstawił je w celu uzyskania zamówienia (korzyści majątkowej), a tym samym oferta STRABAG została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu

27.W przypadku uznania przez Izbę, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uzkn i art. 14 ust. 1 uzkn, Odwołujący wskazuje, że informacje podane pierwotnie przez STRABAG w Wykazie osób nie potwierdzają spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia, tym samym alternatywnie oferta powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp.

28.Pomimo, iż w przedmiotowym przypadku nie zostały zastrzeżone fakultatywne przesłanki wykluczenia zdefiniowane w art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy Pzp, wobec ewidentnego przekazania przez STRABAG informacji nieodpowiadających rzeczywistości, dotyczących doświadczenia Pani R.S. skorzystanie z dobrodziejstwa uzupełnienia dokumentów, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp powinno być wyłączone, z uwagi na podstawowe reguły prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w cytowanym powyżej wyroku informacji nieprawdziwej nie można zastąpić informacją prawdziwą, a dopuszczenie do takiej sytuacji całkowicie wypaczałoby intencje ustawodawcy opierające się na zasadzie równej i uczciwej konkurencji w ramach postępowań, w których wydatkowane są środki publiczne.

29.Niezależnie od powyższego, abstrahując też od intencjonalności działań STRABAG stopnia zawinienia istniejącego po jego stronie, sam fakt posłużenia się przez tego wykonawcę informacją nieprawdziwą/wywołującą mylne wrażenie o rzeczywistości, która miała znaczenie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jest zdaniem Odwołującego dyskwalifikujący, uniemożliwiający skorzystanie przez wykonawcę z dobrodziejstwa procedury uzupełniającej, o której mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

30.W konsekwencji, uznał, że STRABAG nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdefiniowanym w pkt 5.1.1.1. SWZ. Co za tym idzie, oferta STRABAG winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, z uwagi na brak wykazania dysponowania co najmniej jedną osobą pełniącą funkcję Kierownika robót z doświadczeniem co najmniej 5 lat w kierowaniu robotami budowlanymi o specjalności konstrukcyjno-budowlanej (pkt 5.1.1.1. SWZ)

III.Powierzenie wykonania całości zamówienia podwykonawcom

1.Zamawiający wymagał wskazania w pkt 7 Formularza ofertowego (Załącznik nr 10 do SWZ) części zamówienia, którą wykonawcy zamierzają powierzyć podwykonawcom.

2.STRABAG w złożonym Formularzu ofertowym wskazał co następuje:

Zakres	Podwykonawca (nazwa i adres, jeżeli jest znany)
prace przygotowawcze, gospodarka humusem, wody opadowe, zarurowanie rowu, roboty ziemne, rowy, roboty ziemne pod zbiornik, konstrukcja zbiornika, wloty i wyloty dla zbiornika	na etapie składania oferty nie jest znany

3.Z powyższego wynika, że STRABAG złożył oświadczenie, że cały zakres zamówienia zostanie powierzony podwykonawcom. Poniżej Odwołujący przedstawia zestawienie zakresu przedmiotu zamówienia przeznaczonego do realizacji zgodnie z SWZ (w tym przedmiar robót), a zakresem wskazanym przez STRABAG w treści oferty - Formularz ofertowy (Załącznik nr 10 do SWZ) jako przekazany do realizacji przez podwykonawcę/podwykonawców.W tym miejscu odwołania szczegółowe zestawienie zakresu przedmiotu zamówienia przeznaczonego do realizacji zgodnie z SWZ (w tym przedmiar robót), a zakresem wskazanym przez STRABAG w treści oferty - Formularz ofertowy/

4.Zgodnie z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć podwykonawcom do wykonania jedynie część przedmiotu zamówienia. Prawidłowa wykładnia art. 462 ust. 1 ustawy Pzp jest taka, że skoro wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, to nie może powierzyć wykonania całości zamówienia podwykonawcy/podwykonawcom.

5.W celu przestrzegania reguły określonej w art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, ustawodawca przewidział w art. 462 ust. 2 ustawy Pzp prawo Zamawiającego do żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie

zamierza powierzyć podwykonawcom, oraz podania nazw ewentualnych podwykonawców, jeżeli są już znani. Tym samym zobowiązał także Zamawiającego do weryfikacji oświadczeń składanych przez wykonawców w tym zakresie.

6. Natomiast jak wynika z lakonicznego wskazania zakresu podwykonawstwa przez STRABAG w treści oferty, całość zamówienia może być lub została de facto powierzona podwykonawcy, co wynika z przedstawionej powyżej przez Odwołującego analizy zakresu przedmiotu zamówienia i porównania z zakresem wskazanym jako powierzony podwykonawcom przez STRABAG. Akceptacja oferty STRABAG niesie dla Zamawiającego ryzyko, że powierzy on całość Zamówienia podwykonawcom, co byłoby wprost sprzeczne z ustawą Pzp.

7. STRABAG określił natomiast zakres podwykonawstwa w taki sposób, że Zamawiający zupełnie nie ma możliwości weryfikacji oferty w zakresie tego jaki faktycznie zakres został powierzony podwykonawcom i czy w rzeczywistości realizacja nie będzie zostanie powierzona w całości podwykonawcom (lub tylko w niewielkim wręcz marginalnym zakresie wykona zamówienie STRABAG).

8. Należy także podkreślić, że oświadczenie STRABAG dotyczące zakresu podwykonawstwa jest istotną częścią oferty, wyznacza bowiem zakres w jakim wykonawca STRABAG wykona przedmiot zamówienia samodzielnie. Nie można zatem samodzielnie domniemywać, że STRABAG zamierza wykonać roboty wprost nie zastrzeżone w Formularzu jako przekazane podwykonawcom.

9. W wyroku z 20.02.2027 r. (sygn. akt: KIO 236/17) KIO wskazała, że taki sposób rozumowania jest wadliwy, bowiem „skoro zamawiający nie zastrzegł żadnych kluczowych robót do osobistego wykonania przez wykonawcę, to odwołujący na podstawie złożonego oświadczenia - mógłby na podstawie art. 140 ust 1 Pzp - powierzyć całość robót podwykonawcom, czego ustawa Pzp nie dozwala.”

10. Za niedopuszczalne należy uznać także jakiegokolwiek dokonywanie zmiany oferty w tym zakresie, tj. dopisywanie lub wyłączanie z zakresu podwykonawstwa określonych prac na podstawie oświadczeń składanych przez STRABAG po terminie otwarcia ofert.

11. Dopuszczenie możliwości powierzenia przez wykonawcę realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy/podwykonawcom w istocie prowadziłoby do zmiany wykonawcy, co potwierdza wyrok KIO z 14.03.2023 r. (sygn. akt: KIO 539/23), gdzie Izba wskazała, że „*Literalna wykładnia art. 462 ust. 1 p.z.p. nie budzi wątpliwości interpretacyjnych, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne. Dopuszczenie możliwości zlecenia całości zamówienia publicznego podwykonawcy w istocie prowadziłoby do zmiany wykonawcy i godziłoby w fundamentalne zasady udzielania zamówień publicznych*” (...) Stwierdzić należy, iż złożone przez wykonawcę w ofercie oświadczenie woli co do zakresu podwykonawstwa wymaga oceny w określonych okolicznościach, w tym w kontekście ewentualnego naruszenia art. 462 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, a przewidziane art. 462 ust. 2 ustawy Pzp uprawnienie zamawiającego nie oznacza, iż treść Oferty dotycząca zakresu podwykonawstwa jest pomijalna”.

12. Powyższe stanowisko KIO znajduje potwierdzenie w wyroku SO w W-wie wydanym dnia 05.05.2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 11/21) (w wyniku skargi wniesionej na wyrok KIO z 07.12.2020 r. sygn. KIO 2971/20, KIO 2976), zachowującym aktualność na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, w którym sąd wskazuje, że „Podwykonawstwo całości zamówienia nie jest możliwe. Przyjęcie odmiennej interpretacji dopuściłoby sytuację, w których poprzez zlecenie realizacji całości zamówienia publicznego podwykonawcy, zamawiający de facto udzielałby zamówienia podwykonawcy, a nie wykonawcy - pomijając w ten sposób regulację prawa zamówień publicznych. A taka sytuacja byłaby niezgodna zarówno z zasadą udzielania zamówienia jedynie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa, jak i zasada transparentności. Oznaczałoby to również akceptację pozorności czynności złożenia oferty przez rzekomego wykonawcę przedmiotu zamówienia”.

13. Odwołujący nie podziela się także poglądu, jakoby oświadczenie dotyczące podwykonawstwa, zwłaszcza gdy udział podwykonawców warunkuje prawidłowość wykonania zamówienia, posiadało walor wyłącznie informacyjny, bowiem w takim przypadku nie byłoby możliwości weryfikacji i przestrzegania przez wykonawców zasady określonej w art. 462 ust. 1 ustawy Pzp i tego jaki podmiot faktycznie będzie realizował przedmiot zamówienia. Stanowisko to jest zgodne z orzecznictwem, przykładowo z wyrokiem KIO z 10.01.2013 r. (sygn. akt: KIO 2854/12), zachowującym aktualność, w którym Izba wskazała, że „*Nie podziela się poglądu, jakoby oświadczenie dotyczące podwykonawstwa, zwłaszcza gdy udział podwykonawców warunkuje prawidłowość wykonania zamówienia, posiadało walor wyłącznie informacyjny. Podważa to sens art. 36 ust. 4 p.z.p., jak i innych przepisów dotyczących niezmienności oferty i związania wykonawcy oferta rozumianego jako wypełnienie wszystkich zapisów wynikających z jej treści.* (...) Obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, co wskazuje na **istotny charakter oświadczenia w tym zakresie jako dotyczącego sposobu planowanego wykonania zamówienia**”.

14. Podobne stanowisko zajęła KIO, w wyroku z 14.06.2021 r. (sygn. akt: KIO 1264/21), gdzie wskazała, że „*Oświadczenie co do tego, jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, a więc oświadczenie referujące do sposobu wykonania zamówienia, jest oświadczeniem, które nie tylko merytorycznie kształtuje treść oferty, ale ma również wpływ na proces badania oferty*”.

15. Tym samym STRABAG swoim działaniem dokonał obejścia przepisów ustawy Pzp, tj. postąpił wbrew regule określonej w art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że jego oferta jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp.

IV. Nierealny termin realizacji Etapu II zamówienia / Czyn nieuczciwej konkurencji

1. Zgodnie z pkt 13 SWZ Zamawiający ustanowił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) Kryterium ceny - cena brutto 70 %
- 2) Kryterium pozacenowe (jakościowe):
 - a) termin realizacji Etap 1-15 %
 - b) termin realizacji Etap II -15 %

2. Niniejszy zarzut odnosi się do kryteriów pozacenowych, tj. kryterium terminu realizacji Etapu II zamówienia, którego waga została określona na 15 % (pkt 13 ppkt 2.2) SWZ). Zgodnie z pkt 13 ppkt 2.2) SWZ termin miał zostać wyrażony w tygodniach przy założeniu, że oferowany termin realizacji nie może być dłuższy niż 20 tygodni.

3. Zamawiający w pkt 4 Formularza ofertowego (Załącznik nr 10 do SWZ) wymagał wskazania terminu realizacji Etapu II. STRABAG w treści Formularza ofertowego oświadczył, że wykona wszelkie prace przewidziane w ramach realizacji Etapu II w terminie 10 tygodni. Takie oświadczenie wzbudziło wątpliwość Zamawiającego, który dnia 27.03.2024 r. zwrócił się do STRABAG na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty m.in. w tym zakresie i potwierdzenia, że faktycznie w takim terminie będzie realizował prace, tj. 10 tygodni od przekazania placu budowy.

4. Zamawiający w treści Wezwania 2 wskazał co następuje „W związku z zaoferowanym przez Państwa terminem realizacji obejmującym łącznie 10 tygodni realizacji umowy proszę o potwierdzenie, że prawidłowo rozumieją Państwo termin wykonania - tak jak to wskazał Zamawiający w SWZ, tzn. na wykonanie I etapu jest 6 tygodni od daty przekazania placu budowy, a na wykonanie II etapu 10 tygodni od daty przekazania placu budowy. Zamawiający ma obawę, że mogło dojść do nieprawidłowego zrozumienia zapisów i założenia, że liczenie terminu II etapu rozpoczyna się po zakończeniu I etapu, co byłoby sprzeczne z literalnym zapisem zawartym w SWZ.”

5. W odpowiedzi na powyższe wezwanie, STRABAG złożył Wyjaśnienia oferty, z których wynikało potwierdzenie skróconych terminów realizacji zamówienia wskazanych w ofercie i jednocześnie jednoznaczne oświadczenie, że „prace budowlane etap II - etap II wykonany zostanie przez STRABAG w terminie 10 tygodni od daty przekazania placu budowy”.

6. W ocenie Odwołującego termin realizacji Etapu II podany przez STRABAG jest nierealny, tj. nie jest możliwe wykonanie wszystkich prac przewidzianych w ramach Etapu II w terminie zaledwie 10 tygodni od przekazania placu budowy. Co też potwierdza już sama reakcja Zamawiającego (wezwanie do wyjaśnienia oferty) na tak złożone oświadczenie wykonawcy STRABAG.

7. Odwołujący dokonał szczegółowej analizy możliwości realizacji Etapu II w terminie wskazywanym przez STRABAG (10 tygodni). Poniżej Odwołujący przedstawia argumentację, z której wynika zakres prac, które należy wykonać w ramach Etapu II, ich kolejność oraz odpowiednio terminy realizacji poszczególnych prac/czynności (z uwzględnieniem wiedzy i doświadczenia Odwołującego), zachowania zasad bezpieczeństwa, norm i sztuki budowlanej oraz czasochłonności (pracy ludzkiej i wydajności sprzętu) realizacji poszczególnych prac, która ma zasadniczy wpływ na realizację prac w ramach Etapu II.

8. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający w Wezwaniu 1 (dot. ceny oferty) zażądał od STRABAG wyjaśnień dotyczących „1. Używanego sprzętu i zastosowanych materiałów - minimum.: rur, wlotów - wylotów, ogrodzenia systemowego, kruszywa wymaganego do realizacji robót”. Z Wyjaśnień ceny STRABAG nie wynika jednak iż zaoferowany sprzęt o wskazanej wydajności, będzie realnie mógł zrealizować roboty budowlane we wskazanym w ofercie terminie (Etap II).

9. Zdaniem Wykonawcy zaoferowany przez STRABAG czas realizacji przedmiotu zamówienia (Etap II) nie spełnia także wymagań w zakresie przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy. Nie jest bowiem możliwe, iż na ograniczonym terenie placu budowy zgodnym z opisem przedmiotu zamówienia i/lub decyzją o pozwoleniu na budowę, istnieje możliwość wprowadzenia nieograniczonej liczby sprzętu/urządzeń, celem spełnienia założeń technologicznych i realizacji w terminie określonym przez STRABAG. Właśnie ze względu na bezpieczne prowadzenie prac liczba sprzętu/urządzeń jednocześnie poruszająca się po budowie jest znacznie ograniczona, co w konsekwencji decyduje o terminie realizacji prac.

10. W tym miejscu Odwołujący wskazuje, że także otrzymał wezwanie do wyjaśnień ceny i udziału odpowiedzi na analogiczne pytanie Zamawiającego. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu w swoich wyjaśnieniach złożonych dnia 05.04.2024 r. (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) m.in.:

1) tabelaryczne zestawienie jednostek sprzętowych przyjętych, które Odwołujący zamierza użyć do realizacji zadania z podziałem na zadania oraz tygodnie.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił

- Tabela nr 1: Fragment odpowiedzi Budimex na wezwanie w zakresie ceny oferty z 05.04.2024 r.

2) skrócony projekt technologiczny, wskazujący m.in. założenia oraz sposób realizacji robót, a w szczególności załącznik graficzny (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania), który schematycznie przedstawia planowany przez Budimex schemat realizacji robót budowlanych, w tym działki robocze (obszary pracy jednostek sprzętowych) zapewniające bezpieczne prowadzenie prac.

11. Mając na uwadze, że sposób realizacji robót, sposób wykorzystania maszyn i ich wydajność mają znaczący wpływ na oszacowanie terminu realizacji poszczególnych etapów zamówienia (w tym Etapu II) Odwołujący dokonał analizy

poprawności przyjętych przez STRABAG założeń dotyczących wydajności sprzętu, w kontekście terminu realizacji robót.

12.W przygotowanej analizie wzięto pod uwagę wskazany w założeniach STRABAG termin wykonania robót dla Etapu 1-6 tygodni oraz dla Etapu II - 10 tygodni, przyjmując jednocześnie założenie, że w tych terminach muszą zostać wykonane wszystkie prace oraz przyjęto kolejność/następstwo wykonywanych robót. Założenia przyjęto na podstawie:

1)wskazanych przez STRABAG wydajności maszyn budowlanych (zgodnie z Załącznikiem nr 1 (część tajna) szczegółowa kalkulacja pozycji - dokument znajduje się w dokumentacji postępowania), bowiem w ramach składanych przez siebie wyjaśnień ceny STRABAG wskazał wydajności prac sprzętu:

/W tym miejscu odwołania stosowna tabela – L.p.35 (IL.14) Wykonanie dokopów z wbudowaniem pozyskanego materiału w nasyp/

2)pracochłonności (czasu pracy) wynikającego z następstwa robót i dostępności frontów - wyliczono konieczną do wykonania liczbę zespołów sprzętowych, a w konsekwencji konieczną liczbę maszyn budowlanych. (STRABAG w złożonych przez siebie wyjaśnieniach ceny nie wskazał liczby zespołów sprzętowych wymaganych dla realizacji robót zgodnie z zapisami SWZ oraz formularzem ofertowym.). STRABAG w swoich wyjaśnieniach ceny wskazał jedynie skład jednego zespołu sprzętowego niezbędnego do realizacji danego asortymentu robót, ale nie wskazał planowanej, szacowanej lub założonej faktycznej liczby zespołów sprzętowych - wielokrotności jednego zespołu sprzętowego, niezbędnymi celem zrealizowania zadania w terminach wskazanych w formularzu ofertowym (Etap 1-6 tygodni, Etap II - 10 tygodni);

13. Odwołujący dokonał wyliczeń na podstawie założeń przyjętych przez STRABAG, tj. liczba maszyn budowlanych to wynik pomnożenia: liczby zespołów sprzętowych x liczbie poszczególnych maszyn w jednym zespole sprzętowym (z uwzględnieniem współczynnika wydajności kluczowej maszyny).

14.Odwołujący do odwołania przedkłada Tabelę sprzętu (Załącznik nr 12) będącą podsumowaniem przyjętych przez STRABAG sprzętów ich zaangażowania (udziałów jednym zespole sprzętowym) oraz wydajności dla poszczególnych pozycji Tabeli Ofertowej (poniżej wyciąg z tabeli sprzętu): / W tym miejscu odwołania stosowny wyciąg z tabeli sprzętu/

15.W załączniku nr 1 do wyjaśnień ceny (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) STRABAG przypisał do każdego sprzętu jednego operatora, tym samym zakładając prace w systemie jednozmianowym.

/W tym miejscu odwołania stosowna tabela – L.p.35 (IL.14) Wykonanie dokopów z wbudowaniem pozyskanego materiału w nasyp/

16.W związku z tym Odwołujący do założeń przyjął pracę operatorów po 12 godzin dziennie (wydłużony czas pracy) przy zachowaniu 11 godzin dobowego odpoczynku oraz po pół godziny na dojazd na budowę i powrót. Biorąc powyższe pod uwagę fakt przysługujących pracownikom przerw w pracy tj. min. 15 minut przerwy śniadaniowej oraz 30 minut przerwy obiadowej rzeczywisty czas pracy wynosi ok. 11 godzin.

17.Odwołujący wskazuje również, że pragnie podkreślić, iż analizie poddał kluczowe pozycje dla realizacji robót. Nieuwzględnienie robót m.in. dotyczących zbiornika, było zabiegiem kluczowym, gdyż z punktu widzenia strategii realizacji prac, nie są to roboty znajdujące się na ścieżce krytycznej tzn. nie wpływają one bezpośrednio na końcowy termin realizacji robót.

18.W ramach analizy koniecznym było, określenie wymaganej ilości maszyn budowlanych. Odwołujący do odwołania przedkłada Załącznik nr 13 - Określenie ilości maszyn.W dokumencie tym, którego fragment Odwołujący zamieszcza poniżej w Tabeli nr 5 oraz Tabeli nr 6 Odwołujący na podstawie założonej przez STRABAG wydajności ilości robót do wykonania (w tym tam gdzie STRABAG wykazywał zmienną wydajność dla jednego zespołu sprzętowego, przyjęto wydajność kluczowego sprzętu w myśl technologii realizacji robót budowlanych), wskazuje co następuje:

- **wyliczona** czasochłonność (ilość robót do wykonania podzielona przez wydajność)

Przykład: $917/25=36,68$ (patrz Tabela nr 5)

- **wymagana liczba dni pracy sprzętu**, którego ilość powstaje przez podzielenie czasochłonności przez liczbę dni (zgodnie z opisanymi powyżej założeniami dotyczącymi dziennego czasu pracy, który przyjęto w ilości 11h)

Przykład: $36,68/11=3,33$ (patrz Tabela nr 5)

- **roboczo dni**, których ilość powstaje przez pomnożenie ilości przez wymaganą ilość dni pracy sprzętu

Przykład: $1 \times 3,33 = 3,33$ (patrz Tabela nr 5)

/W tym miejscu odwołania - Tabela nr 5: Fragment Określenia ilości maszyn [załącznik nr 13 do odwołania -str. 1]

- **współczynnik wydajności kluczowej maszyny**, którego wartość powstaje przez podzielenie wydajność kluczowej maszyny przez wydajność danego sprzętu, a dane przyjmowane są zgodnie z Tabelą sprzętu [Załącznik nr 12]

Przykład dla wozidla: $280/65=4,31$ (patrz Tabela nr 6 oraz Tabela nr 7)

/W tym miejscu odwołania - Tabela nr 6: Fragment Tabeli sprzętu [Załącznik nr 12 - str. 1]

- **roboczo dni**, dla przypadku z kluczową maszyną, którego ilość powstaje przez pomnożenie ilości przez współczynnik wydajności kluczowej maszyny przez wymaganą ilość dni pracy sprzętu

Przykład dla wozidla: $1 \times 4,31 \times 77,59=334,23$ (patrz Tabela nr 7)

/W tym miejscu odwołania - Tabela nr 7: Fragment Określenia ilości maszyn [Załącznik nr 13 - str. 2]

19.W przypadkach, gdy ze względu na ograniczenia realizacyjne np. założony termin realizacji robót, wymagane przerwy technologiczne dodatkowo obliczono:

- maksymalny czas pracy,
- **ilość zespołów**, którego ilość powstaje przez podzielenie wymaganej ilości dni pracy sprzętu (roboczo dni) (E.) przez maksymalny czas pracy (G.)

Przykład: $123,94/42=3,0$ (patrz Tabela nr 8)

- **liczbę maszyn budowlanych**, dla przypadku z kluczową maszyną, którego ilość powstaje przez przemnożenie ilości zespołów (H.) przez współczynnik wydajności kluczowej maszyny

Przykład dla wozidła: $3 \times 1,33=3,9$ (patrz Tabela nr 8)

W tym miejscu odwołania - Tabela nr 8: Fragment Określenia ilości maszyn [Załącznik nr 13 - str. 3]

20. Na podstawie powyższych założeń i obliczeń Odwołujący sporządził dwa harmonogramy realizacji zamówienia tj. Harmonogram nr 1 - niemożliwy do zrealizowania, który powstał w oparciu o przyjęte przez STRABAG wydajności oraz założony i oferowany termin realizacji 10 tygodni (Załącznik nr 14) oraz Harmonogram nr 2 - możliwy do zrealizowania, który w oparciu o przyjęte przez STRABAG wydajności oraz przez zmianę terminu realizacji robót wyliczeniu go na 16 tygodni (Załącznik nr 15). Poniżej dla ułatwienia interpretacja załączonych do niniejszego odwołania Harmonogramów nr 1 i nr 2, Odwołujący przedstawia niezbędne wyjaśnienia.

Harmonogram nr 1

21. Największe wzmożenie prac przypada na okres 2-6 tydzień (111-115 sztuk sprzętu budowlanego) ze szczególnym nasileniem w 3 tygodniu prac (165 sztuk sprzętu budowlanego), co wynika z pracy na wszystkich platformach P1, P2 i P3 oraz prac na dokopie.

22. Analizie poddano prawidłowość przyjętych wydajności **dla sprzętów budowlanych wynikającą z terminu** w korelacji do dostępnej powierzchni terenu budowy.

Powierzchnia działek roboczych, na której mogą znajdować się maszyny wynosi:

Platforma P1 - 151 592,0 m² Platforma P2 - 172 890,0 m² Platforma P3 - 187 301,0 m²

Dokop - 158 002,0 m²

Suma - 669 785,0 m² (P)

23. Należy jednak uwzględnić zmniejszenie powierzchni działek roboczych (P) w związku z koniecznością wykonania rowów okalających oraz skarp wykopów - minimum 10%, stąd **faktyczna powierzchnia działek roboczych (P1)** wynosi:

$669\,785\text{m}^2 - 10\% = 602\,807\text{m}^2$ powierzchni robót.

24. Kolejny aspekt konieczny do wzięcia pod uwagę przy sprawdzeniu przyjętych wydajności to konieczność **wykonania wzmocnienia/uszlachetnienia 70% gruntów** [zgodnie z założeniem STRABAG poz. II 14 - Załącznik nr 1 do wyjaśnień ceny STRABAG - dokument w dokumentach postępowania] Oznacza to, że na 70% powierzchni warstw budowanych platform P1, P2 i P3, **będzie stale wyłączonych z produkcji na okres dojrzewania stabilizacji** do czasu odbioru przez nadzór inwestorski ilość ta wynosi (P3): $P2 (460\,605) \times 70\% = 322\,423\text{m}^2$ powierzchni robót (P3)

25. **Pozostaje więc** powierzchni dostępnej dla potrzeb budowy platform i pracy na dokopie:

669 785 m² suma platform i dokopu (P)

- 66 978 m² powierzchnia skarp i rowów (10% x P)

- 322 423 m² powierzchni stabilizowanych fP31

280 384 m² powierzchni dostępnej do pracy sprzętu budowlanego

26. Wychodząc z powyższych danych porównano przyjętą przez STRABAG wydajność spycharki, tj. 280 m³/h w korelacji do ilości zespołów wynikającej z tej wydajności, do dostępnej ilości placu roboczego. W 3 tygodniu z największym zaangażowaniem sprzętu pracować będzie 130 szt. maszyn. Przyjmując miarodajną wydajność spycharki tj. 280 m³/h, która może wbudowywać 0,5 m warstwy nasypu, **w ciągu zmiany roboczej uzyskano 6160 m² powierzchni koniecznych do wykonanych nasypów.**

$280\text{m}^3 \times 0,5\text{m} \times 11\text{h} = 6160\text{m}^2$

27. Należy dodać, iż założona 0,5 m warstwa nasypu, jest maksymalną jaką może wykonawca szacować. Na podstawie doświadczenia Odwołujący wskazuje, iż niejednokrotnie inwestorzy ograniczają grubość wbudowywanej warstwy do 0,3-0,4 m, ze względu na możliwości technologiczne poprawnego zagęszczenia materiału nasypowego.

28. Powierzchnia dostępnego terenu do prac 280 384 m² przy zaangażowaniu 130 szt. jednostek sprzętu budowlanego w trzecim 3 tygodniu prac, daje 2157 m² miejsca roboczego dla jednej maszyny.

$280\,384\text{m}^2 / 130\text{szt.} = 2\,157\text{m}^2$ miejsca dla maszyny

29. **Porównując te dwie wielkości (2 157 m² do 6 160 m²) wynika, że dostępne miejsce dla spycharki to blisko 1/3 z przyjętej przez STRABAG wydajności.** Wskazuje to jednoznacznie, iż w założonym terminie nie ma przestrzeni (miejsca) na realizację robót w założonych przez STRABAG ilościach. Wymagany jest bowiem codzienny wykonywanie ponad 6,2 tys. m² nasypu, jednakże na dostępnym terenie, celem zachowania zasad bezpieczeństwa maksymalna ilość możliwego do wykonania nasypu to jedynie 2,2 m².

30. W 2, 4 i 5 tygodniu będzie pracować od 83 do nawet 100 jednostek sprzętu budowlanego na powierzchni dostępnego terenu. Powierzchnia dostępnego terenu do prac to 280 384 m² przy zaangażowaniu minimum 83 szt. sprzętu budowlanego w okresie 2, 4 i 5 tygodnia prac, daje 3 378 m² miejsca roboczego dla jednej maszyny.

280 384 m² / 83szt. = 3 378 m² miejsca dla maszyny.

31. Porównując tą wartość do przyjętej wydajności spycharki 6160 m² wynika, że dostępne miejsce dla spycharki to blisko 1/2 z przyjętej przez STRABAG wydajności. Wskazuje to jednoznacznie, iż w założonym terminie nie ma przestrzeni (miejsca) na realizację robót w założonych przez STRABAG ilościach. Wymagany jest bowiem codziennie wykonywanie we wskazanych tygodniach blisko ponad 6,2 tys. m² nasypu, jednakże na dostępnym terenie, celem zachowania zasad bezpieczeństwa maksymalna ilość możliwego do wykonania nasypu to jedynie 3,4 tys. m².

32. W ocenie Odwołującego założenia STRABAG dotyczące przyjętych wydajności zaoferowanym okresie realizacji (10 tygodni - Etap II) są nie realne do wykonania, a przyjęte zaangażowanie sprzętowe nie pozwala na w pełni wydajną pracę.

Harmonogram nr 2:

33. W ocenie Odwołującego celem określenia możliwego do realizacji robót harmonogramu, zgodnego z zasadami bezpieczeństwa pracy, należy przyjąć połowę wydajności spycharki w tygodniach 2, 4 i 5 co oznacza wydłużenie czasu realizacji prac o 3 tygodnie oraz przyjąć zmniejszenie o 1/3 wydajności spycharki w trzecim (3) tygodniu, co spowoduje wydłużenie czasu realizacji prac o kolejne 2 tygodnie.

34. Należy podkreślić, że powyższe przyjęto dla idealnych warunków pogodowych oraz przy braku awarii sprzętowych oraz nie zakładając przestojów na czas odbiorów przez nadzór wykonanych warstw. Prawdopodobnie przyjęty termin powinien zawierać wymienione rezerwy, co zdaniem Odwołującego wymusza przyjęcie dodatkowo jednego tygodnia rezerwowego (rezerwy czasowej).

35. Gdyby uwzględnić błędnie wyliczoną przez STRABAG wydajność (zbyt dużą w stosunku do możliwego obszaru realizacji prac) oraz rezerwy czasowe otrzymamy Harmonogram z 16 tygodniowym okresem realizacji prac (Etap II), co jest zgodne z założeniami przyjętymi przez Odwołującego 10 tyg. (podstawowe założenie STRABAG) + 3 tyg. (dodatkowe tygodnie przyjęcia poprawnej wydajności - za 2, 4 i 5 tygodni) + 2 tyg. (dodatkowe tygodnie przyjęcia poprawnej wydajności za 3 tygodni) + 1 tydz. rezerwy czasowej = 16 tygodni wykonania prac.

36. Podsumowując zdaniem Odwołującego termin realizacji wskazany przez STRABAG jest nie realny do wykonania, co wynika głównie ze wskazanych przez STRABAG założeń wydajnościowych sprzętu.

37. Złożone wyjaśnienia dotyczące rażąco niskiej ceny przez STRABAG, pozwoliły doświadczonemu wykonawcy - Odwołującemu, na szczegółową analizę możliwej realizacji prac przyjmując wskazane w wyjaśnieniach wydajności sprzętowe. Pomimo, iż STRABAG nie przedłożył, szczegółowych wyjaśnień w zakresie poprawności kalkulacji sprzętu, w tym technologii prowadzenia prac, graficznego schematu realizacji robót, Zamawiający przyjął jego wyjaśnienia.

38. Z powyższego jednoznacznie wynika, że STRABAG nie będzie w stanie zrealizować wszystkich prac w ramach Etapu II w terminie zaledwie 10 tygodni. Co więcej, w ocenie Odwołującego STRABAG pominął część prac niezbędnych do wykonania w ramach Etapu III w związku z tym nie uwzględnił w ofercie odpowiedniego czasu na ich realizację przy wyliczeniu minimalnego terminu realizacji Etapu II.

39. Nadto, podkreślenia wymaga, że pozostali wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu zaoferowali **16 tygodni** na realizację Etapu II (tj. Odwołujący, Skanska S.A.) lub **aż 20 tygodni** (maksymalny możliwy termin), tj. Konsorcjum w składzie: MIRBUD S.A. i KOBYLARNIA S.A. Jednocześnie termin 16 tygodni uwzględnia wszystkie zdefiniowane konieczne prace dla prawidłowej realizacji Etapu II zamówienia, tym samym jest realny i możliwy do dotrzymania.

40. Co prawda, Zamawiający nie wprowadził minimalnego terminu realizacji Etapu II, a jedynie maksymalny, który nie może przekraczać 20 tygodni. Taka okoliczność nie może jednak być interpretowana w oderwaniu od postanowień dokumentacji postępowania, a w szczególności zakresu przedmiotu zamówienia jaki w tym terminie należy wykonać. Niewprowadzenie minimalnego terminu na realizację Etapu I i II nie zwalniało Zamawiającego z oceny zgodności oferowanego terminu (jego realności) jak również oceny oferty pod kątem czynu nieuczciwej konkurencji, tym bardziej, że Zamawiający sam miał wątpliwości (obawy) co do terminu wskazanego przez STRABAG w ofercie. Termin realizacji robót (Etap I i Etap II) stanowił, aż 30 % kryterium oceny ofert, Zamawiający powinien zatem szczegółowo przeanalizować poprawność przyjętych przez wykonawców założeń w kontekście wymagań SWZ. W tym przypadku Zamawiający zaniechał uzyskania szczegółowych wyjaśnień co do poprawności oszacowania terminów realizacji zamówienia, w szczególności w zakresie terminu Etapu II, który budził jego obawy, a zażądał jedynie lakonicznego potwierdzenia, że termin ten został w sposób prawidłowy zinterpretowany przez wykonawcę STRABAG.

41. Z analizy Odwołującego (w tym także na podstawie oferty złożonej przez STRABAG) nie można wysnuć żadnych obiektywnych, merytorycznych podstaw do uznania, że tylko jeden z wykonawców posiada tak zindywidualizowane uwarunkowania, pozwalające mu zoptymalizować (przyspieszyć) prace w ramach Etapu II do tego stopnia, że wykona je aż o 6 - 10 tygodni szybciej niż pozostali wykonawcy (posiadającymi wieloletnie doświadczenie i wiedzę, będącymi profesjonalistami na rynku).

42. W ocenie Odwołującego, zadeklarowanie nierealnego terminu wykonania Etapu II stanowi informację nieprawdziwą/ niezgodną ze stanem rzeczywistym. Jednocześnie na podstawie tego nieprawdziwego oświadczenia Zamawiający dokonał badania i oceny oferty STRABAG przyznając temu wykonawcy aż 15 pkt w ramach kryterium oceny ofert, a w konsekwencji uznając ofertę STRABAG za najkorzystniejszą w postępowaniu. Zaoferowanie tak krótkiego terminu realizacji Etapu II, w ocenie Odwołującego, było spowodowane wyłącznie dążeniem do sztucznego zawyżenia punktacji

przyznawanej w ramach kryterium oceny ofert, uzyskania przewagi prowadzącego do udzielenia zamówienia STRABAG, a nie faktyczną możliwością realizacji Etapu II zamówienia w terminie zaledwie 10 tygodni.

43. Jak już wcześniej wskazywał Odwołujący takie działanie należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta STRABAG została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji polegających na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskaniu zamówienia) w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami informacji niezgodnych z prawdą w Formularzu ofertowym i w wyjaśnieniach treści oferty złożonych przez STRABAG dotyczących nierealnego terminu realizacji Etapu II w ciągu zaledwie 10 tygodni od przekazania placu budowy, co zagraża lub narusza interes wykonawców (w tym Odwołującego) składających ofertę w postępowaniu.

44. Potwierdza to orzecznictwo KIO w wyroku z 01.12.2016 r. (sygn. KIO 2184/16): „Termin realizacji zamówienia był tym elementem oferty, który znacząco wpływa na ostateczną ocenę ofert, zatem weryfikacja tego terminu pod kątem ewentualnego czynu nieuczciwej konkurencji jest istotnym obowiązkiem Zamawiającego. (...) Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 15 ust. 2 pkt 1 tej ustawy, czynem nieuczciwej konkurencji jest m.in. utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez działanie mające na celu wymuszenie na klientach wyboru jako kontrahenta określonego przedsiębiorcy, co może polegać w szczególności na ograniczeniu w istotny sposób lub wyłączeniu możliwości dokonywania przez klienta zakupu u innego przedsiębiorcy. W ocenie Izby złożenie przez Konsorcjum A.P.N. P. i Konsorcjum A. ofert z jednodniowym terminem realizacji zamówienia wyczerpuje znamiona wskazanych w przywołanych wyżej przepisach czynów nieuczciwej konkurencji. (...) Złożenie oferty jedynie z pozoru najkorzystniejszej, o której od początku wiadomo, że nie będzie mogła być wykonana na warunkach, które zdecydowały o jej wyborze, bez wątplenia stanowi naruszenie dobrych obyczajów i prowadzi do naruszenia interesu wykonawców oferujących realne warunki wykonania zamówienia, pozbawiając ich de facto możliwości konkurencji w przetargu”.

45. Argumentacja przywołana przez Odwołującego w ramach zarzutu dotyczącego złożenia nieprawdziwego oświadczenia w zakresie doświadczenia Pani R.S. znajduje zatem odpowiednie zastosowanie także w przypadku złożenia oświadczenia dotyczącego nierealnego terminu realizacji zamówienia (Etapu II).

46. Nawiązując zatem do orzecznictwa KIO przywołanego w ramach powyższego zarzutu Odwołujący wskazuje, że także w tym przypadku zostały spełnione wszystkie przesłanki z art. 3 ust. 1 uznk, bowiem:

1) przedstawione informacje dotyczące terminu realizacji Etapu II są nieprawdziwe, tj. nie jest możliwe zrealizowanie tego etapu prac w tak krótkim terminie;

2) zachodzi obiektywna sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami - nie ma przy tym znaczenia ewentualna świadomość lub wina STRABAG;

3) STRABAG jako profesjonalny i doświadczony wykonawca składając takie oświadczenie je potwierdzając w ramach Wyjaśnień oferty działał w ramach zamiaru bezpośredniego (wiedząc, że informacje są nieprawdziwe - chciał je przedłożyć) lub nawet zamiaru ewentualnego (wprawdzie nie chciał przedłożyć nieprawdziwych informacji, ale wystarczy, że przewidywał realną możliwość, że są one nieprawdziwe i na to się godził - przewidywał, że nie jest w stanie wykonać wszystkich prac w 10 tygodni), bądź uświadamiał sobie możliwość przedłożenia informacji nieprawdziwych (niedotrzymania terminu 10 tygodni), przy jednoczesnym przypuszczeniu, że nie zostanie to ujawnione, albo wreszcie, nie przewidywał możliwości przedłożenia nieprawdziwych informacji, chociaż powinien i mógł tę możliwość przewidzieć (jako profesjonalny wykonawca)

4) STRABAG uzyskał realną przewagę nad konkurentami - otrzymał maksymalną liczbę punktów w ramach kryterium oceny ofert, oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - oraz uzyska korzyść w sferze gospodarczej (w tym korzyść finansową) - realizacja umowy za wynagrodzeniem wskazanym w ofercie i w przyszłości doświadczenie referencyjne do kolejnych postępowań o zamówienie publiczne;

5) działanie STRABAG było podjęte w związku z wykonywaną działalnością gospodarczą;

6) Odwołujący i inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu utracili szansę na uzyskanie zamówienia w wyniku działania STRABAG polegającego na złożeniu oświadczenia niezgodnego ze stanem rzeczywistym (naruszenie interesu innego przedsiębiorcy);

7) Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy STRABAG, który pomimo złożonego oświadczenia nie będzie w stanie wykonać zamówienia w tak krótkim terminie (zagrożenie lub naruszenie interesu Zamawiającego, interesu publicznego).

47. Mając powyższe na uwadze oferta STRABAG powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk, art. 14 ust. 1 uznk, art. 15 ust. 1 pkt 5) i art. 15 ust. 2 uznk.

V. Niezgodność oferty STRABAG z warunkami zamówienia / Oferta STRABAG zawierająca rażąco niską cenę

1. Z protokołu zamówienia przekazanego Odwołującemu wynika, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 80.000.000,00 złotych brutto (17 252 162 euro). W postępowaniu ofertę złożyło czterech wykonawców. Ceny za realizację zamówienia wynikające ze złożonych ofert kształtują się następująco:

1) STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., ul. Wyścigowa 58, 53-012 Wrocław, REGON: 010663804, cena za zamówienie podstawowe: 34 829 151,64 zł, cena za zamówienie objęte prawem opcji: 6 150,00 zł - 97,50 pkt.

2)BUDIMEX S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, REGON: 010732630, cena za zamówienie podstawowe: 44 586 443,15 zł, cena za zamówienie objęte prawem opcji 32 830,79 zł - 79,03 pkt.

3)Skanska S.A., Aleja „Solidarności” 173, 00-877 Warszawa, REGON: 630782880, cena za zamówienie podstawowe: 85 770 243,70 zł, cena za zamówienie objęte prawem opcji 22 256,30 zł - 50,30 pkt.

4)Konsorcjum firm: MIRBUD S.A., ul. Unii Europejskiej 18, 96-100 Skierniewice, REGON: 750772302 oraz KOBYLARNIA S.A., ul. Zakole 1, 86-061 Brzoza, REGON: 091631706, cena za zamówienie podstawowe: 117 716 449,65 zł* cena za zamówienie objęte prawem opcji: 553 500,00 zł - 37,49 pkt.

2.Zamawiający dnia 27.03.2024 r. skierował do STRABAG wezwanie na podstawie art. 224 ust.2 ustawy Pzp do wyjaśnienia ceny oferty i przedstawienia dowodów.

3.Po dokonaniu analizy złożonych przez STRABAG dokumentów, Zamawiający doszedł najwyraźniej do wniosku, że wyjaśnienia są wystarczające do uznania, że oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej, tj. wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę, a oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący nie zgadza się z taką oceną oferty STRABAG.

4.W ocenie Odwołującego oferta złożona przez STRABAG jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący w niniejszym punkcie odniesie się i uzasadni swoje stanowisko dla tych trzech zarzutów, z uwagi na fakt, że są one ze sobą merytorycznie i formalnie powiązane.

WYCENA POZYCJI III.13 02. SKARPY ZBIORNIKA O POCHYLENIU 1:2

5.Zgodnie ze stanowiącą załącznik do Oferty - „Przedmiar - Tabela Ofertowa” pozycja III.13 (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) zakres zamówienia obejmuje wykonanie poniższego zakresu robót:

„02. SKARPY ZBIORNIKA O POCHYLENIU 1:2: geokrata przestrzenna o wysokości 25cm wypełniona kruszywem - kamieniem hydrotechnicznym 31,5/63 zgodnym PN-EN 13383-1:25cm, balast z kruszywa - kamienie hydrotechniczny 31,5/63 zgodnym PN-EN 13383-1: 110 cm E2 ≥ 80MPa, $l_{\leq 2,2}$, $l_{s \geq 1,00}$, geowłóknina separująca x 2 minimum 250g/m2, wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m, membrana PEHD 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013, geowłóknina separująca minimum 250g/m2, wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m, podłoże gruntowe E2 ≥ 80MPa, $l_{\leq 2,2}$, $l_{s \geq 1,00}$.”

6.Wynika to także, że specyfikacji STWiORB pkt VIII D-06.01.01 (Rowy i zbiorniki) stanowiącej opis przedmiotu zamówienia (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania):

02. SKARPY ZBIORNIKA O POCHYLENIU 1:2:

- geokrata przestrzenna o wysokości 25cm wypełniona kruszywem - kamieniem hydrotechnicznym 31,5/63 zgodnym PN-EN 13383-1:25cm,
- balast z kruszywa - kamienie hydrotechniczny 31,5/63 zgodnym PN-EN 13383-1: 110cm E2 ≥ 80MPa, $l_{\leq 2,2}$, $l_{s \geq 1,00}$,
- geowłóknina separująca x 2 minimum 250g/m2, wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- membrana PEHD 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013,
- geowłóknina separująca minimum 250g/m2, wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- podłoże gruntowe E2 ≥ 80MPa, $l_{\leq 2,2}$, $l_{s \geq 1,00}$.

7.Mając powyższe na uwadze, każdy wykonawca był zobligowany uwzględnić w kalkulacji ceny oferty w tej pozycji następujący materiał:

- geokratę** przestrzenną o wysokości 25cm
- kruszywo** do wypełnienia geokraty - kamień hydrotechniczny 31,5/63 zgodny z PN-EN 13383-1: 25cm
- kruszywo** stanowiące balast - kamień hydrotechniczny 31,5/63 zgodnym PN-EN 13383-1: E2 ≥ 80MPa, $l_{\leq 2,2}$, $l_{s \geq 1,00}$,
- geowłókninę separującą x 2** minimum 250g/m2, wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- membranę** PEHD 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013,
- geowłókninę separującą** minimum 250g/m2, wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,

8.Jak wynika natomiast z Wyjaśnień ceny (z 27.03.2024 r.) złożonych przez wykonawcę STRABAG w „Załączniku nr 1 (część tajna) szczegółowa kalkulacja pozycji” (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) STRABAG przedstawił poniższą kalkulację dla tego zakresu:

W tym miejscu odwołania kalkulacja dla L. p. 56 (III.13) 02. SKARPY ZBIORNIKA O POCHYLENIU 1:2

9.Z powyższego wynika, że STRABAG uwzględnił w wycenie poz. III. 13 02. Skarpy zbiornika o pochyleniu 1:2 **jedynie 2 warstwy geowłókniny po cenie jednostkowej 3,19 zł/m2 co dało koszt 6.38 zł.** Jak wynika jednak z postanowień dokumentacji postępowania przywołanej powyżej Wykonawca zobowiązany był uwzględnić w tej pozycji ułożenie **łącznie 3 warstw geowłókniny co powinno dać koszt dla tego materiału w wysokości 3x3,19 zł/m2= 9.57 zł/m2.**

W tym miejscu odwołania tabela przedstawiająca różnice w koszcie materiału.

10.Nadto, Odwołujący wskazał, że w tym zakresie przy kalkulacji ceny oferty nie należy ograniczać się wyłącznie do określenia kosztów tylko jednej dodatkowej warstwy materiału. Dodatkowo należy pamiętać, iż w kalkulacji nie uwzględniono także wpływu dodatkowego materiału na koszt robocizny (dodatkowego czasu pracy), co również daje realną zmianę kosztu i wartości ceny oferty STRABAG wynikającej ze wskazanej powyżej pozycji. Ułożenie dodatkowej warstwy geowłókniny niewątpliwie ma wpływ na czas realizacji robót, a więc także na koszty pośrednie kalkulowane w

ofercie STRABAG (oferowany czas realizacji zamówienia).

11. Poniżej, dla porównania, Odwołujący przedstawia zestawienie cen jednostkowych dla pozycji III.13 wskazanych przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu (dokumenty znajdują się w dokumentacji postępowania - Przedmiary - Tabele ofertowe złożone przez wykonawców).

W tym miejscu odwołania stosowne zestawienie.

12. Mając powyższe na uwadze, wskazał, że wykonawca STRABAG nie uwzględnił w ofercie kluczowych do realizacji zamówienia materiałów (odpowiedniej liczby warstw geowłókniny), tym samym oferta STRABAG jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały w sposób jednoznaczny opisane przez Zamawiającego. Brak uwzględnienia odpowiedniej liczby warstw geowłókniny wskazuje także na brak skalkulowania kosztu w tym zakresie, co oznacza, że oferta STRABAG w tej pozycji zawiera rażąco niską cenę (są to materiały kluczowe do realizacji zamówienia).

WYCENA POZYCJI III.14 03. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WŁOTU 4x800mm

13. Zgodnie ze stanowiącą załącznik do Oferty - „Przedmiar - Tabela Ofertowa” pozycja III. 14 (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) zakres zamówienia obejmuje wykonanie poniższego zakresu robót:

„03. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WŁOTU 4x800mm: gabiony sztywne (zgrzewane) h=0,50- 1,36m, zgodne z PN-EN 10223-8 balast z betonu cementowego C30/37, W12, F150: 95cm, 2x geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m, membrana PEHD 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013, geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m, podłoże gruntowe E2 ≥ 80MPa, I₀ ≤ 2,2, I_s ≥ 1,00”

14. Wynika to także, że specyfikacji STWiORB pkt VIII D-06.01.01 (Rowy i zbiorniki) stanowiącej opis przedmiotu zamówienia (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania):

03. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WŁOTU 4x800mm:

- gabiony sztywne (zgrzewane) h=0,50-1,36m, zgodne z PN-EN 10223-8,
- balast z betonu cementowego C30/37, W12, F150: 95cm,
- 2x geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- membrana PEHD 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013,
- geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- podłoże gruntowe E2 ≥ 80MPa, I₀ ≤ 2,2, I_s ≥ 1,00.

15. Mając powyższe na uwadze, każdy wykonawca był zobligowany uwzględnić w kalkulacji ceny oferty w tej pozycji następujący materiał:

- gabiony sztywne (zgrzewane) h=0,50-1,36m, zgodne z PN-EN 10223-8,
- beton cementowy C30/37, W12, F150: 95cm stanowiący balast
- **geowłókninę separującą x2** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- **membranę PEHD 1,5mm** zgodna z PN-EN 13361:2013,
- **geowłókninę separującą** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m.

16. Jak wynika natomiast z Wyjaśnień ceny (z 27.03.2024 r.) złożonych przez wykonawcę STRABAG w „Załączniku nr 1 (część tajna) szczegółowa kalkulacja pozycji” (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) STRABAG przedstawił poniższą kalkulację dla tego zakresu:

W tym miejscu odwołania kalkulacja dla L. p. 57 (III.14) 03. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WŁOTU 4x800mm

17. Z powyższego wynika, że STRABAG nie uwzględnił w wycenie poz. III.14 03. „Dno zbiornika w rejonie wlotu 4x800mm” materiałów takich jak:

- **geowłóknina separująca x2** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- **membrana PEHD 1,5mm** zgodna z PN-EN 13361:2013,
- **geowłóknina separująca** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m.

W tym miejscu odwołania tabela przedstawiająca koszt materiałów nieuwzględnionych.

18. Nadto, Odwołujący wskazał, że w tym zakresie przy kalkulacji ceny oferty nie należy ograniczać się wyłącznie do określenia kosztów samego nieuwzględnionego materiału. Dodatkowo należy pamiętać, iż w kalkulacji nie uwzględniono także wpływu dodatkowego materiału na koszt robocizny (dodatkowego czasu pracy), co również daje realną zmianę kosztu i wartości ceny oferty STRABAG wynikającej ze wskazanej powyżej pozycji. **Ułożenie dodatkowej warstwy geowłókniny niewątpliwie ma wpływ na czas realizacji robót, a więc także na koszty pośrednie kalkulowane w ofercie STRABAG (oferowany czas realizacji zamówienia).**

19. Poniżej, dla porównania, Odwołujący przedstawia zestawienie cen jednostkowych dla pozycji III. 14 wskazanych przez pozostałych wykonawców, którzy złożyli ofertę w postępowaniu (dokumenty znajdują się w dokumentacji postępowania - Przedmiary - Tabele ofertowe złożone przez wykonawców).

W tym miejscu odwołania stosowne zestawienie.

20. Mając powyższe na uwadze, wskazał, że wykonawca STRABAG nie uwzględnił w ofercie kluczowych do realizacji zamówienia materiałów, tym samym oferta STRABAG jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały w sposób jednoznaczny opisane przez Zamawiającego. Brak uwzględnienia odpowiedniej ilości materiałów wskazuje także na brak skalkulowania kosztu w tym zakresie, co oznacza, że oferta STRABAG w tej pozycji zawiera rażąco niską cenę (są to materiały kluczowe do realizacji zamówienia).

WYCENA POZYCJI III.15 04. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 2x800mm

21. Zgodnie ze stanowiącą załącznik do Oferty - „Przedmiar - Tabela Ofertowa” pozycja III.15 (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) zakres zamówienia obejmuje wykonanie poniższego zakresu robót:

„04. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 2x800mm: gabiony sztywne (zgrzewane) h=0,76- 0,86m, zgodne z PN-EN 10223-8, balast z betonu cementowego C30/37, W12, F150: 95cm, 2x geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m, membrana PEHD 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013, geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m, podłoże gruntowe E2 ≥ 80MPa, $l_{o\leq 2,2}$, $l_{s\geq 1,00}$ ”

22. Wynika to także, że specyfikacji STWiORB pkt VIII-06.01.01 (Rowy i zbiorniki) stanowiącej opis przedmiotu zamówienia (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania):

04. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 2x800mm:

- gabiony sztywne (zgrzewane) h=0,76-0,86m, zgodne z PN-EN 10223-8,
- balast z betonu cementowego C30/37, W12, F150: 95cm,
- 2x geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m,
- membrana PEHD 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013,
- geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m,
- podłoże gruntowe E2 ≥ 80MPa, $l_{o\leq 2,2}$, $l_{s\geq 1,00}$.

23. Mając powyższe na uwadze, każdy wykonawca był zobligowany uwzględnić w kalkulacji ceny oferty w tej pozycji następujący materiał:

- gabiony sztywne (zgrzewane) h=0,76-0,86m, zgodne z PN-EN 10223-8,
- beton cementowy C30/37, W12, F150: 95cm stanowiący balast
- **geowłókninę separującą x2** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m,
- **membranę PEHD 1,5mm** zgodna z PN-EN 13361:2013,
- **geowłókninę separującą** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m.

24. Jak wynika natomiast z Wyjaśnień ceny (z 27.03.2024 r.) złożonych przez wykonawcę STRABAG w „Załączniku nr 1 (część tajna) szczegółowa kalkulacja pozycji” (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) STRABAG przedstawił poniższą kalkulację dla tego zakresu:

W tym miejscu odwołania kalkulacja dla L. p. 58 (III.15) 04. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 2x800mm

25. Z powyższego wynika, że STRABAG nie uwzględnił w wycenie poz. III. 15 04 „Dno zbiornika rejonie wlotu 2x800mm” materiałów takich jak:

- **geowłóknina separująca x2** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m,
- **membrana PEHD 1,5mm** zgodna z PN-EN 13361:2013,
- **geowłóknina separująca** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m

W tym miejscu odwołania tabela przedstawiająca koszt materiałów nieuwzględnionych.

26. Nadto, Odwołujący wskazuje, że w tym zakresie przy kalkulacji ceny oferty nie należy ograniczać się wyłącznie do określenia kosztów samego nieuwzględnionego materiału. Dodatkowo należy pamiętać, iż w kalkulacji nie uwzględniono także wpływu dodatkowego materiału na koszt robocizny (dodatkowego czasu pracy), co również daje realną zmianę kosztu i wartości ceny oferty STRABAG wynikającej ze wskazanej powyżej pozycji. **Ułożenie dodatkowej warstwy geowłókniny niewątpliwie ma wpływ na czas realizacji robót, a więc także na koszty pośrednie kalkulowane w ofercie STRABAG (oferowany czas realizacji zamówienia).**

27. Mając powyższe na uwadze, wskazał, że wykonawca STRABAG nie uwzględnił w ofercie kluczowych do realizacji zamówienia materiałów, tym samym oferta STRABAG jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały w sposób jednoznaczny opisane przez Zamawiającego. Brak uwzględnienia odpowiedniej ilości materiałów wskazuje także na brak skalkulowania kosztu w tym zakresie, co oznacza, że oferta STRABAG w tej pozycji zawiera rażąco niską cenę (są to materiały kluczowe do realizacji zamówienia).

WYCENA POZYCJI III.16 05. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 500mm

28. Zgodnie ze stanowiącą załącznik do Oferty - „Przedmiar - Tabela Ofertowa” pozycja III.16 (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) zakres zamówienia obejmuje wykonanie poniższego zakresu robót:

„05. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 500mm: materac gabionowy sztywny (zgrzewany) h=0,50m, zgodne z PN-EN 10223-8, balast z betonu cementowego C30/37, W12, F150: 95cm, 2x geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m, membrana PEHD 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013, geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i wszerz 19kN/m,

podłoże gruntowe $E2 \geq 80\text{MPa}$, $l_{o\leq 2,2}$, $l_{s\geq 1,00}$ "

29. Wynika to także, że specyfikacji STWiORB pkt VIII D-06.01.01 (Rowy i zbiorniki) stanowiącej opis przedmiotu zamówienia (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania):

05. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 500mm:

- materac gabionowy sztywny (zgrzewany) $h=0,50\text{m}$, zgodne z PN-EN 10223-8,
- balast z betonu cementowego C30/37, W12, F150:95cm,
- 2x geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- membrana PEHD 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013,
- geowłóknina separująca minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- podłoże gruntowe $E2 \geq 80\text{MPa}$, $l_{o\leq 2,2}$, $l_{s\geq 1,00}$.

30. Mając powyższe na uwadze, każdy wykonawca był zobligowany uwzględnić w kalkulacji ceny oferty w tej pozycji następujący materiał:

- materac gabionowy sztywny (zgrzewany) $h=0,50\text{m}$, zgodne z PN-EN 10223-8,
- beton cementowy C30/37, W12, F150: 95cm stanowiący balast
- **geowłókninę separującą x2** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- **membranę PEHD** 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013,
- **geowłókninę separującą** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m.

31. Jak wynika natomiast z Wyjaśnień ceny (z 27.03.2024 r.) złożonych przez wykonawcę STRABAG w „Załączniku nr 1 (część tajna) szczegółowa kalkulacja pozycji” (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) STRABAG przedstawił poniższą kalkulację dla tego zakresu:

W tym miejscu odwołania kalkulacja dla L. p. 59 (III. 16) 05. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 500mm.

32. Z powyższego wynika, że STRABAG nie uwzględnił w wycenie poz. III. 16 05. „Dno zbiornika w rejonie wylotu 500mm 2x800mm” materiałów takich jak:

- **geowłóknina separująca x2** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,
- **membrana PEHD** 1,5mm zgodna z PN-EN 13361:2013,
- **geowłóknina separująca** minimum 250g/m², wytrzymałość na rozciąganie wzdłuż i szerz 19kN/m,

W tym miejscu odwołania tabela przedstawiającą koszt materiałów nieuwzględnionych.

33. Nadto, Odwołujący wskazał, że w tym zakresie przy kalkulacji ceny oferty nie należy ograniczać się wyłącznie do określenia kosztów samego nieuwzględnionego materiału. Dodatkowo należy pamiętać, iż w kalkulacji nie uwzględniono także wpływu dodatkowego materiału na koszt robocizny (dodatkowego czasu pracy), co również daje realną zmianę kosztu i wartości ceny oferty STRABAG wynikającej ze wskazanej powyżej pozycji. Ułożenie dodatkowej warstwy geowłókniny niewątpliwie ma wpływ na czas realizacji robót, a więc także na koszty pośrednie kalkulowane w ofercie STRABAG (oferowany czas realizacji zamówienia).

34. Zaoferowana przez STRABAG cena jest zatem nieadekwatna do przedmiotu zamówienia oraz nie pozwala na prawidłową, kompleksową i pełną realizację zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia wynikającymi z dokumentów zamówienia oraz udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania zadane do treści dokumentów zamówienia.

35. Brak uwzględnienia odpowiedniej ilości materiałów, głównych materiałów, niezbędnych do realizacji zamówienia, stanowiących podstawowy składnik ceny całkowitej za realizację przedmiotu zamówienia wskazuje na brak skalkulowania kosztu w tym zakresie, co oznacza, że oferta STRABAG zawiera rażąco niską cenę (są to materiały kluczowe do realizacji zamówienia).

36. Mając powyższe na uwadze, wskazał, że wykonawca STRABAG nie uwzględnił w ofercie kluczowych do realizacji zamówienia materiałów, tym samym oferta STRABAG jest niezgodna z warunkami zamówienia, które zostały w sposób jednoznaczny opisane przez Zamawiającego i zawiera cenę rażąco niską bowiem nie uwzględnia kosztów tych materiałów.

Uwagi prawne

37. Pojęcie „rażąco niskiej ceny” nie zostało rzecz jasna ustawowo zdefiniowane. W świetle ugruntowanego orzecznictwa i dorobku doktryny, należy jednak uznać, że ceną rażąco niską jest cena, za którą nie jest możliwe wykonanie zamówienia w należyty sposób i która wskazuje na zamiar realizacji zamówienia poniżej kosztów własnych wykonawcy. Innymi słowy rażąco niska cena generuje ryzyko niemożliwości realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

38. Jako przykład orzeczniczy ugruntowujący wskazane powyżej tezy wskazać można na wyrok KIO z 01.04.2011 r. (sygn. akt: KIO 586/11) „*rażąco niską ceną będzie taka cena, która nie gwarantuje, przy znanych wartościach składowych, jej elementach kalkulacyjnych realizacji zamówienia w sposób bezpieczny i niezakłócony, która nie daje pewności, że zamówienie zostanie wykonane należyście i w sposób założony przez Zamawiającego*”.

39. W wyroku z dnia 11.04.2023 r. (sygn. akt: KIO 740/23): „*Wyjaśnianie ceny oferty lub ceny elementów oferty nie jest czynnością dokonywaną ze względów czysto formalnych, ale ma na celu ochronę zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości z powodu niedoszacowania ceny oferty przez wykonawcę. Stąd od wykonawcy podnoszącego zarzut należałoby oczekiwać wykazania, że wadliwe wycenienie ceny realizacji zamówienia może mieć*

negatywny skutek dla wykonania umowy, biorąc pod uwagę wymagania Zamawiającego stawiane przedmiotowi zamówienia w SWZ".

40. Warto przywołać także stanowisko KIO zawarte w wyroku z 29.01.2020 r. (sygn. akt. KIO 97/20): „zamawiający zobowiązany jest do sprawdzenia, czy cena oferty obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony przez wykonawcę zakres wymagań, określony w postępowaniu w szczególności, czy uwzględnia wszystkie elementy cenotwórcze konieczne do prawidłowego wykonania zamówienia”.

41. Przy tym podkreślił, 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 ustawy Pzp. Przepis ten ma zatem zapobiegać wybieraniu ofert, które nie dają pewności, że zamówienie zostanie wykonane w całości i terminowo, a także 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.

42. Biorąc pod uwagę fakt braku jednoznacznego zdefiniowania pojęcia rażąco niskiej ceny, a także fakt konieczności dążenia do zabezpieczenia prawidłowości wydatkowania środków publicznych, procedura weryfikacji prawidłowości i rzetelności kalkulacji ofertowej **wdrożona musi być w każdym przypadku gdy pojawiają się wątpliwości czy zaoferowana przez wykonawcę cena nie jest ceną rażąco niską**. Każdorazowo punktem wyjścia do oceny czy cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej jest więc szacunkowa wartość zamówienia określona przez zamawiającego (co miało w szczególności miejsce w niniejszym postępowaniu), a także ceny zawarte w ofertach złożonych przez pozostałych wykonawców w postępowaniu. W tym postępowaniu Zamawiający wdrożył mechanizm weryfikacji prawidłowości ceny oferty złożonej przez STRABAG, jednakże po dokonaniu badania podjął błędne wnioski, których efekt (wybór oferty najkorzystniejszej) stanowią jedną z podstaw niniejszego odwołania.

43. Przekładając powyższe na stan faktyczny niniejszej sprawy zdaniem Odwołującego zaistniały w nim następujące okoliczności:

- cena oferty STRABAG znacznie odbiega od szacunku Zamawiającego aż 45.164.698,40 zł brutto oraz od drugiej ze złożonych ofert - oferty Odwołującego - o 9.783.972,30 zł brutto.
 - zaoferowany przez STRABAG pułap cenowy jest więc niższy aż o 56,45 % od szacunkowej wartości zamówienia,
 - zaoferowana przez STRABAG cena uniemożliwia wykonanie zamówienia przez tego wykonawcę w sposób prawidłowy, zgodny z warunkami zamówienia bowiem nie uwzględnia kosztów kluczowych dla realizacji zamówienia materiałów (szczegółowo opisanych powyżej przez Odwołującego) ale także wykonania robót budowlanych, bez uwzględnienia tych materiałów w realizacji zamówienia i dodatkowych kosztów pracy ludzkiej.
44. Rażąco niska cena wskazanych powyżej przez Odwołującego elementów (materiałów) lub brak ich wyceny (uwzględnienia w kalkulacji) przekłada się na zaniżenie ceny całkowitej oferty, co też miało miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

45. STRABAG nie zastosował się do wskazanych przez Zamawiającego warunków zamówienia, co wynika z Wyjaśnień ceny potwierdził bowiem, że będzie realizował zamówienie w sposób niezgodny z ww. warunkami.

46. Reasumując, wszystkie powyższe okoliczności stanowią o konieczności odrzucenia oferty STRABAG na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp i na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 13.05.2024 r. wezwał (za pośrednictwem strony internetowej prowadzonego postępowania: https://lsse.logintrade.net/zapytania_email,156401,2523d762d99e2eaf08f8d74efc7cf83c.html) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16.05.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) SKANSKA S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego: SKANSKA S.A.

W dniu 16.05.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24:

W dniu 10.05.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) SKANSKA S.A. wniósł odwołanie na czynność Zamawiającego z 30.04.2024 r. Zarzucił:

- 1) Naruszenie 252 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,
 - 2) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Strabag wynika, że zaoferował (wycenił) on materiał niezgodny z dokumentami zamówienia, zaoferował on materiał niedopuszczony w budownictwie kubaturowym, a Zamawiający nie dopuścił do tego, aby wykonawcy oferowali materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym,
 - 3) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Budimex wynika, że zaoferował (wycenił) on rozwiązanie projektowe niezgodne z dokumentami zamówienia lub zaoferował on materiał niedopuszczony w budownictwie kubaturowym, a Zamawiający nie dopuścił do tego, aby wykonawcy oferowali materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym,
 - 4) Naruszenie 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, która zawiera rażąco niską cenę, co potwierdzają jednoznacznie wyjaśnienia Strabag w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż wynika z nich, że Strabag wręcz nie wziął pod uwagę kosztów niektórych pozycji, a w zakresie materiału do zagęszczenia gruntu zaoferował materiał tańszy, co przy zaoferowaniu materiału zgodnego z swz pokazuje ewidentnie niedoszacowanie,
 - 5) Naruszenie 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, która zawiera rażąco niską cenę, co potwierdzają jednoznacznie wyjaśnienia Budimex w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż wynika z nich, że Budimex przewidział ulepszanie gruntów, jednakże nie uwzględnił zarówno sprzętu jak i materiałów niezbędnych do tego ulepszenia.
 - 6) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaoferowanie terminu, który jest niemożliwy do dotrzymania oraz został celowo zaoferowany przez Strabag, aby uzyskać lepszą punktację w kryterium oceny ofert, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,
Względnie jako zarzut ewentualny w przypadku niepotwierdzenia się na tym etapie naruszenie art. 233 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Strabag do wyjaśnień (rozszerzenia wyjaśnień) w zakresie zaoferowanego terminu, chociaż w ocenie Odwołującego jest to termin niemożliwy do osiągnięcia, być może wyjaśnienia Strabag potwierdziłyby powyższe, bowiem póki co Zamawiający uzyskał tylko oświadczenie o potwierdzeniu realizacji w zakresie zaoferowanego terminu, ale nie wyjaśniał nierealnego terminu zaoferowanego przez Strabag.
 - 7) Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wskazanie nieprawdziwych informacji, co do Pani R.S., iż posiada ona 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, podczas gdy osoba ta uprawniona jest do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie od 2021 roku, a zatem nie może posiadać 5 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej, co jest czynem nieuczciwej konkurencji, bowiem wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia, naruszając przy tym dobre obyczaje i zasady współzycia społecznego, co naraziło interes Odwołującego w tym postępowaniu, ale pośrednio i także w przyszłych postępowaniach,
Jako zarzut ewentualny stawiam zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia Strabag w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu co do kadry, a zatem co dysponowania kierownikiem posiadającym 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno-budowlanej.
- Odwołujący wnosil o:
- 1) Unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.
 - 2) Odrzucenie oferty Strabag jako niezgodnej z warunkami zamówienia
 - 3) Odrzucenie oferty Budimex jako niezgodnej z warunkami zamówienia
 - 4) Odrzucenie oferty Strabag, jako zawierającej rażąco niską cenę, co potwierdzają złożone przez wykonawcę wyjaśnienia,
 - 5) Odrzucenie oferty Budimex, jako zawierającej rażąco niską cenę, co potwierdzają złożone przez wykonawcę wyjaśnienia,
 - 6) Odrzucenie oferty Strabag, jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie terminu niemożliwego do dotrzymania, jako zarzut ewentualny, gdyby ten zarzut się nie potwierdził- nakazanie wezwania do wyjaśnień Strabag w zakresie zaoferowanego terminu
 - 7) Odrzucenie oferty Strabag jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na poświadczenie nieprawdy, co do doświadczenia Pani R.S.

Jako zarzut ewentualny gdyby ten zarzut się nie potwierdził- nakazanie wezwania Strabag do uzupełnienia dokumentów w zakresie dysponowania osobą posiadającą 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno- budowlanej.

W dniu 30.04.2024 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. Zamawiający uzasadnił ten wybór wskazując, że oferta spełnia wszystkie wymagania Zamawiającego zawarte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a także uzyskała najwyższą liczbę punktów. W kryterium cena oferta otrzymała 70 punktów, w kryterium termin wykonania etapu I oferta otrzymała 12,5 pkt, natomiast w kryterium wykonania II etapu otrzymała 15 pkt- co daje łączną sumę 97,5 pkt. Z wyborem tym nie sposób się zgodzić, wybór ten, podobnie jak zaniechanie odrzucenia oferty Strabag oraz zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, Odwołujący kwestionuje niniejszym odwołaniem.

W pierwszej kolejności wskazał, że w dniu 22.03.2024 r. miało miejsce otwarcie ofert. Oferty złożyło 4 wykonawców z następującymi cenami:

1)Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., cena za zamówienie podstawowe:

34 829 151, 64 złote (zamówienie objęte prawem opcji – 6 150, 00 zł)

2)Budimex S.A., cena za zamówienie podstawowe: 44 586 443,15 złotych

(zamówienie objęte prawem opcji – 32 830,79 zł)

3)Skanska S.A. cena za zamówienie podstawowe: 85 770 243, 70 złotych (zamówienie objęte prawem opcji – 22 256,30 zł)

4)Konsorcjum MIRBUD Kobylarnia, cena za zamówienie podstawowe: 117 716 449,65 złotych (zamówienie objęte prawem opcji – 553 500 zł)

Z powyższego nasuwa się jednoznaczny wniosek dotyczący znaczącej dysproporcji cenowej pomiędzy dwoma wykonawcami -Strabag oraz Budimex, a kolejnymi wykonawcami tj. Skanska oraz Konsorcjum Mirbud Kobylarnia. Zgodnie z pkt 3 protokołu wartość zamówienia wynosi 80 000 000 złotych, a zgodnie z pkt 12.3 protokołu postępowania Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę w wysokości 98 400 000 złotych brutto. Wobec takiego stanu faktycznego Zamawiający wezwał obu wykonawców – Strabag oraz Budimex do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. W tym miejscu wskazał, że średnia arytmetyczna ofert w niniejszym postępowaniu wynosi 70 725 572,04 złotych, a szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek VAT wynosi 98 400 000 złotych. W świetle powyższego oferta Budimex odbiega od średniej arytmetycznej ofert złożonych w postępowaniu o 37%, zaś od szacunkowej wartości zamówienia o 55%. Natomiast oferta Strabag odbiega od średniej arytmetycznej ofert o 50,76%, a od szacunkowej wartości zamówienia o 65%. A zatem wobec tak rażącej dysproporcji cenowej Zamawiający powinien zastosować wyjątkową staranność w ocenie ofert oraz w ocenie wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Niezgodność oferty Strabag z dokumentami zamówienia:

W dokumentacji projektowej (opis do projektu wykonawczego/Załącznik 1A.2.3 - PROJEKT TECHNICZNY.pdf- str. 7) wskazano, że Zamawiający oczekuje od Wykonawcy zastosowania materiałów, które posiadają dopuszczenie do stosowania w budownictwie kubaturowym – przeznaczonym na stały pobyt ludzi.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił wycinek dotyczący dokumentacji technicznej w której wskazano na powyższe.

Fragment opisu do projektu technicznego- strona TZ dokumentów zamówienia (opisu do projektu technicznego), który jest częścią dokumentów zamówienia wynika jednoznaczny **zakaz stosowania materiałów niedopuszczonych do stosowania w budownictwie kubaturowym**.

Powyższe, Zamawiający potwierdza także w STWiORB D-02.01.01 wykonanie wykopów:

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił wskazany fragment STWiORB D-02.01.01

W tym miejscu wskazał, że zgodnie z wyjaśnieniami Strabag dotyczącym rażąco niskiej ceny - Strabag wskazał, iż zamierza stosować spoiwo drogowe Bauweg PSD 2.5+P (dla zaplecza, na drogi tymczasowe, do wykonania ulepszenia gruntu w nasypach, do ulepszenia gruntu pochodzącego z dokopu oraz do ulepszenia gruntu w podłożach), a także spoiwo drogowe Bauweg PSD 5+ (do ulepszenia podłoża pod zbiornik retencyjny).

Z przedstawionej oferty handlowej od firmy ZP Baucem – spoiwa drogowe zaoferowane Strabagposiadają zgodność z KOT nr IBDiM-2020/0547.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił wycinek oferty z firmy ZP Baucem przedłożonej przez Strabag

Z kolei z treści Krajowej Oceny Technicznej o nr IBDiM-KOT-2020/0547 wydanie z 13.08.2020r. wynika, że przedmiotowe spoiwa znajdują jedynie zastosowanie w budownictwie komunikacyjnym, co jest sprzeczne z wymaganiami Zamawiającego. Skoro bowiem dany materiał w tym przypadku - spoiwo znajduje zastosowanie tylko w budownictwie komunikacyjnym, (co jednoznacznie wynika z przytoczonego dokumentu), to oznacza, że nie znajduje zastosowania w budownictwie kubaturowym a tym samym jest materiałem niedopuszczonym do stosowania w budownictwie kubaturowym. Jest to spoiwo wysokopopiołowe, co oznacza, że ma zastosowanie do obiektów drogowych i nie może mieć zastosowania do obiektów kubaturowych.

Aby zrozumieć dlaczego Zamawiający postawił taki wymóg wskazał, że przedmiotem zamówienia jest owszem

wyrównanie terenu. Natomiast z informacji prasowych wynika, że na tym terenie stanie fabryka, dlatego Zamawiający nie dopuścił zastosowania materiałów, które nie są dopuszczone w budownictwie kubaturowym. Materiał, który chce zastosować Strabag jest materiałem, który może być niebezpieczny dla zdrowia, co tym bardziej wyłącza go z użycia w przypadku obiektów kubaturowych. Taki cel – ochrona życia i zdrowia ludzkiego przyświecała Zamawiającemu przy stawianiu wymogu, iż można użyć tylko materiałów dopuszczonych do obiektów kubaturowych. Ponadto należy wskazać, że spoiwo Bauweg jest materiałem, który ze względów technologicznych nie może być zastosowany w niniejszym postępowaniu.

Z uwagi na swoją charakterystykę Spoiwo Bauweg jest to materiał silnie higroskopijny. Oznacza to, że w pierwszej fazie po zmieszaniu ze zbyt wilgotnym gruntem spowoduje poprawę jego właściwości poprzez związanie wody. Natomiast w kolejnym okresie, jeżeli mieszanka gruntu i spoiwa nie zostanie odcięta od wpływu wód opadowych, podsiąkania kapilarnego czy innych źródeł wody (taka sytuacja będzie miała miejsce po zakończeniu robót - platformy nie będą skutecznie zabezpieczone kolejnymi warstwami konstrukcji przed wpływem wody) to poprzez wchłanianie wody w strukturę będzie następowało znaczne pogorszenie parametrów nasypu. Będzie temu sprzyjało połączone oddziaływanie wody i ujemnych temperatur oraz temperatur wielokrotnie przechodzących przez 0 °C, (tzw. „przejście przez zero”). W konsekwencji nasyp w krótkim czasie po zakończeniu robót nie będzie spełniał wymagań Zamawiającego sformułowanych w Dokumentacji Przetargowej. Proces stopniowego pogarszania parametrów będzie postępował w czasie i obejmował coraz głębsze warstwy nasypu. Prawidłowe spoiwo, które powinno być zastosowane to między innymi cement. Cement jako składnik betonów i zapraw jest powszechnie stosowany w budownictwie kubaturowym przeznaczonym na stały pobyt ludzi. W połączeniu z ulepszanym gruntem tworzy trwałe wiązania, wiążąc nadmiar wody z gruntu, a po związaniu nie wykazuje właściwości higroskopijnych. Natomiast zastosowanie zaproponowanego przez Strabag spoiwa do ulepszania gruntów spoistych bez natychmiastowego przykrycia kolejnymi warstwami nasypu spowoduje, że przed kolejnym etapem prac konieczne będzie wykonanie kosztownych prac w celu nadania nasypowi wymaganych parametrów. Uzyskanie wymaganych parametrów odbiorowych E2; I₀, I_s w chwili zakończenia budowy nasypu z wykorzystaniem gruntów spoistych o wysokiej wilgotności nie gwarantuje zachowania tych parametrów w czasie. Zatem, nawet przy zastosowaniu spoiwa silnie higroskopijnego oferowanego przez Strabag – Zamawiający może uzyskać wymagane parametry tylko przez jakiś czas, a nie stale (abstrahujemy tu nawet od samej niezgodności z swz tych materiałów). Zgodnie z pkt 5 STWIORB 02.03.01 nasypy należy budować z gruntów przydatnych według PN-S 02205. Tymczasem znaczna część gruntów występujących w podłożu (grunty spoiste, gliny piaszczyste, piaski gliniaste itp.) są klasyfikowane przez PN-S-02205 **jako grunty przydatne z zastrzeżeniami** – nie spełniając tym samym kryteriów gruntu przydatnego według przywołanej w STWIORB PN-S-02205 Punkt 5 STWIORB 02.03.01 „Nasypy należy wykonywać metodą warstwową, w warstwach o grubości maksymalnie 40cm, z gruntów przydatnych do budowy nasypów. Grubość warstwy w stanie luźnym powinna być odpowiednio dobrana w zależności od rodzaju gruntu i sprzętu używanego do zagęszczania. Przystąpienie do wbudowania kolejnej warstwy nasypu może nastąpić dopiero po stwierdzeniu przez Inżyniera prawidłowego wykonania warstwy poprzedniej.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił - Tablica 2 z PN-S 02205

Co bardzo istotne: w przypadku, gdy Wykonawca zrealizuje roboty ziemne w zakresie makroniwelacji, nie biorąc pod uwagę potrzeb Zamawiającego, wynikających wprost z przewidywanego sposobu wykorzystania platformy do dalszej budowy układu drogowego, czyli nie uwzględni konieczności doprowadzenia podłoża do właściwości (ze szczególnym uwzględnieniem długotrwałej nośności i ochrony przed powstawaniem wysadzin mrozowych), odpowiednich dla posadowienia na nim konstrukcji nawierzchni, to Zamawiający w przyszłości będzie musiał ponieść dodatkowe koszty związane z doprowadzeniem podłoża konstrukcji (czyli części już wykonanej platformy) do wymaganych właściwości. Podkreślił, że wykonana w ramach makroniwelacji platforma nie będzie przykryta kolejnymi warstwami konstrukcji – nie będzie zabezpieczona przed długotrwałym oddziaływaniem wody z opadów atmosferycznych i oddziaływaniem ujemnych temperatur oraz temperatur wielokrotnie przechodzących przez 0°C, (tzw. „przejście przez zero”), co szczególnie sprzyja powstawaniu wysadzin oraz drastycznie obniża parametry wytrzymałościowe warstw ulepszonych spoiwami hydraulicznymi, i uszkadza wiązania. Próba ulepszenia gruntów spoistych poprzez mieszanie z gruntem niespoistym jest bardzo ryzykowna i zazwyczaj kosztowna: zazwyczaj już 10 % udziału gliny w mieszance tejże gliny z przykładowo piaskiem średnim powoduje znaczne pogorszenie parametrów mieszanki i zwiększenie jej wrażliwości na nadmierną w stosunku do wilgotności optymalnej i wilgotności naturalnej, a także może uczynić z takiej mieszanki grunt wysadzinowy lub bardzo wysadzinowy (już 2 % zawartości frakcji ilowej w gruncie o uziarnieniu zbliżonym do piasku klasyfikuje ten grunt jako piasek gliniasty, a ten z kolei jest klasyfikowany jako grunt bardzo wysadzinowy, czyli niezależnie od uzyskanych na spodzie konstrukcji E2, czy CBR, jeśli taki grunt występuje w strefie podłoża konstrukcji o grubości 1,0 m licząc od spodu konstrukcji musi takie podłoże musi zostać skalsyfikowane do grupy nośności G4 czyli wymaga odpowiedniego rozbudowania dolnych warstw konstrukcji i ulepszanego podłoża). Jeśli wilgotność naturalna takiego gruntu będzie zbyt wysoka i stan będzie plastyczny lub gorszy podłoże takie nie spełni wymagań nawet dla G4 i konieczne będzie dalsze

rozbudowanie dolnych warstw konstrukcji i ulepszonego podłoża konstrukcji. Odwołujący wskazuje, że oferta Strabag powinna być odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp, jako niezgodna z warunkami zamówienia. Niezależnie jednak od tego należy wskazać, że zastosowany niezgodny z warunkami zamówienia materiał jest dużo tańszy, co powoduje, że gdyby Strabag jednak zastosował materiał zgodny z wymaganiami Zamawiającego jego oferta byłaby dużo droższa. Ten wątek jednakże Odwołujący poruszy w zakresie zarzutu dotyczącego rażąco niskiej ceny.

Oferta Strabag zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia

A) Niedoszacowanie w zakresie spoiwa

Jak wskazywał powyżej Odwołujący przy tak znaczącej rozbieżności cen Strabag, co do średniej arytmetycznej oraz szacunkowej wartości zamówienia Zamawiający powinien zwrócić szczególną uwagę na wyjaśnienia wykonawcy Strabag. Przy tak znaczącej różnicy wyjaśnienia powinny być przeanalizowane z należytą starannością, gdyż pomimo obszerności wyjaśnień Strabag wskazują one na nieujęcie czy też niedoszacowanie cen i przełożenie na całość ceny ofertowej. W pierwszej kolejności Odwołujący ponawia argument dotyczący niezastosowania spoiwa zgodnie z warunkami zamówienia. Gdyby Strabag zastosował prawidłowe spoiwo jego oferta byłaby znaczenie wyższa i być może nie byłaby pierwszą ofertą w rankingu ofert. Zastosowanie spoiwa niezgodnego z dokumentami zamówienia przełożyło się zatem w prosty sposób na niedoszacowanie wartości zamówienia i tym samym rażąco niską cenę w ofercie Strabag, co potwierdziły wyjaśnienia Strabag.

Jeśli założymy, że przyjęcie ilości spoiw, takie jakie założył Strabag w swojej ofercie, a mianowicie wynikające wprost z wyjaśnień – Załącznik nr 1 do wyjaśnienia RNC:

Bauweg PSD2.5+P (cena 75 zł/Mg):

Poz. I.6 – zaplecze / 288,77 Mg

Poz. I.7 – drogi tymczasowe / 376,01 Mg

Poz. II.13 – wykop w nasyp / 4 816,43 Mg

Poz. II.14 – wykop z dokopu w nasyp / 33 940,73 Mg

Poz. II.15 – podłoża w wykopach i nasypach / 3 649,74 Mg

Wartość łączna Bauweg PSD2.5+P = 43 071,68 Mg x 75 zł/Mg = 3 230 376,00 zł netto

BAUWEG PSD5+ (cena 298 zł/Mg):

Poz. III.11 – dno zbiornika/ 510,95 Mg

Wartość łączna ~~BAUWEG PSD5+~~ jest: 510,95 Mg x 298 zł/Mg = 152 263,10 zł netto To wynika z tego następująca łączna wartość spoiwa wg Strabag: 3 382 639,10 zł netto. Jest to wartość z oferty Strabag.

Natomiast sama ilość potrzebnego spoiwa wg Strabag wynosi 43 582,63 Mg (43 071,68 Mg + 510, 95 Mg). Gdyby zatem dla ujętej w ofercie Strabag ilości spoiwa, zastosować cenę materiału zgodnego z dokumentami zamówienia, przykładowo **cementu CEM II/B-M (V-LL) 32,5 R* to spowoduje wzrost ceny ofertowej jak wykazano poniżej:**

Łączna ilość spoiw = 43 582,63 Mg

Cena jednostkowa CEM II/B-M (V-LL) 32,5 R = 489 zł/Mg

Wartość spoiwa zgodnego z wymaganiami SWZ = 21 311 906,07 zł netto Odwołujący podał tylko i wyłącznie przykładowo CEM II/B-M (V-LL) 32,5 R.

Natomiast Odwołujący wskazał, że cena materiału niezgodnego z swz zastosowanego przez Strabag wynosi 75 zł/Mg lub 289 zł/Mg zgodnie z wyjaśnieniami Strabag, a cena materiału zgodnego z swz wynosi 489 zł/Mg. Cenę cementu CEM II/B-M (V-LL) 32,5R Odwołujący przyjął z oferty swojego podwykonawcy, a ściślej z oferty, jaką dla **podwykonawcy Odwołującego złożyła firma Se-Pal E.S.** Poniżej wycinek z przedmiotowej oferty, która w całości będzie przedstawiona na rozprawie:

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment oferty na spoiwa hydrauliczne zgodne z wymaganiami SWZ

Nadmienił, że średnia cena Sekocenbud I kw. 2024 dla tego typu materiału wynosi 557,45 za tonę, więc te wycenienia Odwołującego i tak są niższe od średniej ceny za ten materiał. Jednakże Odwołujący wskazuje, że niedoszacowanie wynika z tego, że Strabag zastosował materiał niezgodny z swz, który zawsze będzie tańszy niż materiał zgodny z swz. Zatem aspekt niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia przełożył się bezpośrednio na niedoszacowanie tej oferty.

Przy zastosowaniu ceny CEM II/B-M (V-LL) 32,5R otrzymujemy różnicę w wysokości

17 929 266,97 zł netto

21 311 906,07 zł netto – 3 382 639,10 zł netto = 17 929 266,97 zł netto.

B) Niedoszacowanie w zakresie zasyпки i zagęszczenia gruntu po likwidacji sieci

Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Strabag wynika, że **w pozycji Lp.3. (I2)** Strabag nie ujął kosztów związanych z zasypką i zagęszczeniem gruntu po likwidacji sieci.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.3. (I2).

W pozycji tej zostały ujęte tylko koszty koparki, samochodu, koszty operatora i pracownika fizycznego. **W opinii Odwołującego konieczność ujęcia w kalkulacji również zasypki i zagęszczenia gruntu wynika z STWiORB D-01.02.04 Rozbiórka elementów dróg i ulic - punkt 5 strona 19.** W tym miejscu podkreślił, że pozycja Lp.3. (12) dotyczy likwidacji istniejącego nieczynnego kabla telekomunikacyjnego, a zgodnie z dokumentacją w niniejszym postępowaniu sieć przewidziana do likwidacji występuje w pełnym zakresie w strefie nasypowej, przez co doły powstałe w wyniku usunięcia sieci, nie występują w strefie wykonania projektowych wykopów, a w strefie nasypu.

Oznacza to, że zgodnie z pkt 5 STWiORB D-01.02.04 doły należy „wypełnić warstwami odpowiednim gruntem do poziomu otaczającego terenu i zagęścić zgodnie z wymaganiami w STWiORB.”

Z wyjaśnień Strabag dotyczących rażąco niskiej ceny wynika, że ewidentnie nie uwzględniono wykonania tych prac. Wobec powyższego Odwołujący podjął się próby wyliczenia nieuwzględnionych prac, biorąc za podstawę ceny jednostkowe oraz wydajności oparte na założeniach kalkulacji szczegółowej Strabag.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Analogiczna sytuacja występuje w pozycjach:

Pozycja Lp. 4 (I.3) – brak ujęcia w kalkulacji kosztów związanych z zasypką i zagęszczeniem gruntu po likwidacji sieci, pomimo wskazania w STWiORB D-01.02.04 takiej konieczności.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.4. (I.3).

Sieć przewidziana do likwidacji występuje w pełnym zakresie w strefie nasypowej, przez co doły powstałe w wyniku usunięcia sieci, nie występują w strefie wykonania projektowych wykopów, co oznacza, że należy je „wypełnić warstwami odpowiednim gruntem do poziomu otaczającego terenu i zagęścić zgodnie z wymaganiami w STWiORB”.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Analogiczna sytuacja występuje w pozycji Lp. 6 (I.5).

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.6. (I.5).

Sieć przewidziana do likwidacji występuje w pełnym zakresie w strefie nasypowej, przez co doły powstałe w wyniku usunięcia sieci, nie występują w strefie wykonania projektowych wykopów, co oznacza, że „wypełnić warstwami odpowiednim gruntem do poziomu otaczającego terenu i zagęścić zgodnie z wymaganiami w STWiORB

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Wartość niedoszacowania związanego z brakiem zasypki i zagęszczenia gruntu wynosi: 12 142, 90 + 10 748, 50 + 5745, 67 = 28 637,07

C) Niedoszacowanie w zakresie obsiewu mechanicznego

W pozycji Lp. 20 (II.2) Strabag w swoich założeniach kalkulacyjnych (załącznik nr 1 do RNC) wskazał, iż co do zabudowy humusu w obszarze projektowanych powierzchni zielonych – w tym projektowanych skarp - wykonanie trawnika zamierza dokonać poprzez obsiew mechaniczny. Obsiew ten przewidywał na około 75% zakresu. Jednocześnie nigdzie w kosztach tej pozycji nie wskazał kosztów dla obsiewu mechanicznego (75% zakresu).

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.20. (II.2).

Wobec Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 80 061, 78 złotych.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

W tym wypadku Odwołujący wyliczenie niedoszacowania oparł na ofercie złożonej dla podwykonawcy Odwołującego na obsiew mechaniczny.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił zdjęcie tej oferty.

Analogiczna sytuacja ma miejsce także w pozycji Lp. 22 (II.4) gdzie Strabag również nie ujął w kalkulacji kosztów związanych z obsiewem mechanicznym, a wymienił go w założeniach kalkulacyjnych do niniejszej pozycji.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.22. (II.4).

Zdaniem Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 203 139, 15 złotych, opierając wyliczenie o ofertę podwykonawcy złożoną dla Odwołującego.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Odwołujący załącza także przykładową ofertę, którą uzyskał jego podwykonawca pokazując ceny ofertowe na rynku w tymże zakresie.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił zdjęcie tej oferty.

D) Niedoszacowanie ceny w zakresie profilowania i przepchnięcia materiałów

W pozycji Lp. 21 (II.3) – Zabudowa nadmiaru humusu w obszarze dokopu Strabag nie wskazał kosztów związanych z profilowaniem i przepchnięciem materiału, mimo tego, że wymienił je w założeniach kalkulacyjnych do niniejszej pozycji w obu podpunktach.

Pominięto także w kosztach robocizny wykonanie prac spycharką.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.21. (II.3).

W opinii Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 200 859, 99 zł. Przyjęte ceny jednostkowe oraz wydajności oparto na założeniach kalkulacji szczegółowej Strabag, to jest między innymi w pozycji L.p. 3 (I.2) Strabag wskazał ceny za pracę spycharki gąsienicowej z operatorem.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

E) Niedoszacowanie w zakresie kosztów związanych z zakupem i dostawą piasku

W pozycji Lp. 25 (II.6) szczegółowej kalkulacji do wyjaśnień RNC nie ujęto kosztów związanych z zakupem i dostawą piasku zgodnego ze STWiORB (dot. drenażu Typ -2).

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.25. (II.6).

Natomiast zgodnie z pkt. D-03.03.01 ROWY ROZSĄCZAJĄCE pkt. 2.3 STWiORB należało ująć konieczność wykonania zasypki drenaży materiałem filtracyjnym wyszczególnionym w pkt. D-03.03.01 pkt. 2.3.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił przywołany fragment STWiORB

Pozycja Lp. 25 (II.6) dotyczy rowów rozsączających pełnych, co do których wskazano w STWiORB, iż należy do nich stosować, jako materiały filtracyjne kruszywo i piasek o określonym współczynniku filtracji. Przy czym co istotne nie ma tu wskazania kruszywo lub piasek, co oznacza, że należy zastosować oba materiały, a Strabag wycenił tylko jeden z nich. Wskazał, że Strabag przyjął tylko kruszywo dla części, brakuje na drugą część piasku zgodnego z zapisami specyfikacji, czyli zgodnie z PN-EN 13043:2004 i o współczynniku filtracji $k > 1,0$

W opinii Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 400 590, 98 złotych.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Odwołujący wartość tych prac szacuje w oparciu o ofertę podwykonawcy, którą uzyskał.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił zdjęcie tej oferty.

Podobna sytuacja ma miejsce w pozycji Lp. 26 (II.7) – brak ujęcia w kalkulacji kosztów związanych z zakupem i dostawą piasku zgodnego ze STWiORB (dot. rowu rozsączającego wypełnionego piaskiem).

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.26. (II.7).

Zgodnie z D-03.03.01 pkt. 2.3 STWiORB wskazano konieczność wykonania zasypki rowów materiałem filtracyjnym wyszczególnionym w pkt. D-03.03.01 pkt. 2.3

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił przywołany fragment STWiORB

Zdaniem Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 547 509,81 złotych.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił zdjęcie oferty podwykonawcy.

F) Niedoszacowanie kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału podkładowego pod rurę

W pozycji Lp. 28 (II.8) w szczegółowej kalkulacji do wyjaśnień RNC Strabag nie ujął w kalkulacji kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału podkładowego pod rurę (podłoże ulepszone gr. 40cm), ławy z betonu C12/15 gr. 15cm oraz obsypki i nadsypki piaskowej zgodnych z STWiORB oraz profilem podłużnym rys. RZ-810

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.28. (II.8).

Zgodnie z pkt 5 pkt. D-03.02.01 STWiORB należy wykonać elementy podłoża pod rurę żelbetową.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił przywołany fragment STWiORB

Zamawiający dodatkowo wskazał podłoże pod kanał należy wykonać zgodnie z dokumentacją i przekrojami podbudowy.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment dokumentacji projektowej (rys. RZ-810)- Zarurowanie rowu istniejącego RI- 1. Profil podłużny.

W opinii Odwołującego Strabag nie uwzględnił podłoża ulepszanego, podkładu z betonu oraz piasku do zasypki i obsypki.

Wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 56 446, 57 zł.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Ceny podkładów betonowych wynikają z oferty firmy Abet, którą Strabag załączył do swoich wyjaśnień, a cena piasku do zasypki i obsypki wynika z oferty złożonej dla podwykonawcy Odwołującego.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił zdjęcie tej oferty podwykonawcy.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w zakresie piasku posiłkował się także uzyskaną dla swojego podwykonawcy ceną ofertową.

G) Niedoszacowanie w zakresie kosztów związanych z obniżeniem poziomu zwierciadła wód gruntowych

W pozycji Lp. 52 (III.10) w szczegółowej kalkulacji do wyjaśnień rażąco niskiej ceny brak ujęcia w kalkulacji kosztów związanych z obniżeniem poziomu zwierciadła wód gruntowych na okres realizacji prac, pomimo postanowień uzupełniających z dnia 11.03.2024 do przedmiotowej pozycji, a także brak ujęcia pozycji związanych z gospodarką

nadmiarem mas ziemnych pochodzących z wykopu pod ten zbiornik.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.52. (III.10).

W tym miejscu należy wskazać, że Zamawiający wyraźnie wskazał, że wykonawca wyceniający prace powinien uwzględnić fakt, że poziom zwierciadła wód gruntowych może się zmienić. Oprócz wskazania Zamawiającego należy także wskazać, że konstrukcję zbiornika retencyjnego zaprojektowano poniżej poziomu zwierciadła wód gruntowych, co wskazuje przekrój przez zbiornik na rysunku RE-210.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment dokumentacji projektowej (rys. RE-210) -Konstrukcja zbiornika przekrój typowy Wyjaśnienia Strabag ujęte w Załączniku nr 1 wskazują, że ilości które przyjął Wykonawca do obliczenia swojej ceny ofertowej są zgodne z ilościami ujętymi w tabeli przedmiarowej Zamawiającego. Oznacza to, że ilości wykopów i nasypów bilansują się w pozycjach II.13 i II.14 przedmiaru – jako wykop i zabudowa w nasyp, tym samym przedmiotowa pozycja III.10 zgodnie z jej opisem „...wraz z wywozem urobku” stanowi nadmiar objętości bilansu mas ziemnych, a powstały wykop ze zbiornika powinien zostać wywieziony poza teren budowy i zutylizowany.

Strabag powinien zatem wycenić usługę obniżenia zwierciadła wód gruntowych oraz koszt wywozu i utylizacji gruntu.

W opinii Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 1 448 734, 99 złotych.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Odwołujący przyjął cenę usługi obniżenia zwierciadła wód gruntowych na podstawie oferty złożonej dla podwykonawcy Odwołującego.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił zdjęcie tej oferty podwykonawcy.

Koszt wywozu i utylizacji gruntu z wykopu został skalkulowany na podstawie wyjaśnień Strabag w poz. I.7.

H) Niedoszacowanie w zakresie kosztów związanych z dostawą piasku dla warstwy zabezpieczającej

Zgodnie z pozycją Lp. 55 (III.12) szczegółowych wyjaśnień do rażąco niskiej ceny Strabag nie ujęło w kalkulacji kosztów związanych z dostawą piasku dla warstwy zabezpieczającej, która wynika z dokumentacji projektowej oraz opisu pozycji.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.55. (III.12).

Zgodnie z opisem pozycji konstrukcja zbiornika retencyjnego zakłada wykonanie warstwy zabezpieczającej z piasku zgodnego z PN-EN 13043:2004. Powyższe jest także potwierdzone w opisie projektu technicznego „Załącznik 1A.1.3 - PROJEKT TECHNICZNY.pdf”

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment dokumentacji projektowej (Opis do projektu technicznego)

Wynika to także z przekroju przez zbiornik na rysunku RE-210 dotyczący warstw konstrukcyjnych.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment dokumentacji projektowej (rys. RE-210 -)

W opinii Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 125 522, 87 złotych.

Przyjęte ceny jednostkowe oparto na ofercie na piasek złożonej dla podwykonawcy Odwołującego.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

I) Niedoszacowanie w zakresie kalkulacji kosztów związanych z dostawą brakującej warstwy geowłókniny

W pozycji Lp. 56 (III.13) szczegółowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny Strabag nie ujęło w kalkulacji kosztów związanych z dostawą brakującej warstwy geowłókniny, która wynika z dokumentacji projektowej

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.56. (III.13).

Konstrukcja skarpy zbiornika retencyjnego zakłada wykonanie 3 warstw zabezpieczających z geowłókniny; Strabag wykazuje w swoim zestawieniu tylko dwie warstwy. Dodatkowo ilość 3 warstw wynika z rysunku - szczegół warstw konstrukcyjnych - przekrój przez zbiornik na rysunku RE-210.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment dokumentacji projektowej (rys. RE-210 - Konstrukcja zbiornika przekrój typowy)

W opinii Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 15 199,07 złotych.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Cenę geowłókniny Odwołujący zaczerpnął wprost z pozycji Lp. 55 (III.12) szczegółowych wyjaśnień złożonych przez Strabag pozycja 3 – materiały.

J) Niedoszacowanie w zakresie kosztów związanych z rozłożeniem balastu z kruszywa

W pozycji Lp. 60 (III.17) szczegółowych wyjaśnień do rażąco niskiej ceny Strabag – nie ujęło w kalkulacji kosztów związanych z rozłożeniem balastu z kruszywa.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.60. (III.17).

Zdaniem Odwołującego pominięto w kosztach robocizny wykonanie prac spycharką. W opinii Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 69 651,59 złotych.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Odwołujący ceny za pracę spycharki gąsienicowej zaczerpnął wprost z cen jednostkowych Strabag to jest np. Lp. 7 (I.6) lub Lp. 34 (II.13).

K) Niedoszacowanie w zakresie kosztów związanych z rozłożeniem balastu z kruszywa

W pozycji Lp. 61 (III.18) szczegółowych wyjaśnień do rażąco niskiej ceny Strabag brak ujęcia w kalkulacji kosztów związanych z rozłożeniem balastu z kruszywa, pominięto bowiem w kosztach robocizny wykonanie prac spycharką.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.61. (III.18).

W opinii Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 25 439, 52 złotych

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Cenę jednostkową za pracę spycharki Odwołujący przyjął wprost z założeń kalkulacji szczegółowej Strabag - Lp. 34 (II.13).

L) Niedoszacowanie kosztów w zakresie kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału podsypki, obsypki i nadsypki piaskowej

W pozycji Lp. 68 (III.24) szczegółowych wyjaśnień do rażąco niskiej ceny Strabag brak ujęcia w kalkulacji kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału podsypki, obsypki i nadsypki piaskowej zgodnych z zapisami STWiORB oraz profilem podłużnym rys. RE710.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.68. (III.24).

Z pkt. D-03.02.01 pkt. 5 STWiORB wynika wprost konieczność wykonania elementów podłoża pod rurę żelbetonową. Z opisu pozycji wynika, że należy wycenić podsypki, obsypki i zasypki.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił przywołany fragment STWiORB

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment dokumentacji projektowej (rys. RE-710 – Wylot zbiornika, profil podłużny).

Z dokumentacji projektowej (przekroju podbudowy) wynika także, że należy wycenić piasek do podsypki, zasypki i obsypki.

Zdaniem Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 15 397, 20 złotych

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

Cenę piasku do podsypki, zasypki i obsypki przyjęto na podstawie oferty na piasek złożonej podwykonawcy Odwołującego.

Analogiczna sytuacja występuje w pozycji Lp. 69 (III.25) szczegółowych wyjaśnień rażąco niskiej ceny Strabag, gdzie również brak jest ujęcia w kalkulacji kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału podsypki, obsypki i nadsypki piaskowej zgodnych z zapisami STWiORB oraz profilem podłużnym rys. RE-710

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczny fragment wyjaśnień dla pozycji Lp.69. (III.25).

Zgodnie z pkt. D-03.02.01 pkt. 5 STWiORB istnieje konieczność wykonania elementów podłoża pod rurę żelbetonową wyszczególnionym.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił przywołany fragment STWiORB

- wymagania dot. podłoża pod kanał

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment dokumentacji projektowej (rys. RE-710 - Konstrukcja zbiornika przekrój typowy).

W opinii Odwołującego wartość prac nieuwzględnionych przez Strabag w kalkulacji szczegółowej powyższej pozycji wynosi 304, 20 złotych.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił tabelaryczne wyliczenia nieuwzględnionych elementów.

W tym miejscu wskazał, że jeśli wziąć pod uwagę niedoszacowanie w wyżej wskazanych pozycjach ujętych w punktach od B do L to mamy do czynienia z niedoszacowaniem co najmniej na poziomie 3 217 494, 78 złotych netto.

Powyższa kwota to łączna wartość braków ujętych ww. punktach, a odnosząca się do kalkulacji własnej Strabag ujętej w Załącznik nr 1 i wyszczególnionych w zestawieniu Załącznik nr 2 – „zestawienie kosztów bezpośrednich i pośrednich”.

Jeśli do powyższej kwoty dodamy jeszcze niedoszacowanie w zakresie spoiwa, które zostało oszacowane na poziomie około 17 929 266,97 zł netto to otrzymamy kwotę **niedoszacowania tej oferty na poziomie ponad 20 mln złotych!**

Biorąc pod uwagę wskazany przez Strabag marża/zysk na poziomie 283 163,83 złotych należy jednoznacznie stwierdzić, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Wyjaśnienia Strabag wręcz potwierdziły, że Strabag zaoferował rażąco niską cenę, bowiem mimo nawet wskazania określonych pozycji i opisu do tych pozycji, nie uwzględnił ich w swojej wycenie.

Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kadry

W swz w pkt 5.1.1.1. Zamawiający postawił wymóg, aby Wykonawcy dysponowali między innymi co najmniej następującymi osobami (kierownik robót – specjalność konstrukcyjno- budowlana):

Wymagane 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej;	uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z art. 12, art. 12a ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2021 r. poz. 2351 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw
--	---

W zakresie kierownika robót w branży konstrukcyjno- budowlanej Zamawiający wskazał, że kierownik musi posiadać uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń oraz wymaga 5-letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Na powyższe stanowisko Strabag wskazał Panią.R.

W centralnym rejestrze osób posiadających uprawnienia budowlane Głównego Urzędu Nadzoru Budowlanego Pani R.S. nie figuruje. (. Natomiast z portalu internetowego (Polskiej Izby Inżynierów

Budownictwa wynika, że Pani R.S. opłacała składki od 2021 roku, a także jej numer członkowski został wskazany jako DOŚ/BO/0356/21, co potwierdza możliwość pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie dopiero od tego momentu.

Opłacanie składek przez Panią.R. od 2021 roku oznacza, że ma najwyżej doświadczenie 3-letnie, a nie 5-letnie, jak tego wymagał Zamawiający. Zamawiający wymagał bowiem 5-letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej. Kierowanie robotami budowlanymi wymaga tego, aby pełnić funkcję kierownika robót. Skoro Pani Spodymek opłacała składki dopiero od 2021 roku, nie jest możliwe by posiadała 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi.

Wyłącznie osoby formalnie pełniące samodzielne funkcje techniczne przy wykonywaniu robót budowlanych, w ramach wynikających z tego obowiązków i uprawnień określonych przepisami Prawa budowlanego, mogą być uznane za pełnoprawnych uczestników tego procesu. W konsekwencji mogą potem powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji takiej pracy (wyrok KIO z 27.07.2018 r., sygn. akt KIO 1399/18). Przenosząc powyższe na analizowany stan faktyczny należy wskazać, że Pani R. nie posiadając opłaconych składek (dopiero od 2021 roku) nie pełniła samodzielnych funkcji technicznych, co za tym idzie nie mogła nabyć 5 – letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi.

Powyższe wskazuje, że Strabag złożył w tym zakresie dysponowania kierownikiem posiadającym 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej nieprawdziwe informacje.

Informacja nieprawdziwa to informacja niezgodna z rzeczywistością. W analizowanym przypadku niezgodne z rzeczywistością jest świadczenie, iż Pani R.S. posiada 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi, co najwyżej Pani R. posiada ponad 3- letnie doświadczenie. Przedstawione informacje miały wpływ na wynik postępowania i decyzję Zamawiającego, bowiem wprowadziły w błąd zamawiającego, gdyż Zamawiający wybrał ofertę Strabag, mimo niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec powyższego oferta Strabag winna być także odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w związku z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust.1 ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Niewątpliwie działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w niniejszym postępowaniu to działanie wykonawcy Strabag, który to wykonawca złożył ofertę podając w niej nieprawdziwe informacje, co do doświadczenia swojej kadry, tylko po to by uzyskać zamówienie.

Powoduje to nie tylko naruszenie interesu Odwołującego w niniejszym postępowaniu z uwagi na to, że Odwołujący złożył prawidłową i zgodną z prawem ofertę i mimo to może nie uzyskać tego zamówienia, ale także naruszenie interesu Odwołującego w przyszłości. Naruszenie interesu Odwołującego w przyszłości polega bowiem na nieuzyskaniu tego zamówienia i będzie się wiązało z brakiem uzyskania referencji, a następnie także w prosty sposób wyeliminowanie Odwołującego z rynku. Skoro bowiem Odwołujący nie będzie miał referencji to nie będzie mógł brać udziału w kolejnych postępowaniach. Nieuzyskanie referencji spowoduje eliminację Odwołującego z postępowania tylko dlatego, że Odwołujący postępuje uczciwie. Zatem, działanie wykonawcy Strabag poprzez złożenie nieprawdziwych informacji, co do legitymowania się doświadczeniem dotyczącym osób wskazanych do realizacji zamówienia może prowadzić do eliminacji

Odwołującego z rynku, co bezsprzecznie narusza interes Odwołującego, ale także i każdego innego przedsiębiorcy biorącego udział w tym postępowaniu.

Na poparcie swojego stanowiska przytaczam na wyrok KIO z 21.05.2019 r., KIO 803/19; *Zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Dobre obyczaje, na które się wskazuje w cytowanym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu.*"

Przenosząc powyższy wyrok na analizowany stan faktyczny należy stwierdzić, iż działanie Strabag ewidentnie prowadzi do pogorszenia sytuacji Odwołującego na konkurencyjnym rynku. Konkurencja na danym rynku pomiędzy wykonawcami powinna być uczciwa, tylko bowiem w ten sposób nie zniekształci określonych interesów i zachowań gospodarczych. Reasumując, stwierdził, że gdybyśmy zaaprobowali działanie wykonawcy Strabag, to w określonym czasie wykonawca ten mógłby w ten sposób wyeliminować konkurencję i dyktować warunki jako monopolista.

Jako zarzut ewentualny wskazujemy zaniechanie wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu. Bezsprzecznie bowiem Strabag nie spełnia warunków udziału w zakresie 5- letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, gdyż osoba dedykowana na to stanowisko nie ma 5- letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi, bowiem samodzielne funkcje techniczne może pełnić dopiero od 2021 roku. Jeśli Izba nie uzna czynu nieuczciwej konkurencji, minimalnym działaniem Zamawiającego powinno być co najmniej wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący jednakże stoi na stanowisku, że oferta Strabag winna być odrzucona, bowiem została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Wykonawca przedstawił nieprawdziwe informacje licząc, że nikt tych informacji po prostu nie zbada, bowiem Zamawiający nie przewidział fakultatywnych podstaw wykluczenia.

Bez znaczenia jednakże jest fakt, iż Zamawiający nie przewidział fakultatywnych podstaw wykluczenia w postaci nieprawdziwych informacji, bowiem, co do takich stanów faktycznych wielokrotnie wypowiadała się już Izba w swoich orzeczeniach.

Na potwierdzenie swojego stanowiska wskazuję wyrok KIO z 21.01.2022 r., sygn. akt: KIO 5/22 w którym Izba wskazała: *„Brak wskazania przez Zamawiającego fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem zamawiającego w błąd, nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku należytej weryfikacji wszystkich oświadczeń składanych przez wykonawców w postępowaniu, tym bardziej jeśli to te oświadczenia wpływają na wynik danego postępowania, bo umożliwiają uzyskanie dodatkowych punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert oraz potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie można uznać, że jeżeli Zamawiający nie zastrzegł fakultatywnych podstaw wykluczenia związanych z wprowadzeniem w błąd, to nie ma instrumentów prawnych, aby wyeliminować ofertę wykonawcy przekazującego nieprawdziwe informacji w celu uzyskania zamówienia". Eliminowaniu nieprawidłowych sytuacji służy przesłanka odrzucenia oferty zawarta w art. 226 ust. 1 pkt 7 p.z.p., związana ze złożeniem jej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. (...)Zgodnie z artykułem 3 ust. 1 u.z.n.k., czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wykonawca, który celowo lub niedbale przekazał Zamawiającemu informacje niezgodne z rzeczywistością, dążąc do uzyskania jak największej liczby punktów w kryterium oceny ofert, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami. Celem było uzyskanie zamówienia i wyeliminowanie - w sposób nieuczciwy - konkurencji, która przekazując informacje zgodne z prawdą, traciła szanse na uzyskanie zamówienia. Działanie Wykonawcy naruszało interes innych przedsiębiorców w postępowaniu, którzy mieli utrudniony dostęp do zamówienia. Naruszało także interes Zamawiającego poprzez narażenie go na realizację zamówienia przez osobę nieposiadającą oczekiwanego, większego doświadczenia, jak i poprzez konieczność zwiększenia wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji, gdy ten nie posiada większego doświadczenia."* Podsumowując, wobec powyższego wnoszę o odrzucenie oferty Strabag na podstawie art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp, względnie jako zarzut ewentualny w przypadku nieodrzućenia oferty Strabag wezwanie do uzupełnienia z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania 5 -letnim doświadczeniem w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej przez Panią.R..

Termin wykonania zamówienia niemożliwy do dotrzymania

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z 27.03.2024 r. zwrócił się do Strabag o potwierdzenie realizacji terminu, a zatem Zamawiający miał wątpliwości w zakresie zaoferowanego terminu. W piśmie Zamawiający wskazał: *„W rozdziale 4 SWZ Zamawiający wskazał termin realizacji zamówienia: Maksymalny termin realizacji zamówienia: prace projektowe, prace przygotowawcze, prace budowlane etap I: 8 tygodni od daty przekazania placu budowy. Maksymalny termin realizacji zamówienia prace budowlane etap II: 20 tygodni od daty przekazania placu budowy. W związku z zaoferowanym przez Państwa terminem realizacji obejmującym łącznie 10 tygodni realizacji umowy proszę o potwierdzenie, że prawidłowo rozumieją Państwo termin wykonania – tak jak to wskazał Zamawiający w SWZ, tzn. na wykonanie I etapu jest 6 tygodni od daty przekazania placu budowy, a na wykonanie II etapu 10 tygodni od daty przekazania placu budowy. Zamawiający ma obawę, że mogło dojść do nieprawidłowego zrozumienia zapisów i założenia,*

że liczenie terminu II etapu rozpoczyna się po zakończeniu I etapu, co byłoby sprzeczne z literalnym zapisem zawartym w SWZ.”

A zatem Zamawiający miał bardzo duże wątpliwości, co do tego, czy Strabag zaoferował w sposób prawidłowy termin wykonania zamówienia. Pismem z 03.04.2024 r. Strabag potwierdził termin realizacji, ale w zasadzie w żaden sposób nie wytłumaczył Zamawiającemu, w jaki sposób zamierza tego terminu dotrzymać. W piśmie ograniczył się tylko do wskazania, że potwierdza terminy realizacji zamówienia wskazane w ofercie. W opinii Odwołującego, przy założeniach wskazanych przez Strabag w wyjaśnieniach, nie jest możliwe dotrzymanie terminu, a tym samym termin ten jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania. Ponadto należy wskazać, że termin ten jest nierealny dla wszystkich wykonawców, a zaoferowanie tak krótkiego terminu przez Strabag miało na celu tylko uzyskanie większej liczby punktów w kryterium oceny ofert. Odwołujący dokonał analizy zakresu prac niezbędnego do wykonania w tym czasie oraz przyjęte przez Strabag wydajności ujęte w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, w szczególności w załączniku nr 1 - „**Szczegółowa kalkulacja pozycji**” (ujawnione w kolumnie [3] tabeli poniżej), co doprowadziło do następujących wniosków:

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił-Tabela 1 Analiza niezbędnego czasu trwania dla poszczególnych asortymentów robót.

Z powyższego ewidentnie wynika, iż nie jest możliwe wykonanie tego zamówienia w terminie zadeklarowanym przez Strabag.

Odwołujący przełożył to także na harmonogram graficzny, który pokazuje, że nie jest możliwe całościowe wykonanie prac w zaoferowanym terminie.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił- Tabela 2 Harmonogram graficzny – analiza.

Oprócz prac wymienionych powyżej, a zatem prac najbardziej pracochłonnych- zasadniczych, do wykonania są także prace związane z wykonaniem drenów i rowów (ponad 10.000 mb), wykonaniem konstrukcji zbiornika retencyjnego wraz z wylotami i wlotami, przebudowa i budowa urządzeń melioracyjnych poprzez zarurowanie istniejącego rowu (dł. 300 mb), oczyszczenie oraz budowa nowego rowu RN-2 (prawie 500 mb). Ponadto prace rozbiórkowe i organizacyjne dla budowy dróg transportowych oraz zaplecza budowy niezbędnych do rozpoczęcia zasadniczych prac, o w znaczny sposób wydłuży ww. harmonogram prac zasadniczych biorąc także pod uwagę zależności technologiczne pomiędzy poszczególnymi czynnościami procesu budowlanego.

W tym miejscu wskazał, że Zamawiający w swz wskazał, że maksymalny oferowany termin realizacji nie może być dłuższy niż 20 tygodni. A zatem Zamawiający wskazał termin, który jego zdaniem umożliwia realizację zamówienia i jest to termin bezpieczny. Strabag skrócił ten termin o połowę, bowiem zaoferował termin 10 tygodni. W tym miejscu należy wskazać, że w postępowaniu złożyło oferty 4 wykonawców. Każdy z tych wykonawców to firma z ugruntowaną pozycją na rynku, doświadczeniem zarówno swoim jako podmiotu jak i z doświadczeniem kadry, a mimo tego żaden z tych wykonawców nie zaoferował tak drastycznie krótkiego terminu realizacji zamówienia jak Strabag. Skanska termin dla etapu II - 16 tygodni, Budimex – 16 tygodni, a Konsorcjum Mirbud Kobyłarnia termin 20 tygodni.

Tylko Strabag zaoferował zadeklarowała termin 10 tygodni.

W ocenie Odwołującego, co zostało także wskazane powyżej, nie ma możliwości, by dotrzymać tak nierealnego terminu wykonania zamówienia. W terminie tym nie można wykonać nawet prac zasadniczych, nie mówiąc o pracach towarzyszących. Z uwagi na to, że termin był kryterium oceny ofert intencją, Strabag było niewątpliwie uzyskanie przewagi konkurencyjnej nad innymi wykonawcami i uzyskanie największej liczby w kryterium dotyczącym terminu.

Wobec powyższego oferta Strabag winna być także odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust.1 ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Niewątpliwie działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami w niniejszym postępowaniu to działanie wykonawcy Strabag, który to wykonawca złożył ofertę podając nierealny niemożliwy do dotrzymania termin tylko w celu uzyskania większej liczby punktów w kryterium oceny ofert. Powoduje to nie tylko naruszenie interesu Odwołującego w niniejszym postępowaniu z uwagi na to, że Odwołujący złożył prawidłową i zgodną z prawem ofertę i mimo to może nie uzyskać tego zamówienia, ale także naruszenie interesu Odwołującego w przyszłości. Naruszenie interesu Odwołującego w przyszłości polega bowiem na nieuzyskaniu tego zamówienia i będzie się wiązało z brakiem uzyskania referencji, a następnie także w prosty sposób wyeliminowanie Odwołującego z rynku. Skoro bowiem Odwołujący nie będzie mógł uczciwie konkurować to nie pozyska zamówienia, co przełoży się na brak referencji i niemożność składania ofert w kolejnych postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zagrożeniem interesów Odwołującego jest także samo pozbawienie możliwości konkurowania w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z ostrożności procesowej jedynie Odwołujący składa zarzut zaniechania wezwania wykonawcy Strabag do szczegółowych wyjaśnień. Zamawiający wprawdzie zwrócił się o wyjaśnienia, ale bardziej w kontekście zgodności z swz, natomiast Zamawiającego powinno zainteresować i w tym zakresie zaniechał wezwania do wyjaśnień - dlaczego Strabag jako jedyny zaoferował tak krótki termin, który dodatkowo jest termin niemożliwym do dotrzymania. W tym miejscu

wskazuje na orzecznictwo KIO 2097/23, w którym Izba wskazała, że: „Jednakże zaoferowanie terminu, który jest niemożliwy lub nieprawdopodobny do realizacji, czyli manipulowanie danymi mającymi przełożenie na kryterium oceny ofert w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryterium oceny ofert wypacza sens tych kryteriów i w ocenie Izby stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.”. Podkreślić należy, że weryfikacja wyjaśnień wykonawcy nie może ograniczać się do bezrefleksyjnego przyjęcia przez zamawiającego założeń wykonawcy za prawidłowe, mimo tego, że termin wzbudził wątpliwości Zamawiającego. Po tak lakonicznej odpowiedzi zamawiający winien ofertę, jako złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji odrzucić lub wezwać do wyjaśnień.

Niedoszacowanie w ofercie Budimex - rażąco niska cena

W pierwszej kolejności przypominał, że Budimex złożył cenę ofertową z kwotą 44 586 443,15 zł brutto, a wartość szacunkowa zamówienia, a więc wartość netto wynosi 80 000 000,00 zł (98 400 000,00 zł brutto), zaś średnia wartość ofert złożonych w niniejszym postępowaniu wynosi 70 725 572,04 zł.

Powyższe oznacza, że cena ofertowa Budimex odbiega o 37% od wartości wszystkich ofert w niniejszym postępowaniu oraz o 55% od szacunkowej wartości zamówienia. Wobec tak znacznego odbiegania od wartości zamówienia Budimex został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w dniu 27.03.2024 r. Budimex złożył wyjaśnienia. Jednakże należy wskazać, iż pomimo złożenia wyjaśnień nie można w nich odnaleźć żadnych wyjątkowo korzystnych możliwości realizowania zamówienia, które przysługiwały by tylko Budimex (podobnie wyjaśnienia Strabag). Jak wskazane zostało powyżej, oferty złożyły podmioty o podobnym doświadczeniu na rynku i podobnym potencjale oraz możliwościach. A zatem skoro różnica w cenie pomiędzy tymi podmiotami jest tak znaczna, Zamawiający powinien ocenić te wyjaśnienia przez pryzmat tego, jaką przewagą dysponuje Budimex (analogicznie jak w odniesieniu do wyjaśnień Strabag), która pozwala na tak znaczące obniżenie ceny. W wyjaśnieniach obu oferentów trudno szukać jakichkolwiek okoliczności pokazujących ich przewagę i umożliwiających obniżenie ceny w tak znaczny sposób. Zamawiający zatem, skoro brak wskazania elementów przysługujących tylko Budimex (i Strabag również) umożliwiających złożenie takiej ceny ofertowej, powinien bardziej wnikliwie przyrzeć się wyjaśnieniom próbując dociec, jakie elementy zadecydowały o obniżeniu ceny i czy wykonawcy nie popełnili żadnego błędu.

W opinii Odwołującego w ofercie Budimex występuje przyjęcie błędnego założenia, które pozwoliło na obniżenie oferty:

W tym miejscu Odwołujący wskazał, że Budimex S.A. w ramach wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Wykonawca wskazał, że do wykonania prac przewidział określony sprzęt i obejmujący poniższe jednostki sprzętowe:

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił - fragment tabeli z zestawieniem jednostek sprzętowych Budimex

Jednakże z zestawienia powyżej dołączonego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Budimex nie wynikają żadne stawki jednostkowe, co powinno wzbudzić czujność Zamawiającego, bowiem przy takiej dysproporcji cenowej Zamawiający powinien bardzo szczegółowo ocenić wyjaśnienia. Ponadto z tabeli tej będącej dokumentem Budimex jasno wynika, że Budimex nie zakładał do wykonania prac sprzętu niezbędnego do ulepszania warstw nasypowych w celu osiągnięcia parametrów projektowych (tj. recykler, siewnik). Powyższe oznacza, że technologia robót przyjęta w ofercie tego Wykonawcy nie zakłada ulepszania żadnej z warstw nasypowych, ani podłoża.

Wynika to także z części wyjaśnienia i opisu planowanych prac przez Budimex, gdzie wyraźnie wskazuje on na zagęszczenie walcami do parametrów wymaganych dokumentacją i przemieszczanie materiałów nasypowych z miejsc oznaczonych jako wykop.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił - fragment wyjaśnienia Budimex wskazujący na technologię budowy nasypów i osiągnięcia parametrów w podłożach.

Mimo to w końcowej części swoich wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny w podsumowaniu pkt. 4 Wykonawca wskazuje, że wkalkulował do ulepszenia te grunty, które nie będą nadawały się do bezpośredniego wbudowania- cementem lub popiołem.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił - fragment pisma Wykonawcy wskazujący ulepszanie części gruntów nieprzydatnych.

Z jednej strony zatem deklaruje ulepszenie gruntu, z drugiej zupełnie pomija koszty spoiw oraz niezbędnego sprzętu, jak recykler i siewka w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny. Nie ma bowiem wykazanego takiego sprzętu w tabeli dotyczącej sprzętu oraz ujęcie kosztów spoiw i niezbędnego sprzętu do ulepszenia gruntu nie wynika z żadnego fragmentu wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Budimex oraz żadnego przedstawionego dowodu. Powyższe pokazuje, że Zamawiający w sposób niewystarczający ocenił wyjaśnienia wykonawcy Budimex, bowiem nie pochylił się w ogóle nad deklaracją ulepszenia gruntu oraz kosztami ulepszenia gruntu, których próżno szukać w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny Budimex. Oznacza to, że Budimex nie oszacował w ogóle w swojej ofercie kosztów ulepszenia gruntu mimo takiej jednoznacznej deklaracji wskazanej w wyjaśnieniach. Być może zatem to jest ta „przewaga” pozwalająca na zaoferowanie tak niskiej ceny, a zatem niedoszacowanie kosztów ulepszenia gruntu. Jeśli zatem doliczymy koszty niezbędnego spoiwa i sprzętu to cena Budimex znacznie wzrośnie. Nie tylko skonsumuje założony zysk, ale oferta będzie już dla wykonawcy nierentowna, co oznacza, że wyjaśnienia wykonawcy Budimex potwierdzają, że jego cena jest rażąco niska.

W opinii Odwołującego szacowana wartość sprzętu i materiału związanych z wykonaniem ulepszenia gruntu,

której nie zawarł Wykonawca w swojej ofercie kształtuje się następująco:

Wartość sprzętu:

Koszt recyklera i siewki do ulepszenia gruntu wg oferty firmy BM Drog, złożonej dla podwykonawcy Odwołującego wynosi 1,80 zł/m²

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment oferty na ulepszenie gruntu.

Powierzchnia łączna ulepszenia wynikająca z tabeli ofertowej poz. II.13, poz. II.14, poz. II.15 w przeliczeniu na 1 m² wynosi 2.878.605,70 m² przy uwzględnieniu grubości warstwy 40cm $2.878.605,70 \text{ m}^2 \times 1,80 \text{ zł/m}^2 = \underline{5\,181\,490,26 \text{ zł}}$

Wartość materiału:

Koszt zakupu i dostawy spoiwa hydraulicznego zgodnego z wymaganiami Zamawiającego, tj. np. CEM II/B-M (V-LL) 32,5 R za cenę, którą Odwołujący przyjmuje na podstawie oferty, jaką dla podwykonawcy odwołującego złożyła firma Se-Pal E.S. wynosi odpowiednio:

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment oferty podwykonawcy, tj. fragment oferty na spoiwa hydrauliczne zgodne z wymaganiami SWZ.

Nadmienił, że średnia cena Sekocenbud I kw. 2024 dla tego typu materiału wynosi 557,45 za tonę, więc te wyliczenia Odwołującego i tak są niższe od średniej ceny za ten materiał.

Łączna ilość spoiw niezbędnych do wykonania Zamówienia oparta na dozowaniu 15kg/m² przyjęta na podstawie recepty na grunt ulepszony cementem w oparciu o normę PN-S- 96012:1997 w celu uzyskania wymaganych parametrów wynosi:

$2.878.605,70 \text{ m}^2 \times 0,015 \text{ Mg/m}^2 = 43.179,09 \text{ Mg} \times 489,00 \text{ zł/Mg} = \underline{21.114.572,81 \text{ zł netto}}$

Łączna wartość R + M + S dla wykonania 100% ulepszenia gruntów wg. założeń jak wyżej wynosi = 5 181 490,26 zł + 21.114.572,81 zł = 26.296.063,07 zł netto

Dla porównania drugi oferent, tj. Strabag w swojej ofercie przyjął konieczność zastosowania spoiw w ilości 43 582,63 Mg, co potwierdza poprawność ww. założeń, co do ilości spoiw przyjętej do analizy porównawczej.

Przyjmując powyższą kalkulację nawet jako najbardziej niekorzystny scenariusz konieczności zastosowania ulepszenia 100% gruntów, to przyjęta w ofercie Budimex wartość zysku wynosząca 359.108,72 zł, nie pokrywa nawet 1,5% wartości kosztów ulepszenia gruntu (nieujętych przez Budimex). Potwierdza to, że ten oferent nie ma możliwości zrealizowania przedmiotu Zamówienia w sposób prawidłowy, nie przewidując kosztów ulepszenia w wykazie sprzętu, ale także nie zabezpieczając w żaden sposób ryzyka wystąpienia konieczności takich prac (którą to konieczność wystąpienia sam potwierdzenia w wyjaśnieniach w przytoczonym powyżej pkt. „Ad.4” wyjaśnienia rażąco niskiej ceny). Założony przez Budimex zysk jest zdecydowanie niewystarczający na pokrycie tych prac, które są niezbędne do wykonania w celu prawidłowej realizacji przedmiotu Zamówienia.

Z powyższego jasno wynika, że oferta Budimex jest niedoszacowana w zakresie wymagań dotyczących ulepszenia gruntu. Być może Budimex mógłby polemizować, że są to ceny, które są dostępne Odwołującemu Skanska i mógłby on uzyskać inne korzystniejsze ceny na rynku. Jednakże polemika ta miałaby sens tylko wtedy, gdyby Budimex po prostu wskazał jakieś wyliczenia dla tej pozycji.

Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny Budimex wynika, że Budimex miał świadomość konieczności ulepszenia gruntu, jednakże zupełnie pominął te pozycje w kosztach i wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny. Słowem, mimo wskazania, że będzie to wykonywał zupełnie pominął koszty wykonania ulepszenia gruntów. Natomiast jak wskazywał powyżej Odwołujący, są to znaczne koszty, co przekłada się wprost na zarzut rażąco niskiej ceny.

W tym miejscu Odwołujący wskazuje odnosząc się zarówno do oferty Budimex jak i Strabag, że konieczność ulepszenia warstw nasypowych w celu osiągnięcia wymaganych w dokumentacji parametrów warstw wynika z warunków gruntowych przedstawionych w załączonej do dokumentacji postępowania opinii geotechnicznej badań podłoża gruntowego.

Zamawiający w STWiORB D-02.01.01 punkt 2.3 wskazał, że wykonawca składając ofertę winien założyć, że podłoże budowli ziemnej celem uzyskania wymaganych parametrów winno być ulepszone. Nie kwestionują tego zarówno Strabag jak i Budimex, jednakże nieprawidłowo wyliczają w swojej cenie ofertowej ulepszenie gruntu jak Strabag, lub w ogóle go nie ujmują jak Budimex, mimo wskazania, że będą wykonywać ulepszenie gruntu. **Podsumowując wskazał, że jest wysoce prawdopodobne, iż jest to wyjaśnienie zaoferowania tak niskiej ceny zarówno przez Strabag jak i Budimex.** Oferta Budimex powinna być zatem odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę, co potwierdzają ewidentnie wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy Budimex.

Nie zgodność oferty Budimex z warunkami zamówienia

Budimex w swoich wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny złożył oświadczenie, iż zamierza ulepszyć grunty nieprzydatne do zabudowy, **jednakże jako rodzaj spoiwa które przyjmuje do ulepszenia wskazał między innymi popiół.**

W tym miejscu wskazał, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w szczególności zgodnie z wymaganiami STWiORB oraz dokumentacji projektowej (opis do projektu wykonawczego / Załącznik 1A.2.3 - PROJEKT TECHNICZNY.pdf), wynika jednoznacznie, że Zamawiający oczekuje od Wykonawcy zastosowania materiałów, które

posiadają dopuszczenie do stosowania w budownictwie kubaturowym – przeznaczonym na stały pobyt ludzi.

Wynika to z faktu, że na tym podłożu zostanie wybudowana fabryka, a zatem Zamawiający nie może pozwolić sobie na zastosowanie materiałów, które nie mogą być stosowane w budownictwie kubaturowym.

W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment opisu do projektu technicznego. W tym miejscu odwołania Odwołujący zamieścił fragment STWiORB D-02.01.01.

Wskazanie popiołu, który jest materiałem niedopuszczalnym w budownictwie ze względu na fakt, że materiał ten może być niebezpieczny dla zdrowia, co tym bardziej wyłącza go z użycia w przypadku obiektów kubaturowych i dyskwalifikuje w zupełności ofertę Budimex i przesądza o zaoferowaniu materiału niezgodnego z swz.

Ponadto analogiczna jest argumentacja dotycząca zasadności stosowania spoiw hydraulicznych jak w przypadku argumentów podniesionych przez Odwołującego względem oferty Strabag przytoczona na stronach 7 do 9. Wobec powyższego, oferta Budimex powinna być także odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający w dniu 13.05.2024 r. wezwał (za pośrednictwem strony internetowej prowadzonego postępowania: https://lsse.logintrade.net/zapytania_email,156401,2523d762d99e2eaf08f8d74efc7cf83c.html) wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 14.05.2024 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) BUDIMEX S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: BUDIMEX S.A.

W dniu 16.05.2024 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24, sygn. akt: KIO 1651/24:

W dniu 31.05.2024 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, dwie oddzielne odpowiedzi na odwołanie, w których uwzględnił zarzut 1 ewentualny (odwołanie KIO 1643/24), zarzut 7 ewentualny (odwołanie KIO 1651/24), a w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie zarzutów odwołań.

Wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów: wezwań Zamawiającego skierowanych do wykonawców STRABAG i BUDIMEX po wniesionych odwołaniach w zakresie: – STRABAG: wskazania osoby na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zastosowania materiału budowlanego - wszystkie na okoliczność czynności podejmowanych przez Zamawiającego zmierzających do dokładnego wyjaśnienia okoliczności sprawy; – BUDIMEX: zastosowania materiału budowlanego na okoliczność czynności podejmowanych przez Zamawiającego zmierzających do dokładnego wyjaśnienia okoliczności sprawy; oraz udzielonych przez wykonawców wyjaśnień. (Załącznik nr 1 i 2)

Odnosnie odwołania o sygn. akt: KIO 1643/24.

Zarzut alternatywny został przez Zamawiającego uwzględniony.

W zakresie Zarzutu nr 1 podstawowego Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

1.1. Zamawiający wymagał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dysponowania osobami, w tym min. 1 osobą:

– z 5 letnim doświadczeniem w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz
– uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z art. 12, art. 12a ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2021 r. poz. 2351 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy prawo budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2021 r. poz. 1646).

1.2. W złożonych na wezwanie podmiotowych środkach dowodowych wykonawca STRABAG wskazał na potwierdzenie spełnienia warunku:

1.3. Zamawiający po zapoznaniu się z zarzutami odwołania wezwał wykonawcę STRABAG do wyjaśnień dotyczących doświadczenia i uprawnień osoby wskazanej w wykazie. Zamawiający powziął wątpliwości z uwagi na załączone do odwołania screeny z których wynika, że p. Spodymek została wpisana na listę członkowską 01.10.2021 r., a więc nie ma wymaganego 5 – letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej.

Wykonawca wyjaśnił, iż jego zdaniem *w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał dysponowania jedynie jedną osobą posiadającą doświadczenie obejmujące sprawowanie funkcji Kierownika budowy, tj.*

uczestnika procesu budowlanego, o którym mowa w art. 17 Prawa budowlanego. Wynika to z literalnego brzmienia pierwszego wiersza tabeli z pkt 5.1.1.1 SWZ (tj. wiersza odnoszącego się do pierwszej z wymaganych osób). Wskazano tam bowiem jednoznacznie, iż wymagana osoba powinna dysponować doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika budowy w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej, wynoszącym 10 lat. Wyłącznie zatem dla jednej z wymaganych osób Zamawiający określił funkcję, w sprawowaniu której taka osoba powinna posiadać doświadczenie. Funkcja ta (tj. „Kierownik budowy”) odnosi się wprost do art. 17 pkt 4 Prawa budowlanego, gdzie kierownika budowy wskazano jako jednego z uczestników procesu budowlanego.

Z uwagi na to, iż dla pozostałych osób nie określono funkcji przyjął, iż nie musiały one formalnie sprawować obowiązków kierownika budowy w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, stąd doświadczenie zawodowe wynoszące odpowiednio 5 lub 10 lat rozumiał jako wykonywanie zadań z zakresu kierowania robotami, jednak nie odnoszącego się do formalnego sprawowania funkcji kierownika budowy. Co jest niezwykle istotne, p. Spodymek uprawnieniami do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno – budowlanej legitymuje się od 2016 r., więc 5 letni okres doświadczenia wskazany w warunku został spełniony. To co jest sporne, to czy pełniła funkcję Kierownika budowy/robot w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, do czego niezbędny jest wpis na listę członkowską Izby.

1.4. Zdaniem Zamawiającego niewykazanie przez wykonawcę STRABAG spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie nosi znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Obligatoryjną przesłanką do uznania czynu za czyn nieuczciwej konkurencji jest takie zawinione i bezprawne zachowanie danego podmiotu, celem którego jest wyeliminowanie konkurenta z rynku lub utrudnienie mu dostępu do niego (wyrok SO XXIII Zs 153/22). Istotne przy kwalifikacji jest, czy oświadczenie złożone przez wykonawcę zostało złożone celowo jako nieprawdziwe. Ze złożonych wyjaśnień wynika, iż wykonawca przyjął wskazanie funkcji w pozycji pierwszej wykazu „Kierownik budowy” jako wytyczną do potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie formalnego wykonywania prac w charakterze kierownika budowy w rozumieniu Prawa budowlanego, zaś w przypadku pozostałych osób, przez brak wskazania funkcji w wymaganiach dla warunku przyjął faktyczne doświadczenie, nabyte przez wykonywanie czynności kierowania robotami, niekoniecznie zaś w rozumieniu art. 17 ustawy Prawo budowlane, co przeczy celowości wprowadzania w błąd Zamawiającego.

1.5. Jednocześnie Zamawiający nie zgadza się z taką interpretacją zapisu warunku. Podana w wykazie funkcja dotyczy Kierownika budowy w ramach prowadzonego aktualnie postępowania, przez co Zamawiający rozumie, że osoba z pozycji 1 wykazu będzie kierownikiem budowy udzielonego zamówienia. Stąd konieczne było uwzględnienie zarzutu ewentualnego.

II. Art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp i art. 462 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, pomimo jej niezgodności z warunkami zamówienia przez przyjęcie, iż całość zamówienia zostanie powierzona i zrealizowana przez podwykonawców. Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu.

Zgodnie z dokumentami zamówienia, w tym punktem 3.4 SWZ w zakres wykonania zadania inwestycyjnego wchodzi:

1) Prace projektowe. W zakres prac projektowych wchodzi następujące opracowanie: Projekt technologiczny kształtowania platformy drogowej obejmujący plan warstwicowy wykonany z dokładnością do 5cm, w tym skarpy na styku z projektowanymi pozostałymi platformami i istniejącym terenem.

2) Prace przygotowawcze obejmujące:

a) Wykonanie rozbiórki nawierzchni drogowej byłej drogi powiatowej. Szczegółowy opis zakresu rozbiórki przedstawiono w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 1,

b) Wykonanie rozbiórki istniejącej sieci wodociągowej biegnącej wzdłuż drogi powiatowej oraz kabla teletechnicznego. Szczegółowy opis zakresu rozbiórki przedstawiono w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 1,

3) Roboty Budowlane które są podzielone na dwa etapy.

W formularzu ofertowym STRABAG wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom:

/W tym miejscu tabelaryczny fragment oferty/

Już z samej treści oferty wynika, iż chociażby prace projektowe nie zostały przewidziane do powierzenia podwykonawcom, co przeczy twierdzeniom Odwołującego. Zamawiający dodatkowo po zapoznaniu się z zarzutami wystąpił do wykonawcy STRABAG o wyjaśnienie kwestii zakresu podwykonawstwa, na co uzyskał potwierdzenie, że prace projektowe, nadzory, prace planistyczne, koordynacyjne, logistyczne, pomiary geodezyjne a także wycinka drzew i zakrzewień nie zostaną powierzone podwykonawcom, co tym samym czyni zarzut Odwołującego bezzasadnym.

III. Art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 uznk w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, która zdaniem Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji z uwagi na zaoferowanie 10 tygodniowego terminu realizacji zamówienia; Alternatywnie

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez nieprawidłowe dokonanie oceny oferty STRABAG i przyznanie punktów w kryterium pozacenowym: termin realizacji.

3.1 Zamawiający przyjął kryterium pozacenowe termin realizacji, podzielone na Etap I (15%) i Etap 2 (15%).

3.2 Wykonawca STRABAG zaoferował termin 10 tygodni dla Etapu II. Zamawiający dopytał STRABAG, czy wykonawca prawidłowo rozumie termin wykonania II Etapu, tak jak to wskazano w SWZ, czyli że na wykonanie II Etapu wg oferty jest 10 tygodni od przekazania placu budowy, nie zaś od ukończenia Etapu I. STRABAG potwierdził, że prace budowlane Etapu II zostaną wykonane w terminie 10 tygodni od daty przekazania placu budowy.

3.3 Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą harmonogramu wykonania prac, przyznanie punktów w kryterium opierało się o oświadczenie wykonawcy.

3.4 Zamawiający nie ma podstaw przyjąć, że termin nie jest możliwy do dotrzymania. Jednocześnie z wezwaniem do potwierdzenia zaoferowanego terminu Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i w oparciu o złożone wyjaśnienia dokonał również weryfikacji możliwości zrealizowania robót w zadeklarowanym terminie. Złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny uwiarygodniły zaoferowany przez STRABAG termin.

3.5 Wykonanie makroniwelacji terenu 50 ha w terminie 10 tygodni jest ambitnym zadaniem, jednakże możliwym do zrealizowania przede wszystkim pod warunkiem użycia specjalistycznego sprzętu i dobrze zorganizowanej logistyki.

3.6 Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, iż STRABAG zaplanował użycie dużej liczby specjalistycznego sprzętu (58 maszyn) o wysokiej wydajności, obsługi geodezyjnej wykonywanej za pomocą dronów (zastosowanie nowoczesnych technologii, takich jak GPS i drony, może znacznie zwiększyć efektywność i dokładność prac) oraz założył do wykonania zamówienia 74 pracowników fizycznych.

3.7 Odwołujący wybiórczo przywołuje wyjaśnienia wykonawcy STRABAG i dokonuje wyliczeń opartych o swoją metodologię, co nie oznacza, iż przyjęte założenia są jedynie słuszne i tylko wg zaprezentowanych w odwołaniu wyliczeń można kalkulować termin realizacji prac. Odwołujący zarzuca w punkcie 37 odwołania, że STRABAG nie złożył szczegółowych wyjaśnień w zakresie poprawności kalkulacji sprzętu w tym technologii prowadzenia prac ani graficznego schematu realizacji robót. Jednakże Zamawiający takich dokumentów nie wymagał i o nie wzywał.

3.8 Zamawiający odrzucając ofertę STRABAG musiałby swoją decyzję należycie uzasadnić i umotywować. Tymczasem z prezentowanych przez STRABAG kalkulacji zaangażowania pracowników i sprzętu nie wynika i nie przeczą one temu, że zaoferowany termin 10 tygodni jest możliwy do dotrzymania.

3.9 Do stwierdzenia realności terminu można w uproszczony sposób przyjąć następujące wyliczenia: przy powierzchni terenu 50 ha (500.000 m²) i średniej głębokości niwelacji 0,5 metra można przyjąć całkowitą objętość ziemi do przemieszczenia: 500.000 m² x 0,5 m = 250.000 m³. Zakładając wydajność 1 koparki na poziomie 25m³/h i czas pracy 10 godzin dziennie, 5 dni w tygodniu, w ciągu 10 tygodni roboczogodzin będzie 500. Wydajność 1 koparki w ciągu 10 tygodni wynosi 25m³/h x 500h = 12.500 m³. Liczba koparek do przemieszczenia 250.000 m³ ziemi wynosi 250.000m³/12.500 m³/koparka = 20 koparek.

Wg zestawienia sprzętu STRABAG angażuje do realizacji prac 21 koparek oraz oczywiście spycharki, walce, recyklerzy i inny sprzęt. Zaprezentowane wyliczenia są oczywiście uproszczone w najbardziej możliwy sposób, jednakże celem Zamawiającego jest wykazanie, że nie jest prawdą, że jedyny właściwy sposób kalkulacji terminu to ten wskazany przez Odwołującego.

3.10 Żeby zaoferowanie terminu realizacji zamówienia było czynem nieuczciwej konkurencji, działanie wykonawcy musi być nakierowane na eliminację z rynku innych wykonawców a także zaoferowany termin musiałby być w sposób oczywisty, jednoznacznie niemożliwy do dotrzymania. Każdy wykonawca miał możliwość zaoferowania terminu zgodnego ze swoimi możliwościami i wyliczenie go w sposób właściwy dla przyjętej metodologii. Termin zaoferowany przez STRABAG zdaniem Zamawiającego jest możliwy do spełnienia, stąd Zamawiający wnioskuje o oddalenie zarzutu.

IV. Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, pomimo niezgodności z warunkami zamówienia Zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do pozostałych zarzutów odwołania. Odwołujący nie uzasadnia odrębnie zarzutu.

V. Art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG pomimo, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5.1 Zamawiający wezwał wykonawcę STRABAG do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zakreślając żądanie wykazania prawidłowości kalkulacji w szczególności do pozycji:

– l.p. 30 (II.10) tj. wylot prefabrykowany pod rurę Dn 800 mm.

Przedstawienie szczegółowej kalkulacji wbudowanego materiału a także ujętych w tej pozycji prac ziemnych, przygotowania podłoża, fundamentu, wykonania podsypki i zasypki.

– l.p. 63 – 64 (III.20 – 21) tj. ogrodzenie systemowe.

Przedstawienie szczegółowej kalkulacji wbudowanego materiału oraz kosztów instalacji (wbudowy).

– l.p. 66 (III.22) tj. wlot – wylot betonowy.

Przedstawienie szczegółowej kalkulacji wbudowanego materiału a także ujętych w tej pozycji prac ziemnych, przygotowania podłoża, fundamentu, wykonania podsypki i zasypki.

Na okoliczność zaoferowanej ceny dla ww. pozycji Zamawiający wymagał wykazania się dowodem, że w oferowanej cenie możliwy jest zakup materiału.

Zamawiający zawnioskował również o wykazanie prawidłowości kalkulacji dla:

1. Używanego sprzętu i zastosowanych materiałów – minimum: rur, wlotów – wylotów, ogrodzenia systemowego, kruszywa wymaganego do realizacji robót;

2. Robocizny – w tym:

- wynagrodzenia personelu: w tym koszty zatrudnienia pracowników (konieczne jest wykazanie etatów, stawek zatrudnienia zapewniających minimum stawki ustawowe minimalne);

- kosztów robót geotechnicznych;

- kosztów projektów technologicznych;

- kosztów personelu wymaganego celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

Zamawiający wymagał wykazania, iż w cenie uwzględniono minimum koszty robocizny związane z:

- pracami przygotowawczymi;

- wyrównaniem terenu;

- wykonaniem zbiornika retencyjnego;

Jeżeli wykonawca ponosi koszty dodatkowe pracodawcy/zleceniodawcy – proszono o ich wykazanie.

3. Koszty transportu sprzętu, osób i materiałów na plac budowy;

4. Koszty utylizacji gruntu;

4. Koszty pośrednie związane z realizacją zamówienia (koszty utrzymania placu budowy, koszty magazynowe, koszt ubezpieczenia i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty przygotowania dokumentacji powykonawczej).

5. Marża/zysk.: wymagane jest wykazanie, że złożona oferta umożliwia wykonanie zamówienia z zyskiem.

W wymaganym terminie STRABAG złożył wyjaśnienia precyzyjnie odpowiadając na wezwanie i odnosząc się do wszystkich żądanych pozycji wraz ze złożeniem odpowiednich dowodów. Odwołujący dla pozycji III.13 opiera zarzut rażąco niskiej ceny głównie na geowłókninie separującej, która została wyceniona dla dwóch warstw po cenie 3,19 zł/m² co daje koszt 6,38 zł zamiast 3 warstw, co powinno dać cenę 3x3,19 zł/m²=9,57 zł/m² i w konsekwencji brakujące 15 199,07 zł w koszcie przyjętego materiału. Odwołujący wskazał również porównanie cen jednostkowych dla pozycji III.13, czyli wykonania skarpy chodnika w ofertach innych wykonawców: /W tym miejscu odpowiedzi stosowna tabela/

Powyższe porównanie dowodzi, jak rozbieżna może być kalkulacja pozycji przy uwzględnieniu ryczałtowego charakteru wynagrodzenia. W ofercie wykonawcy Skanska S.A. za cenę 85.770.243,70 zł, czyli ok 50 mln droższej od oferty STRABAG za tę samą pozycję przyjęto kwotę niższą niż w ofercie Budimex (ok 40 mln. tańszej od oferty Skanska S.A.). Dla pozycji III.14 zarzuca się nieuwzględnienie materiałów o wartości 5651,63 zł.

Dla pozycji III.15 zarzuca się nieuwzględnienie materiałów o wartości 545,21 zł.

Dla pozycji III.16 zarzuca się nieuwzględnienie materiałów o wartości 417,13 zł.

Odwołujący skupił się na zarzutach dotyczących 4 pozycji, tymczasem nie są to pozycje, które w znacznym stopniu przyczyniają się do kosztów wykonawcy. Sumarycznie wartość rzekomego niedoszacowania wynosi 21.813,46 zł, co przy cenie 34 829 151,64 zł nie jest wartością istotną. W orzecznictwie KIO podkreśla się, *żenawet jeśli pomimo dosyć niskiej wyceny jednego czy dwóch składników całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w tym przypadku nie może być mowy o wystąpieniu rażąco niskiej ceny. Decydujące znaczenie należy przypisać zależności pomiędzy jednostkowymi zaniżeniami a ceną całej oferty, a nie traktować ceny pojedynczych składników oferty, choćby były one na niskim poziomie, w sposób wyizolowany i oderwany od całej oferty* (KIO 2259/22). *Aby można było mówić o zaoferowaniu przez wykonawcę rażąco niskiej ceny, to cena za wykonanie całego przedmiotu zamówienia musiałaby kształtować się poniżej kosztów realizacji usługi. Zgodnie z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, wyjaśnieniom mogą podlegać również części składowe oferty, jednak wtedy, gdy mają one istotne znaczenie* (KIO 252/24). Dla Zamawiającego kluczowe jest, że wykonawca STRABAG złożonymi precyzyjnymi wyjaśnieniami obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Przedstawione wyjaśnienia i dowody pozwoliły na uznanie prawidłowości kalkulacji oferty.

Odnosnie odwołania o sygn. akt: KIO 1651/24.

I. Art. 252 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą; Zarzut wynikowy, Odwołujący nie przedstawił odrębnego uzasadnienia dla zarzutu.

II. Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Strabag wynika, że zaoferował (wycenił) on materiał niezgodny z dokumentami zamówienia, zaoferował on materiał niedopuszczony w budownictwie kubaturowym, a Zamawiający nie dopuścił do tego, aby wykonawcy oferowali materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym;

2.1. Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu.

2.2. W dokumentach zamówienia Zamawiający zawarł zastrzeżenie, że technologię prowadzenia prac ziemnych, wymagany sprzęt, ilość wody, środki i dodatki ulepszające określa wykonawca. Zamawiający nie narzucił rozwiązań technologicznych, a ewentualne użycie spoiw celem ulepszenia gruntów, jeżeli będą konieczne, muszą być uwzględnione w cenie oferty.

2.3. Zamawiający nie wymagał również złożenia wraz z ofertami przedmiotowych środków dowodowych.

2.4. Również w wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie żądano wykazania prawidłowości kalkulacji spoiw ani też

ogólnie materiałów do zagęszczenia.

2.5.Odwołujący wywodzi niezgodność oferty STRABAG z dokumentami zamówienia na podstawie Kart Oceny Technicznej (dalej: KOT), które również nie zostały złożone przez STRABAG, jednakże w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny STRABAG wykazywał przyjęty do wycień materiał Bauweg, wskazując w kolumnie Specyfikacja Techniczna numer KOT, co umożliwia identyfikację wyrobu i dokumentów technicznych.

2.6.Z uwagi na zastrzeżenie o ewentualności zastosowania spoiw oraz, że technologię prowadzenia prac ziemnych i dodatków określa wykonawca, Zamawiający nie powziął wątpliwości co do wskazanego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny materiału.

2.7.Po zapoznaniu się z zarzutami odwołania Zamawiający wystąpił jednak do STRABAG o wyjaśnienie, czy na etapie realizacji prac wykonawca zamierza użyć spoiwo, które jak wykazuje SKANSKA, nie jest dopuszczone w budownictwie kubaturowym.

2.8.Wykonawca STRABAG wyjaśnił, iż w jego ocenie w ramach wykonania niniejszego zadania nie ma potrzeby stosowania spoiw w celu doprowadzenia gruntu do wymaganych parametrów zagęszczenia oraz nośności. W związku z tym nie przewiduje konieczności stosowania spoiw podczas wykonywania robót objętych zamówieniem. Podkreślił, że realizacja robót przypadnie na okres letni, gdy panują wysokie temperatury powietrza i mając to na uwadze przewiduje zabieg wymieszania recyklerem (sprzęt wykazywany był w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny). Jednakże, jeżeli zajdzie potrzeba zastosowania spoiwa, to będzie stosował wyłącznie spoiwa zgodne z wymaganiami określonymi w SWZ.

2.9.W tym miejscu odnotował w jaki sposób wystawiane są Krajowe Oceny Techniczne, celem wykazania, że zgodność z normą dotyczącą budownictwa komunikacyjnego nie oznacza bezwzględnie niemożności zastosowania wyrobu w budownictwie kubaturowym.

2.10.Jeżeli wyrób budowlany nie jest objęty normą zharmonizowaną i nie została wydana dla tego wyrobu europejska ocena techniczna to nie mają do niego zastosowania przepisy Rozporządzenia nr 305/2011, wtedy taki wyrób budowlany może być wprowadzony do obrotu lub udostępniony na rynku krajowym, jeżeli został, zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy o wyrobach budowlanych, oznakowany znakiem budowlanym. Dla wyrobu producent musi sporządzić deklarację właściwości użytkowych. W krajowej deklaracji właściwości użytkowych producent deklaruje właściwości użytkowe wyrobu budowlanego zgodnie z właściwą przedmiotowo Polską Normą wyrobu lub krajową oceną techniczną. W tym celu odnosi się do zasadniczych charakterystyk, które mają wpływ na spełnienie podstawowych wymagań przez wyroby budowlane, zgodnie z zamierzonym zastosowaniem tego wyrobu. Krajowe oceny techniczne są wydawane, zmieniane, przedłużane i uchylane na wniosek producenta przez:

- 1)Jednostki oceny technicznej (instytuty badawcze i instytuty Sieci);
- 2)Krajowe jednostki oceny technicznej (instytuty badawcze i instytuty Sieci);

Dla wyrobu Bauweg, jako spoiwa stosowanego do ulepszenia czy stabilizacji gruntów w KOT wskazano normę drogową, brak jest bowiem norm czy KOT odnoszących się do budownictwa kubaturowego. Stąd nie można twierdzić, że wskazanie w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny spoiwa Bauweg kwalifikuje ofertę jako niezgodną z warunkami zamówienia.

2.11.Odwołujący wskazuje, iż w jego opinii prawidłowym spoiwem może być wyłącznie wskazany przez niego cement, powszechnie stosowany w budownictwie kubaturowym, przeznaczonym na stały pobyt ludzi. Podkreślić należy, iż mimo przyjętych ograniczeń materiałowych, niniejsze postępowanie dotyczy wykonania robót ziemnych, co oczywiście nie oznacza, że Zamawiający dopuści materiały inne niż wskazane w dokumentacji, jednakże nie można przesądzić, że wyłącznie cement wskazany przez Odwołującego jest materiałem możliwym do zastosowania.

2.12.W świetle złożonych wyjaśnień a także literalnych zapisów SWZ Zamawiający nie ma podstaw, aby uznać, iż oferta STRABAG winna zostać odrzucona.

III.Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Budimex wynika, że zaoferował (wycenił) on materiał niezgodny z dokumentami zamówienia, zaoferował on materiał niedopuszczony w budownictwie kubaturowym, a Zamawiający nie dopuścił do tego, aby wykonawcy oferowali materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym;

3.1.Podobne zarzuty zostały skierowane w stosunku do wykonawcy BUDIMEX i wskazanego materiału: popiołu.

3.2.Zamawiający wnosil o przyjęcie analogicznej argumentacji jak w przypadku oferty STRABAG.

3.3.Zamawiający również i do wykonawcy BUDIMEX wystąpił o wyjaśnienia dotyczące wskazanego materiału. Wyjaśnienia są przekonujące i Zamawiający nie ma żadnych wątpliwości co do prawidłowości oferty BUDIMEX.

3.4.W wyjaśnieniach BUDIMEX wskazał, że zakłada użycie spoiwa – cementu sformułowanie „popiół”, użyte w ramach wyjaśnień ceny oferty odnosi wyłącznie do ewentualnego, alternatywnego wykorzystania spoiwa TEFRA dopuszczonego do stosowania w budownictwie.

3.5.Z istotnych kwestii BUDIMEX również wskazał, że w Polsce ocena techniczna spoiw stosowanych do ulepszenia czy stabilizacji gruntów odbywa się na podstawie możliwości ich wykorzystania w budownictwie komunikacyjnym. Powodem takiego stanu rzeczy jest brak norm czy przepisów technicznych odnoszących się konkretnie do budownictwa kubaturowego, które w sposób wyczerpujący opisywałyby sposób wykonania ulepszenia lub stabilizacji gruntów i robót

ziemnych. W związku z tym w odniesieniu zastosowanie znajdują normy opracowane dla budownictwa komunikacyjnego jak min. norma drogowa PN-S02205 (na którą wskazuje sam Zamawiający w STWiORB) w odniesieniu do robót ziemnych. W związku z tym nawet wskazanie w Krajowej Ocenie Technicznej podstawowego wykorzystania danego materiału/spoiwa w budownictwie komunikacyjnym nie dyskwalifikuje od razu tego spoiwa (w tym spoiwa popiołowego) jako materiału możliwego do wykorzystania w budownictwie kubaturowym. Należy także zwrócić uwagę, że Odwołujący w treści odwołania powołuje się na postanowienia normy PN-S-96012 (str. 51 odwołania) uzasadniając założone dozowanie spoiwa, czym pokazuje ponownie brak konsekwencji i sprzeczność w swojej argumentacji dotyczącej braku możliwości zastosowania spoiwa popiołowego z uwagi na fakt, że norma odnosi się do budownictwa komunikacyjnego. Odwołujący bowiem z jednej strony dyskwalifikuje spoiwa popiołowe na podstawie postanowień Krajowej Oceny Technicznej wskazujących ich podstawowe przeznaczenie do budownictwa komunikacyjnego, ale następnie sam uzasadnia przyjęte dozowanie cementu w oparciu o postanowienia normy przeznaczonej do budowy dróg samochodowych PN-S-96012.

3.6. Zamawiający wnosil o oddalenie zarzutu jako niezasadnego.

IV. Art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, która zawiera rażąco niską cenę, co potwierdzają jednoznacznie wyjaśnienia Strabag w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż wynika z nich, że Strabag wręcz nie wziął pod uwagę kosztów niektórych pozycji, a w zakresie materiału do zagęszczenia gruntu zaoferował materiał tańszy, co przy zaoferowaniu materiału zgodnego z swz pokazuje ewidentnie niedoszacowanie.

4.1. Zamawiający wezwał wykonawcę STRABAG do wyjaśnień rażąco niskiej ceny zakreślając żądanie wykazania prawidłowości kalkulacji w szczególności do pozycji:

– l.p. 30 (II.10) tj. wylot prefabrykowany pod rurę Dn 800 mm.

Przedstawienie szczegółowej kalkulacji wbudowanego materiału a także ujętych w tej pozycji prac ziemnych, przygotowania podłoża, fundamentu, wykonania podsypki i zasypki.

– l.p. 63 – 64 (III.20 – 21) tj. ogrodzenie systemowe.

Przedstawienie szczegółowej kalkulacji wbudowanego materiału oraz kosztów instalacji (wbudowy).

– l.p. 66 (III.22) tj. wlot – wylot betonowy.

Przedstawienie szczegółowej kalkulacji wbudowanego materiału a także ujętych w tej pozycji prac ziemnych, przygotowania podłoża, fundamentu, wykonania podsypki i zasypki.

Na okoliczność zaoferowanej ceny dla ww. pozycji Zamawiający wymagał wykazania się dowodem, że w oferowanej cenie możliwy jest zakup materiału.

Zamawiający zawnioskował również o wykazanie prawidłowości kalkulacji dla:

1. Używanego sprzętu i zastosowanych materiałów – minimum.: rur, wlotów – wylotów, ogrodzenia systemowego, kruszywa wymaganego do realizacji robót;

2. Robocizny – w tym:

- wynagrodzenia personelu: w tym koszty zatrudnienia pracowników (konieczne jest wykazanie etatów, stawek zatrudnienia zapewniających minimum stawki ustawowe minimalne);

- kosztów robót geotechnicznych;

- kosztów projektów technologicznych;

- kosztów personelu wymaganego celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

Zamawiający wymagał wykazania, iż w cenie uwzględniono minimum koszty robocizny związane z:

- pracami przygotowawczymi;

- wyrównaniem terenu;

- wykonaniem zbiornika retencyjnego;

Jeżeli wykonawca ponosi koszty dodatkowe pracodawcy/zleceńodawcy – proszono o ich wykazanie.

3. Koszty transportu sprzętu, osób i materiałów na plac budowy;

4. Koszty utylizacji gruntu;

4. Koszty pośrednie związane z realizacją zamówienia (koszty utrzymania placu budowy, koszty magazynowe, koszt ubezpieczenia i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty przygotowania dokumentacji powykonawczej).

5. Marża/zysk.: wymagane jest wykazanie, że złożona oferta umożliwia wykonanie zamówienia z zyskiem.

4.2. W wymaganym terminie STRABAG złożył wyjaśnienia precyzyjnie odpowiadając na wezwanie i odnosząc się do wszystkich żądanych pozycji wraz ze złożeniem odpowiednich dowodów.

4.3. Odwołujący wskazuje na niedoszacowanie odpowiednio:

a) Spoiwa – argumentując, iż gdyby STRABAG przyjął do kalkulacji spoiwo jakie on przyjął, po cenie jaką jemu zaoferowano, to cena oferty byłaby o prawie 18 mln droższa;

b) Zasypka i zagęszczenie gruntu po likwidacji sieci;

c) Obsiew mechaniczny;

d) Profilowanie i przepchnięcie materiałów;

e) Zakup i dostawa piasku;

f) Zakup i dostawa materiału podkładowego pod rurę;

- g) Koszty związane z obniżeniem poziomu zwierciadła wód gruntowych;
- h) Dostawa piasku dla warstwy zabezpieczającej;
- i) Dostawa warstwy geowłókniny;
- j) Koszty związane z rozłożeniem balastu z kruszywa dla pozycji III.17;
- k) Koszty związane z rozłożeniem balastu z kruszywa dla pozycji III.18;
- l) Dostawa materiału podsypki, obsypki i nadsypki piaskowej;

4.4. Odwołujący brak kalkulacji materiałów lub prac wnioskuje z załącznika nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny – szczegółowa kalkulacja pozycji, polemizując ze sposobem przedstawienia kalkulacji pozycji, wskazując, że w jego opinii w wymienionych pozycjach konieczne było kalkulowanie dodatkowego materiału lub pracy sprzętu. Tymczasem STRABAG przykładowo w opisie pozycji nr I.2 wskazuje wykonanie pracy polegającej na likwidacji nieczynnego kabla telekomunikacyjnego, wykazując koszt sprzętu i pracownika. W szczegółowej kalkulacji nie wskazano zagęszczania i wypełniania gruntem, więc zgodnie z opisem pozycji nie było zasadne doliczanie materiałów, a jedynie wykazanie kosztu pracy. W innych pozycjach Odwołujący zarzuca brak ujęcia pozycji, pomimo wskazania przez STRABAG materiałów czy prac w założeniach kalkulacyjnych. Tymczasem suma wszystkich pozycji z załącznika nr 1 daje łącznie 25 369 550,51 zł, zaś oferta STRABAG została złożona na kwotę 34 829 151,64 zł.

4.5. Zamawiający zaznaczył, że w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, zaś wykonawca STRABAG złożonymi precyzyjnymi wyjaśnieniami obalił domniemanie rażąco niskiej ceny. Przedstawione wyjaśnienia i dowody pozwoliły na uznanie prawidłowości kalkulacji oferty.

V. Art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex która zawiera rażąco niską cenę, co potwierdzają jednoznacznie wyjaśnienia Budimex w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż wynika z nich, że Budimex przewidział ulepszenie gruntów, jednakże nie uwzględnił zarówno sprzętu jak i materiałów niezbędnych do tego ulepszenia;

5.1. Wykonawca BUDIMEX został wezwany do złożenia wyjaśnień odnośnie do zaoferowanej ceny. 5.2. Zamawiający wymagał:

- wykazania prawidłowości kalkulacji pozycji 30 (II.10) tj. wylot prefabrykowany pod rurę Dn 800 mm. Wnioskowano o przedstawienie szczegółowej kalkulacji wbudowanego materiału a także ujętych w tej pozycji prac ziemnych, przygotowania podłoża, fundamentu, wykonania podsypki i zasypki.

Na okoliczność zaoferowanej ceny dla tej pozycji Zamawiający wymagał wykazania się dowodem, że w oferowanej cenie możliwy jest zakup materiału.

Wnoszono też o wykazanie prawidłowości kalkulacji dla:

1. Używanego sprzętu i zastosowanych materiałów – minimum.: rur, wlotów – wylotów, ogrodzenia systemowego, kruszywa wymaganego do realizacji robót;

2. Robocizny – w tym:

- wynagrodzenia personelu: w tym koszty zatrudnienia pracowników (konieczne jest wykazanie etatów, stawek zatrudnienia zapewniających minimum stawki ustawowe minimalne);
- kosztów robót geotechnicznych;
- kosztów projektów technologicznych;
- kosztów personelu wymaganego celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

Zamawiający wymagał wykazania, iż w cenie uwzględniono minimum koszty robocizny związane z:

- pracami przygotowawczymi;
- wyrównaniem terenu;
- wykonaniem zbiornika retencyjnego;

Jeżeli wykonawca ponosi koszty dodatkowe pracodawcy/zleceniodawcy – wnoszono o ich wykazanie.

3. Koszty transportu sprzętu, osób i materiałów na plac budowy;

4. Koszty utylizacji gruntu;

4. Koszty pośrednie związane z realizacją zamówienia (koszty utrzymania placu budowy, koszty magazynowe, koszt ubezpieczenia i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty przygotowania dokumentacji powykonawczej).

5. Marża/zysk.: wymagane jest wykazanie, że złożona oferta umożliwia wykonanie zamówienia z zyskiem. Pouczono również, że obowiązkiem wykonawcy jest obalenie domniemanie rażąco niskiej ceny. W tym celu Zamawiający oczekuje rzetelnych i konkretnych wyjaśnień oraz poparcia ich dowodami (w szczególności w zakresie materiałów niezbędnych do wykonania robót).

5.3. Złożonym wyjaśnieniom Odwołujący zarzuca brak wskazania stawek jednostkowych dla sprzętu (czego Zamawiający nie wymagał). Odwołujący następnie wywodził, że niewykazanie sprzętu tj. siewnik, recykler oznacza brak ulepszenia podłoża oraz warstw nasypowych. Zamawiający nie podziela prezentowanego stanowiska. Zdaniem Zamawiającego wykonawca BUDIMEX obalił domniemanie rażąco niskiej ceny w zakresie wymaganym w wezwaniu do wyjaśnień.

VI. Art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaoferowanie terminu, który jest niemożliwy do dotrzymania oraz został celowo zaoferowany przez Strabag, aby uzyskać lepszą punktację w kryterium oceny ofert, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Alternatywnie jako zarzut ewentualny naruszenie art. 233 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania

Strabag do wyjaśnień (rozszerzenia wyjaśnień) w zakresie zaoferowanego terminu, chociaż w ocenie Odwołującego jest to termin niemożliwy do osiągnięcia, być może wyjaśnienia Strabag potwierdziłyby powyższe, bowiem póki co Zamawiający uzyskał tylko oświadczenie o potwierdzeniu realizacji w zakresie zaoferowanego terminu, ale nie wyjaśniał nierealnego terminu zaoferowanego przez Strabag:

6.1. Zamawiający przyjął kryterium pozacenowe termin realizacji, podzielone na Etap I (15%) i Etap 2 (15%).

6.2. Wykonawca STRABAG zaoferował termin 10 tygodni dla Etapu II. Zamawiający dopytał STRABAG, czy wykonawca prawidłowo rozumie termin wykonania II Etapu, tak jak to wskazano w SWZ, czyli, że na wykonanie II Etapu wg oferty jest 10 tygodni od przekazania placu budowy, nie zaś od ukończenia Etapu I. STRABAG potwierdził, że prace budowlane Etapu II zostaną wykonane w terminie 10 tygodni od daty przekazania placu budowy.

6.3. Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą harmonogramu wykonania prac, przyznanie punktów w kryterium opierało się o oświadczenie wykonawcy.

6.4. Zamawiający nie ma podstaw przyjąć, że termin nie jest możliwy do dotrzymania. Jednocześnie z wezwaniem do potwierdzenia zaoferowanego terminu Zamawiający wystąpił o wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i w oparciu o złożone wyjaśnienia dokonał również weryfikacji możliwości zrealizowania robót w zadeklarowanym terminie. Złożone wyjaśnienia rażąco niskiej ceny uwiarygodniły zaoferowany przez STRABAG termin.

6.5. Wykonanie makroniwelacji terenu 50 ha w terminie 10 tygodni jest ambitnym zadaniem, jednakże możliwym do zrealizowania przede wszystkim pod warunkiem użycia specjalistycznego sprzętu i dobrze zorganizowanej logistyki.

6.6. Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wynika, iż STRABAG zaplanował użycie dużej liczby specjalistycznego sprzętu (58 maszyn) o wysokiej wydajności, obsługi geodezyjnej wykonywanej za pomocą dronów (zastosowanie nowoczesnych technologii, takich jak GPS i drony, może znacznie zwiększyć efektywność i dokładność prac), oraz założył do wykonania zamówienia 74 pracowników fizycznych.

6.7. Odwołujący przedstawił analizę niezbędnego czasu trwania dla poszczególnych asortymentów robót w ujęciu tabelarycznym oraz harmonogram graficzny. Przedmiotowe schematy są gołosłownymi wyliczeniami, założeniami Odwołującego wyabstrahowanymi od oferty STRABAG. Odwołujący przedstawia własną, konkurencyjną wobec koncepcji STRABAG propozycję terminową realizacji prac, natomiast nie wskazał zarówno metodologii a w rezultacie nie udowodnił, że wykonanie zamówienia w terminie 10 tygodni nie jest możliwe.

6.8. Żeby zaoferowanie terminu realizacji zamówienia było czynem nieuczciwej konkurencji, działanie wykonawcy musi być nakierowane na eliminację z rynku innych wykonawców a także zaoferowany termin musiałby być w sposób oczywisty, jednoznacznie niemożliwy do dotrzymania. Każdy wykonawca miał możliwość zaoferowania terminu zgodnego ze swoimi możliwościami i wyliczenie go w sposób właściwy dla przyjętej metodologii. Termin zaoferowany przez STRABAG zdaniem Zamawiającego jest możliwy do spełnienia, stąd Zamawiający wnioskuje o oddalenie zarzutu.

VII. Art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wskazanie nieprawdziwych informacji, co do Pani R.S., iż posiada ona 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, podczas gdy osoba ta uprawniona jest do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie od 2021 roku, a zatem nie może posiadać 5 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej, co jest czynem nieuczciwej konkurencji, bowiem wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia, naruszając przy tym dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego, co naraziło interes Odwołującego w tym postępowaniu, ale pośrednio i także w przyszłych postępowaniach. Alternatywnie

Art. 128 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia Strabagw zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu co do kadry, a zatem co dysponowania kierownikiem posiadającym 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno- budowlanej.

7.1. Zamawiający uwzględnił zarzut ewentualny. W pozostałym zakresie wnosi o oddalenie zarzutu.

7.2. Zamawiający wymagał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dysponowania osobami, w tym min. 1 osobą:

- z 5 letnim doświadczeniem w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz
- uprawnieniami budowlanymi do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń zgodnie z art. 12, art. 12a ust. 1 oraz art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. 2021 r. poz. 2351 ze zm.) lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów lub odpowiadające im uprawnienia wydane obywatelom państw Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz

Konfederacji Szwajcarskiej, z zastrzeżeniem art. 12a oraz innych przepisów ustawy prawo budowlane oraz ustawy o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2021 r. poz. 1646).

7.3. W złożonych na wezwanie podmiotowych środkach dowodowych wykonawca STRABAG wskazał na potwierdzenie spełnienia warunku:

7.4. Zamawiający po zapoznaniu się z zarzutami odwołania wezwał wykonawcę STRABAG do wyjaśnień dotyczących doświadczenia i uprawnień osoby wskazanej w wykazie. Zamawiający powziął wątpliwości z uwagi na załączone do

odwołania screeny z których wynika, że p. Spodymek została wpisana na listę członkowską 01.10.2021 r., a więc nie ma wymaganego 5 – letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Wykonawca wyjaśnił, iż jego zdaniem w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał dysponowania jedynie jedną osobą posiadającą doświadczenie obejmujące sprawowanie funkcji Kierownika budowy, tj. uczestnika procesu budowlanego, o którym mowa w art. 17 Prawa budowlanego. Wynika to z literalnego brzmienia pierwszego wiersza tabeli z pkt 5.1.1.1 SWZ (tj. wiersza odnoszącego się do pierwszej z wymaganych osób). Wskazano tam bowiem jednoznacznie, iż wymagana osoba powinna dysponować doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika budowy w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej, wynoszącym 10 lat. Wyłącznie zatem dla jednej z wymaganych osób Zamawiający określił funkcję, w sprawowaniu której taka osoba powinna posiadać doświadczenie. Funkcja ta (tj. „Kierownik budowy”) odnosi się wprost do art. 17 pkt 4 Prawa budowlanego, gdzie kierownika budowy wskazano jako jednego z uczestników procesu budowlanego. Z uwagi na to, iż dla pozostałych osób nie określono funkcji przyjął, iż nie musiały one formalnie sprawować obowiązków kierownika budowy w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, stąd doświadczenie zawodowe wynoszące odpowiednio 5 lub 10 lat rozumiał jako wykonywanie zadań z zakresu kierowania robotami, jednak nie odnoszącego się do formalnego sprawowania funkcji kierownika budowy. Co jest niezwykle istotne, p. Spodymek uprawnieniami do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno – budowlanej legitymuje się od 2016 r., więc 5 letni okres doświadczenia wskazany w warunku został spełniony. To co jest sporne, to czy pełniła funkcję Kierownika budowy/robót w rozumieniu przepisów Prawa budowlanego, do czego niezbędny jest wpis na listę członkowską Izby.

7.5. Zdaniem Zamawiającego niewykazanie przez wykonawcę STRABAG spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie nosi znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Obligatoryjną przesłanką do uznania czynu, za czyn nieuczciwej konkurencji, jest takie zawinione i bezprawne zachowanie danego podmiotu, celem którego jest wyeliminowanie konkurenta z rynku lub utrudnienie mu dostępu do niego (wyrok SO XXIII Zs 153/22). Istotne przy kwalifikacji jest, czy oświadczenie złożone przez wykonawcę zostało złożone celowo jako nieprawdziwe. Ze złożonych wyjaśnień wynika, iż wykonawca przyjął wskazanie funkcji w pozycji pierwszej wykazu „Kierownik budowy” jako wytyczną do potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie formalnego wykonywania prac w charakterze kierownika budowy w rozumieniu Prawa budowlanego, zaś w przypadku pozostałych osób, przez brak wskazania funkcji w wymaganiach dla warunku przyjął faktyczne doświadczenie, nabyte przez wykonywanie czynności kierowania robotami, niekoniecznie zaś w rozumieniu art. 17 ustawy Prawo budowlane, co przeczy celowości wprowadzania w błąd Zamawiającego.

7.6. Jednocześnie Zamawiający nie zgadza się z taką interpretacją zapisu warunku, podana w wykazie funkcja dotyczy Kierownika budowy w ramach prowadzonego aktualnie postępowania, przez co Zamawiający rozumie, że osoba z poz. 1 wykazu będzie kierownikiem budowy udzielonego zamówienia. Stąd konieczne było uwzględnienie zarzutu ewentualnego.

W dniu 31.05.2024 r. (e-mailem) STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. złożyła dwa oddzielne pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania KIO 1643/24 i KIO 1651/24 w całości. Odnoszenie odwołania o sygn. akt: KIO 1643/24.

Zarzut dotyczący rzekomego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i rzekomym podaniu przez Przystępującego informacji niezgodnych z prawdą w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie w wykazie osób Pani R.S. jako osoby posiadającej 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi.

W pkt 5.1.1.1. SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczące dysponowania przez Wykonawcę osobami posiadającymi odpowiednie uprawnienia i doświadczenie.

Wymagania te zostały opisane w następujący sposób: W tym miejscu pisma przywołany fragment SWZ/. Powyższe wymagania Przystępujący odczytał w taki sposób, iż w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał dysponowania jedynie jedną osobą posiadającą doświadczenie obejmujące sprawowanie funkcji Kierownika budowy, tj. uczestnika procesu budowlanego, o którym mowa w art. 17 Prawa budowlanego. Wynika to z literalnego brzmienia pierwszego wiersza tabeli z pkt 5.1.1.1 SWZ (tj. wiersza odnoszącego się do pierwszej z wymaganych osób). Wskazano tam bowiem jednoznacznie, iż wymagana osoba powinna dysponować doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika budowy w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej, wynoszącym 10 lat. Wyłącznie zatem dla jednej z wymaganych osób Zamawiający określił funkcję, w sprawowaniu której taka osoba powinna posiadać doświadczenie. Funkcja ta (tj. „Kierownik budowy”) odnosi się wprost do art. 17 pkt 4 Prawa budowlanego, gdzie kierownika budowy wskazano jako jednego z uczestników procesu budowlanego. Natomiast dla pozostałych osób wskazanych w tabeli w pkt 5.1.1.1 SWZ Zamawiający nie sformułował takiego wymagania. Dla pozostałych osób wymienionych w tabeli w pkt 5.1.1.1 SWZ nie wskazano bowiem stanowiska lub funkcji, w sprawowaniu której takie osoby powinny posiadać doświadczenie (np. Kierownik robót lub kierownik budowy), aby spełniać warunki udziału w postępowaniu. Dla pozostałych osób w tabeli w pkt 5.1.1.1 SWZ Zamawiający nie wskazał ponadto także, aby doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi miało odnosić się do formalnego sprawowania funkcji kierownika w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane. Takie wymaganie zostało sformułowane bowiem jedynie dla osoby,

która miała legitymować się doświadczeniem w sprawowaniu funkcji kierownika budowy (tj. osoba, o której mowa w pierwszym wierszu tabeli z pkt 5.1.1.1. SWZ). Dla pozostałych osób takiego wymagania Zamawiający jednak nie sformułował. Ponadto zgodnie z SWZ nie wymagano określenia zadań, w ramach których wskazana osoby zdobyłyby doświadczenie.

Tym samym wymagania Zamawiającego określone w pkt 5.1.1.1. SWZ należało zinterpretować w ten sposób, iż dla pozostałych osób (tj. jeśli chodzi o personel inne niż osoba, która miała wykazać się doświadczeniem w sprawowaniu funkcji kierownika budowy) wymagane jest posiadanie wyłącznie odpowiednich uprawnień określonych w tabeli w pkt 5.1.1.1 SWZ oraz doświadczenia zawodowego wynoszącego odpowiednio 5 lub 10 lat, rozumianego jako wykonywanie zadań z zakresu kierowania robotami, jednak nie odnoszącego się do formalnego sprawowania funkcji kierownika budowy lub kierownika robót. Niewątpliwie Pani R.S. spełnia powyższe wymagania Zamawiającego. Uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno – budowlanej w wymaganym zakresie uzyskała bowiem w 2016 roku. Przystępujący zweryfikował zakres uprawnień posiadanych przez Panią.R. i zakres ten odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SWZ. Przystępujący zweryfikował także doświadczenie zawodowe Pani R.S. Od czasu uzyskania uprawnień Pani R.S. pracuje zawodowo jako inżynier budowy, w tym wykonuje czynności z zakresu kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Podkreślenia wymaga ponadto, że zgodnie z SWZ Zamawiający nie wymagał, jeśli chodzi o osobę z uprawnieniami, które posiada Pani R.S., aby osoba takaposiadała doświadczenie w sprawowaniu konkretnie określonej samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (np. funkcję kierownika budowy lub kierownika robót). Tym samym Pani R.S. dysponuje kwalifikacjami i doświadczeniem w zakresie wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z SWZ, a Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przyjęcie przez Przystępującego powyżej przedstawionego rozumienia postanowienia pkt. 5.1.1.1. SWZ jest w pełni uzasadnione w świetle reguł wykładni wynikających z art. 65 § 1 kc. Zgodnie z tymi zasadami decydujące znaczenie ma to, jakie rozumienie oświadczenia mógł przyjąć jego adresat po przeprowadzeniu starannej analizy treści oświadczenia. Ponadto w wyroku z 09.01.2018, sygn. akt: KIO 2712/17: *„Na wstępie Izba wskazuje, że przy dokonywaniu oceny prawidłowości-zgodności złożonej przez wykonawcę oferty z wymaganiami Zamawiającego, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców. Co za tym idzie istotna jest przede wszystkim treść SIWZ.”* Bezasadne są w związku z tym zarzuty sformułowane w złożonym odwołaniu, jakoby Przystępujący oświadczył nieprawdę w ofercie złożonej Zamawiającemu lub jakoby Przystępujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wywodzi twierdzenia co do rzekomego oświadczenia przez Przystępującego nieprawdy lub braku spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, z przedstawionej przez siebie interpretacji SWZ. Dokonana przez Odwołującego interpretacja SWZ jest nakierowana na uzasadnienie podnoszonych przez Odwołującego twierdzeń co do braku spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, w celu doprowadzenia do odrzucenia oferty Przystępującego. Tymczasem to, w jaki sposób Przystępujący zrozumiał postanowienia pkt 5.1.1.1. SWZ, było w pełni uzasadnione i właściwe, gdyż wynikało wprost ze sposobu sformułowania tych wymagań przez Zamawiającego. Wobec powyższego nie znajdują uzasadnienia także twierdzenia i wywody Odwołującego, co do rzekomego złożenia przez Przystępującego oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż oświadczenie Przystępującego co do spełniania warunków udziału w postępowaniu koresponduje z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w pkt 5.1.1.1. SWZ i jest zgodne z prawdą.

Przystępujący wskazał ponadto z daleko idącej ostrożności, iż w przypadku uznania, że Przystępujący niewłaściwie odczytał wymagania Zamawiającego, określone w pkt 5.1.1.1 SWZ i w konsekwencji, iż Pani R.S. nie posiadałaby wymaganego doświadczenia, (czemu Przystępujący zaprzeczył), zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien wezwać Przystępującego do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu osób.

Zarzut dotyczący rzekomej niezgodności treści Oferty z przepisami PZP poprzez rzekome oświadczenie przez Przystępującego w Ofercie, iż całość zamówienia ma zostać powierzona i zrealizowana przez podwykonawców, co jest niedopuszczalne w myśl art. 462 Pzp.

Przystępujący zdecydowanie zaprzeczył, aby zamierzał podzlecić podwykonawcom 100% prac objętych przedmiotem zamówienia. Wniosek taki nie wynika z ani z żadnego z dokumentów, złożonych przez Przystępującego, ani też z łącznej analizy wszystkich dokumentów złożonych przez Przystępującego w postępowaniu. Wręcz przeciwnie, z dokumentów złożonych przez Przystępującego w postępowaniu, z w szczególności z treści Oferty i pisma Przystępującego z 05.04.2024, dotyczącego wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wynika, iż Przystępujący zamierza wykonywać roboty stanowiące przedmiot zamówienia siłami własnymi w znacznej części. W formularzu Oferty Przystępujący wskazał jedynie, iż rozważy podzlecenie podwykonawcom robót z zakresu prac przygotowawczych, gospodarki humusem, wód opadowych, zarzucania rowu, robót zmiennych, rowów, robót ziemnych pod zbiornik, konstrukcji zbiornika oraz wlotów i wylotów dla zbiornika. Przystępujący nie określił jednak nigdzie, co dokładnie według Przystępującego obejmują opisane w taki sposób zakresy robót. W złożonym odwołaniu Odwołujący Budimex stara się dopasować powyżej wskazane zakresy robót do treści Załącznika nr 11 do SWZ – Przedmiar. Przystępujący wskazuje, iż rozumowanie Odwołującego jest błędne, wybiórcze (tj. pomija treść innych dokumentów złożonych przez Przystępującego w postępowaniu, np. treść pisma Przystępującego z 05.04.2024r.) i nie odpowiada intencjom

Przystępującego. Niezależnie od tego podkreślenia wymaga, iż Przystępujący nie wskazał, że zamierza podzlecić podwykonawcom całość ww. zakresów robót. Powyższe stanowisko Przystępującego koresponduje z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, złożonymi Zamawiającemu przez Przystępującego pismem z 05.04.2024r. W wyjaśnieniach rnc Przystępujący wskazał bowiem co najmniej jaki zakres robót Przystępujący zamierza wykonywać siłami własnymi. Przystępujący wyjaśnił, iż planuje realizację zadania siłami własnymi w szczególności w zakresie:

- Prac projektowych, m.in. projekt technologiczny, projekt technologiczny wykonywania robót ziemnych.

Potwierdza to treść pisma Przystępujący z 05.04.2024r. (wyjaśnienia rnc) str. 5- 6

/W tym miejscu pisma stosowny fragment wyjaśnień crn/

- Nadzoru uprawnionego Projektanta,
- Planistycznym – przygotowanie harmonogramu i jego realizacja,
- Bieżącej koordynacji międzybranżowej robót,
- Nadzoru nad jakością wykonywanych prac,
- Logistyki dostaw materiałów, sprzętu, zasobów ludzkich,
- Pomiarów geodezyjnych w zakresie oblotów dronami,
- Wycinki drzew i zakrzewień

Ponadto Przystępujący wskazał, iż planuje wykonywać samodzielnie przynajmniej część zasadniczego zakresu robót, w tym robót ziemnych. W piśmie z 05.04.2024r. (wyjaśnienia rnc) Przystępujący podał, iż z uwagi na dysponowanie rozbudowaną bazą sprzętową oraz personelem (pracownicy fizyczni) Przystępujący ma możliwość realizacji robót siłami własnymi. /W tym miejscu pisma stosowny fragment wyjaśnień crn/

Wobec powyższego zarzut dotyczący rzekomego przekazania przez Przystępującego do realizacji podwykonawcom 100% zakresu robót uznać należy za całkowicie bezzasadny, gdyż Przystępujący nie zamierza podzlecić podwykonawcom całego zakresu robót, co potwierdzają dokumenty złożone przez Przystępującego w postępowaniu.

Zarzut dotyczący rzekomego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie rzekomego dokonania nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego w ramach kryterium pozacenowego oceny ofert, co miało objawiać się w określeniu przez Przystępującego w Ofercie terminu realizacji robót w ramach Etapu II zadania wynoszącego 10 tygodni od dnia przekazania placu budowy i spowodowało przyznanie Przystępującemu najwyższej ilości punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, podczas gdy w ocenie Odwołującego termin ten jest nierealny i niemożliwy do dotrzymania

Odwołujący zarzucił, jakoby termin realizacji Etapu II podany przez Przystępującego (tj. 10 tygodni od przekazania placu budowy) był nierealny, gdyż w ocenie Odwołującego nie jest możliwe wykonanie wszystkich prac przewidzianych w ramach Etapu II w takim terminie. Przystępujący nie zgadza się z powyższym twierdzeniem Odwołującego. Termin wykonania zadania, wskazany przez Przystępującego w Ofercie, w tym podany przez Przystępującego w Ofercie termin wykonania robót w ramach II Etapu, jest terminem jak najbardziej realnym i możliwym do dotrzymania. Na dowód powyższego Przystępujący przedkłada szczegółowy harmonogram wykonywania robót wraz z zestawieniem grup roboczych, ich zasobów i wydajności, porównując je z zasobami, którymi dysponuje Przystępujący:

- Załącznik 1A – Obliczenie czasu trwania poszczególnych robót,
- Załącznik 2A – Harmonogram wykonywania prac wraz z zestawieniem sprzętów,

W Załączniku 1A, Przystępujący dokonał szczegółowych obliczeń czasu trwania każdego asortymentu robót w odniesieniu do planowanego rzeczywistego zaangażowania i ilości sprzętu. Na podstawie tych danych sporządzono Załącznik 2A przedstawiający w sposób graficzny harmonogram prowadzenia prac w czasie. Przygotowane przez Przystępującego dokumenty uwzględniają w szczególności rzeczywiste, realne i możliwe do osiągnięcia wydajności, w tym sprzętu. Mając powyższe na uwadze bezzasadne pozostaje twierdzenie Odwołującego, jakoby zaoferowany przez Przystępującego czas realizacji robót prowadził do naruszenia jakichkolwiek zasad bezpieczeństwa i higieny pracy.

Odwołujący w pkt 10 - 13 (str. 27) odwołania dokonał analizy czasu wykonywania robót przez Przystępującego na podstawie tabel opracowanych przez Przystępującego na potrzeby złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zadaniem tabel, przygotowanych przez Przystępującego, było jedynie wyjaśnienie kalkulacyjnej ceny jednostkowej wykonania poszczególnych asortymentów robót. Nie wskazano tam całkowitych ilości zasobów sprzętowych, jakimi dysponuje Przystępujący.

W związku z powyższym Odwołujący do obliczeń przytoczonych w odwołaniu przyjął ilości zasobów sprzętowych wg własnego uznania, tj. zgodnie z załącznikiem nr Z13, złożonym przez Odwołującego do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przystępujący podkreślił, że ilości zasobów sprzętowych przyjęte przez Odwołującego w celu „weryfikacji” założeń Przystępującego, nie są adekwatne dla jednostek sprzętowych zaplanowanych przez Przystępującego.

Odwołujący wykonując obliczenia wskazane w odwołaniu, założył parametry według własnego uznania, tj. założył parametry, które nie zostały w żadnym miejscu określone przez Przystępującego jako odnoszące się do czasochłonności wykonywania prac. W związku z tym obliczenia Odwołującego zostały oparte na całkowicie błędnych danych.

Przystępujący w Załączniku nr 1A do niniejszego pisma - Obliczenie czasu trwania poszczególnych robót, określił

realne zapotrzebowanie sprzętowe do wykonania robót objętych zamówieniem. Dodatkowo każda robota została przypisana do danego zespołu roboczego. Graficzne przedstawienie zapotrzebowania sprzętowego jest określone w Załącznik 2A do niniejszego pisma – Harmonogram.

W pkt 14 (str. 28) odwołania Odwołujący przedstawił tabelę sprzętu, jak poniżej, w której podsumował rzekome zaangażowanie sprzętu Przystępującego oraz jego wydajności. /W tym miejscu pisma skan stosownej tabeli sprzętu/.

Po raz kolejny Przystępujący podkreślił, iż wyliczenia Odwołującego opierają się na założeniach przyjętych przez Odwołującego według uznania własnego Odwołującego. Z tabeli z pkt 14 odwołania (str. 28) wynika, iż Odwołujący założył, że Przystępujący wykona wszystkie roboty przy pomocy jednego zespołu sprzętowego. Jest to założenie, które Odwołujący przyjął samodzielnie. Przystępujący nigdzie nie wykazywał takiego założenia, a przyjęcie takiego założenia przez Odwołującego nie znajduje uzasadnienia w żadnym z dokumentów złożonych przez Przystępującego w niniejszym postępowaniu, a w szczególności nie wynika ze złożonych przez Przystępującego wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Rzeczywiste zasoby sprzętowe założone przez Przystępującego do wykonania każdego z asortymentów robót w założonym terminie, Przystępujący wskazuje w Załączniku 1A do niniejszego pisma - Obliczenie czasu trwania poszczególnych robót.

/W tym miejscu pisma skan pkt 15-16 odwołania/.

W pkt 15 odwołania (str. 28) odwołujący zarzuca, jakoby zgodnie z załącznikiem nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny Przystępujący przypisał do każdego sprzętu jednego operatora, co w ocenie Odwołującego miałoby przesądzać o przyjęciu przez Przystępującego pracy w systemie jednozmianowym. Przystępujący zaprzecza powyższym twierdzeniom. Treść załącznika nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny nie stanowi o założeniu przez Przystępującego pracy w systemie jednozmianowym. Informacje podane w załączniku nr 1 do wyjaśnień rażąco niskiej ceny miały na celu pokazanie sposobu wyliczenia ceny jednostkowej za jedną roboczo-godzinę pracy sprzętu, a nie roboczo-dnia. Powyższe nie dowodzi przyjęcia przez Przystępującego założenia pracy na jedną zmianę.

Jest to kolejne założenie, które miało znaczny wpływ na wyniki obliczeń Odwołującego, a które Odwołujący przyjął błędnie do swoich obliczeń. Po raz kolejny bowiem Odwołujący odwołuje się do tabel pokazujących sposób obliczenia cen jednostkowych, które nie pokazują czasochłonności.

Zatrudniając personel zgodnie z prawem, w tym przepisami prawa pracy oraz przepisami BHP, Przystępujący zapewnia wszelkie przerwy wymagane przez przepisy prawa. W odniesieniu do dojazdów pracowników na plac budowy oraz powrotów, Przystępujący już wyjaśnił w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny, iż pracownicy dojeżdżają na plac budowy i wracają we własnym zakresie, a czas dojazdów nie jest wliczony do efektywnego czasu pracy pracowników fizycznych.

Przystępujący nie wie, na jakiej podstawie Odwołujący przyjął założenia opisane w pkt 16 (str. 29) odwołania. Nie wynikają one ze złożonych przez Przystępującego dokumentów. Załącznik 1A do niniejszego pisma - Obliczenie czasu trwania poszczególnych robót, pokazuje dla jakich robót przyjęto jednozmianowy, a dla jakich dwuzmianowy system prac. Przystępujący wyjaśnia, iż system dwuzmianowy został przyjęty w szczególności dla kluczowych do wykonania krytycznych asortymentów robót. System dwuzmianowy zakłada, że efektywna praca będzie wynosić w ciągu doby 2x10 godzin, tj. założono pracę zmianową kilku odrębnych ekip. W przypadku systemu jednozmianowego przyjęto pracę przez okres 11 godzin na dobę. Czas pracy przyjęty przez Przystępującego jest zgodny z przepisami prawa i w szczególności uwzględnia czas na posiłki, dojazdy i inne oraz zakłada zachowanie minimum 11h dobowego odpoczynku. W razie potrzeby oraz możliwości Przystępujący przewiduje także ewentualną możliwość prowadzenia także innych zakresów prac w systemie dwuzmianowym.

W pkt 18-19 odwołania Odwołujący pokazuje przyjęty przez siebie sposób obliczeń.

Przystępujący w załączniku nr 1A do niniejszego pisma poddał analizie wszystkie zasadnicze pozycje robót do wykonania w ramach zamówienia. Wszystkie parametry dotyczące obliczenia czasochłonności poszczególnych robót zostały wskazane w Załączniku 1A do niniejszego pisma.

Czasochłonność została obliczona przez Przystępującego w następujący sposób:

•Znając efektywny czas pracy [E], ilość poszczególnego zasobu [N], jego zaangażowanie [Z] i wydajność godzinową [G], określona zostaje dzienna wydajność [W] jednego typu zasobu: $G [j/h] \times E [h/dzień] \times N [-] \times Z [-] = W [j/dzień]$

•Dzienna wydajność jednego typu zasobu [W] wraz ze znaną ilością roboty [I] do pozwala określić czas [T] w którym robota ta zostanie wykonana:

$$I [j] / W [j/dzień] = T [dni]$$

Dla każdej pozycji czas [T] obliczany jest oddzielnie dla każdej jednostki biorącej udział w wykonaniu roboty. Jako czas potrzebny do wykonania pracy przyjmowana jest wartość maksymalna brana ze zbioru wyników poszczególnych jednostek sprzętowych.

Dodatkowo wartość (maksymalny czas) zaokrąglana jest zawsze „do góry”.

Dzięki tym zabiegom przyjmowany jest scenariusz bezpieczny, pozwalający na realizację zadania w warunkach przedstawionych przez Odwołującego. Podsumowując, różnice obliczonych czasochłonności pomiędzy Odwołującym, a Przystępującym, wynikają w szczególności z błędnie przyjętych przez Odwołującego założeń dotyczących ilości zastosowanego sprzętu oraz godzin pracy. /W tym miejscu pisma skan pkt 20-21 odwołania/.

W oparciu o przyjęte przez siebie założenia, będące rzekomo założeniami Przystępującego –czemu Przystępujący stanowczo zaprzeczył, Odwołujący opracował Harmonogram nr 1 (załącznik do odwołania). Harmonogram nr 1 miałby według Odwołującego pokazywać nierealność terminu realizacji robót zaoferowanego przez Przystępującego. Przystępujący stanowczo zaprzecza, aby Harmonogram nr 1 odpowiadał założeniom Przystępującego. Jako że założenia do sporządzenia tego Harmonogramu nie są założeniami przyjętymi przez Przystępującego według własnego uznania i są całkowicie błędnie, Harmonogram nr 1 nie może stanowić dowodu na to, iż termin przyjęty przez Przystępującego jest nierealny lub niemożliwy do osiągnięcia.

Załącznikiem Nr 2A do niniejszego pisma jest harmonogram opracowany przez Przystępującego. Na podstawie obliczeń przedstawionych w Załączniku 1A, Przystępujący naniósł na sporządzony przez siebie harmonogram (Załącznik 2A do niniejszego pisma) czasy realizacji poszczególnych zadań wraz z podziałem na grupy robocze, wyszczególnione również w Załączniku 1A, co wyszczególniono kolorami i cyframi (1-9). Harmonogram stanowiący załącznik nr 2 do niniejszego pisma pokazuje, iż określone przez Przystępującego terminy wykonania wszystkich robót, w tym termin wykonania robót w ramach Etapu II, są realne, rzeczywiste i możliwe do osiągnięcia.

Jeśli chodzi o realność wykonania Etapu I w terminie określonym przez Przystępującego, Przystępujący wyjaśnia, co następuje.

Zgodnie z SWZ, Etap I zakłada w szczególności wykonanie platformy P1 oraz robót rozbiórkowych polegających na rozbiórce nawierzchni bylej drogi powiatowej, likwidacji istniejącego kabla teletechnicznego i sieci wodociągowej biegnącej wzdłuż drogi powiatowej. Zgodnie z deklaracją Przystępującego, prace w ramach Etapu I zostaną wykonane w terminie 6 tygodni.

Roboty rozbiórkowe zgodnie z obliczeniami z Załącznika 1A oraz Załącznikiem 2A, zostaną zakończone w pierwszym tygodniu prac. Zgodnie z tym, zaawansowanie po 6 tygodniach będzie w szczególności następujące:

- likwidacja odcinka drogi powiatowej: 100%
- likwidacja istniejącego nieczynnego kabla telekomunikacyjnego: 100%
- likwidacja istniejącego wodociągu wo225: 100%
- likwidacja istniejącego wodociągu wo225 hydranty: 100%
- likwidacja istniejącego wodociągu wo100: 100%
- zdjęcie humusu i warstwy wierzchniej (obszar w granicach opracowania zakresu makroniwelacji): 100%

Pełne wykonanie platformy P1, poza samym wykonaniem nasypów, jest powiązane z robotami dotyczącymi odhumusowania, przygotowania podłoża pod wykonywanie nasypów oraz wykonaniem drenaży na gotowych nasypach. Zgodnie z obliczeniami z Załącznika 1A oraz Załącznikiem 2A, zaawansowanie tych robót po 6 tygodniach będzie w szczególności następujące:

- zdjęcie humusu i warstwy wierzchniej (obszar w granicach opracowania zakresu makroniwelacji): 100%
- przygotowanie podłoża gruntowego pod wykonywanie nasypów: 100%
- wykonanie rowów rozsączających: 50% (wartość przekraczająca długości drenaży na terenie platformy P1)

Wykonanie nasypów na potrzeby wykonania platformy P1

Przyjmując dane zamawiającego dotyczące powierzchni platform wykazano:

P1 = 151 611,40 [m²]

P2 = 172 978,10 [m²]

P3 = 187 260,80 [m²]

Razem daje to: P_c = 511 850,30 [m²]

Dzięki temu możemy otrzymać powyższe współczynniki:

P1/P_c = 0,296

P2/P_c = 0,338

P3/P_c = 0,366

Stosując powyższe współczynniki poszczególnych platform, oraz znając globalną wartość nasypów do wykonania możemy w przybliżeniu określić ilości nasypu do wykonania na poszczególnych platformach.

N = 296 395,60 [m³] + 646 490,00 [m³] = 942 885,60 [m³]

P1 = 942 885,60 [m³] x 0,296 = 279 285,19 [m³]

P2 = 942 885,60 [m³] x 0,338 = 318 645,04 [m³]

P3 = 942 885,60 [m³] x 0,366 = 344 955,37 [m³]

Załącznik 1A oraz 2A wykazują, że do końca 6 tygodnia zostanie wykonane 100% nasypów z materiałów pochodzących z wykopu oraz około 40% nasypów z materiałów pochodzących z dokopu. Wartości te dają pewność, iż po 6 tygodniach platforma P1 zostanie wykonana w 100%. Zatem termin wykonania Etapu I jest terminem realnym i możliwym do osiągnięcia. **Jeśli chodzi o realność wykonania Etapu II w terminie określonym przez Przystępującego, Przystępujący wyjaśnia, co następuje.**

Wyjaśnienia złożone w niniejszym piśmie, wraz z obliczeniami z Załącznika 1A do niniejszego pisma oraz harmonogramem przedstawionym w Załączniku 2A do niniejszego pisma, stanowią dowód na to, iż termin wykonania

Etapu II jest terminem rzeczywistym, realnym i możliwym do osiągnięcia.

W pkt 22-23 odwołania Odwołujący analizuje możliwość realizacji robót przez sprzęty budowlane w korelacji z dostępną powierzchnią terenu budowy.

/W tym miejscu pisma skan pkt 22 odwołania/.

Poniżej Przystępujący przedstawił obliczenia na dowód prawidłowości przyjętych wydajności dla sprzętów budowlanych wynikającą z terminu w korelacji do dostępnej powierzchni budowy (pkt 23 odwołania, str. 33).

Powierzchnia działek roboczych, na których mogą znajdować się maszyny, wynosi:

P1 = 151 611,40 [m2] – platforma P1

P2 = 172 978,10 [m2] – platforma P2

P3 = 187 260,80 [m2] – platforma P3 Z = 21 000,00 [m2] –

Zbiornik

D = 158 002,00 [m2] - Dokop

Co łącznie daje 690 852,30 [m2]

Uwzględniając zmniejszenie powierzchni działek roboczych w związku z koniecznością dopasowania się do pozostałych wykonywanych prac – dla mniej korzystnego scenariusza przyjęto redukcję o 10%.

$690\,852,30[m2] - 10\% \times 690\,852,30[m2] = \mathbf{621\,767,07\, [m2] \text{ powierzchni prowadzenia robót}}$

W pkt 24 odwołania (str. 33) Odwołujący odnosi się do konieczności wykonania wzmocnienia/ uszlachetnienia gruntu. /W tym miejscu pisma skan pkt 24-25 odwołania/.

Przystępujący zaznaczył, iż w jego ocenie w ramach wykonania niniejszego zadania nie ma potrzeby stosowania spoiw w celu doprowadzenia gruntu do wymaganych parametrów zagęszczenia oraz nośności. W związku z tym Przystępujący nie przewiduje konieczności stosowania spoiw podczas wykonywania robót objętych zamówieniem. Przystępujący zakłada, że realizacja robót przypadnie na okres letni, tj. na dni, w których panują wysokie temperatury powietrza. W tym okresie zasadniczo nie ma zapotrzebowania na uszlachetnienie gruntu. W okresie letnim w celu doprowadzenia spoistych warstw nasypu do parametrów nośności i zagęszczenia stosuje się zabieg wymieszania recyklerem. W efekcie tego zabiegu warstwa zmienia strukturę, uciągła uziarnienie i otwiera materiał na działanie słońca, wiatru przyspieszając parowanie. Opisane zbiegi powodują, że bez użycia spoiwa, tylko na skutek zastosowania powyżej opisanej technologii, uzyskuje się oczekiwane parametry. Mając powyższe na uwadze Przystępujący zakłada, iż do wykonania robót nie będzie stosować spoiwa. Idea dojrzewania stabilizacji, do której nawiązuje Odwołujący, polega na osiągnięciu parametru Rc (wytrzymałość na ściskanie), którego wartość nie jest wymagana przez dokumentację Zamawiającego. Budowanie kolejnej warstwy nasypu nie jest determinowane przez okres dojrzewania, lecz poprzez pozytywne wyniki badań nośności i zagęszczenia. **Wymagane parametry nośności i zagęszczenia mogą zostać osiągnięte bez stosowania spoiw uszlachetniających oraz mogą zostać przebadane bezpośrednio po wykonaniu warstwy.** Zatem obliczenia Odwołującego z pkt 25 odwołania (str. 33) są całkowicie błędne, gdyż opierają się na niewłaściwych założeniach, tj. na założeniach dla innej technologii robót, niż technologia przyjęta przez Przystępującego.

Wszelkie dalsze obliczenia Odwołującego, zawarte w odwołaniu, bazują na lub odnoszą się do obliczeń z pkt. 25 na str. 33 odwołania. Jako że obliczenia te oparte są na niewłaściwych założeniach, dalsze wyliczenia Odwołującego powielają ww. błędy.

W pkt 26-28 odwołania (str. 33) Odwołujący analizuje wydajność spycharki, tj. 280 [m3/h], w korelacji do ilości zespołów wynikających z kalkulacji złożonych przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny, do dostępności placu roboczego.

/W tym miejscu pisma skan pkt 26-28 odwołania/.

Zgodnie z Załącznikiem 2A do niniejszego pisma, - Harmonogram, największa dzienna ilość maszyn (a nie tylko spycharek) przebywających na terenie budowy wynosi 117-120 sztuk oraz przypada na drugi oraz szósty, siódmy oraz ósmy tydzień robót. Jednak analizie poddano tydzień nr 5, gdyż przez dwa dni w tygodniu nr 5 nastąpi największe zapotrzebowanie sprzętowe w zakresie realizacji platform - budowy nasypu. Przyjmując miarodajną wydajność spycharki, tj. 280m3/h, która zgodnie z dokumentacją projektową może wbudować 0.4[m] warstwy nasypu, w ciągu zmiany roboczej (przyjęto 10h efektywnej pracy przy dwuzmianowym systemie pracy) uzyskano:

$$280[m3/h] / 0,4[m] \times 10[h] = 7000 [m2] \text{ miejsca dla maszyny}$$

Odwołujący obliczając wartości w pkt. 26-28 odwołania dokonuje błędu logicznego, przyjmując ilość 130 sztuk maszyn przy założeniu, że maszyny te będą wyłącznie spycharkami. To błędne założenie stanowi również podstawę obliczeń w pkt. 28 odwołania.

Błędne założenie Odwołującego polega na tym, iż 130 sprzętów, o których mowa powyżej, to nie tylko spycharki. Większość ze 130 ww. sprzętów to, poza spycharkami, także m.in. maszyny takie jak wozidła, walce, koparki, recykler, rozsypywacze i ciągniki. Maszyny te które wykonują prace o innym charakterze, niż spycharki. Tym samym nie kolidują z pracą spycharek, która nadaje tempo i kierunek pozostałym sprzętów (rozsypywacz, recykler, walec). Koparki prowadzą wydobywanie materiału wykopowego. Wozidła są maszynami, które transportują materiał spod koparki pod lemiesz spycharki i natychmiastowo usuwają się z jej toru pracy. Analogicznie do wozideł jest z samochodami samowyładowczymi oraz ciągnikami. Recykler oraz rozsypywacze pracują w śladzie spycharki, jeśli zachodzi taka

potrzeba. Walce pracują za spycharką, mając na celu zagęszczenie profilowanego przez nią materiału. Reasumując, pozostałe sprzęty pracują w zestawie ze spycharką, nie zabierając jej przestrzeni do prowadzenia prac. Odejmując od ilości przewidywanego sprzętu wozidła, samochody, walce oraz ciągniki otrzymano 43 sztuki sprzętu

Powierzchnia dostępnego terenu do prac to 621 767,07 [m²]. Przy zaangażowaniu podanej powyżej ilości sprzętu daje to:

$$621\,767,07\text{ [m}^2\text{]} / 49\text{ [szt.]} = 12\,689,12\text{ [m}^2\text{/szt.]}$$

W pkt 29 odwołania (str. 33) Odwołujący podaje: /W tym miejscu pisma skan pkt 29 odwołania/.

Z porównania wartości otrzymanych przez Przystępującego (tj. 12 689,12 m²/szt.), do wartości podanych przez Odwołującego w pkt 29 odwołania, wynika, że dla spycharki pozostawiona jest powierzchnia pozwalająca na swobodne poruszanie się. Spycharki mają do dyspozycji niemal 2 krotnie większy zakres prac, niż wymaga od nich deklarowana przez Przystępującego wydajność. Powierzchnia ta pozostawia olbrzymi zapas terenu (niemalże 5 689,12 m²) na dodatkowe prace prowadzone przez inne maszyny, lub też ewentualnie zapas pozwalający na wprowadzenie kolejnych spycharek, co umożliwiłoby dalsze przyspieszenie procesu budowy nasypu.

W ocenie Przystępującego przyjęte wydajności odpowiadają frontom roboczym, jakie będą udostępnione maszynom, jednocześnie zostawiając niemal dwukrotny zapas powierzchni na dodatkowe wsparcie poprzez zwiększenie zasobów sprzętowych. Powyższe wnioski są poparte wieloletnim doświadczeniem Przystępującego w realizacji tego rodzaju robót.

Przystępujący wyjaśnił, że w razie potrzeby byłby w stanie jeszcze zwiększyć ilość zasobów sprzętowych na zadaniu, nie wpływając negatywnie na obszary robocze poszczególnych sprzętów i jednocześnie zwiększając dzienne wydajności wykonywanych robót. W pkt 32 odwołania (str. 34) Odwołujący stwierdza: /W tym miejscu pisma skan pkt 32 odwołania/.

Według obliczeń Przystępującego w Załączniku 1A do niniejszego pisma oraz zgodnie z Harmonogramem (Załącznik nr 2A do niniejszego pisma), terminy określone przez Przystępującego są realne i możliwe do osiągnięcia, a przyjęte zaangażowanie sprzętowe pozwala na całkowicie wydajną pracę.

W pkt 32 odwołania Odwołujący przedstawia sporządzony przez siebie harmonogram nr 2 oraz obliczenia uzasadniające przyjęte przez Odwołującego terminy realizacji robót. Podkreślenia wymaga, iż harmonogram ten przedstawia wyłącznie wizję Odwołującego co do wykonania zadania. Jako że harmonogram Odwołującego opiera się na przyjętych przez niego założeniach, które nie pokrywają się z założeniami Przystępującego, harmonogram ten nie może stanowić dowodu na to, iż terminy zaoferowane przez Przystępującego są nierealne lub niemożliwe do osiągnięcia.

Przystępujący wyjaśnił, iż w Harmonogramie, stanowiącym załącznik nr 2A do niniejszego pisma, Przystępujący, będąc doświadczonym wykonawcą robót budowlanych, w tym robót ziemnych, założył pewne rezerwy czasowe. Ponadto wszystkie obliczenia wykonane na potrzeby przygotowania załącznika nr 1A do niniejszego pisma i harmonogramu, będącego załącznikiem nr 2A do niniejszego pisma, zostały wykonane z uwzględnieniem w szczególności następujących założeń, takich jak:

- zaokrąglenia obliczeń czasochłonności „do góry” (np. jeśli wynik to 1,05 dnia -> przyjęto 2 dni)
- pominięto prace w niedzielę (w przeciwieństwie do Odwołującego) - co daje 10 dni (~1.5 tygodnia ewentualnego zapasu)
- przyjęto bezpieczne wartości wydajności sprzętu, zapewniające rezerwy czasowe,
- założono możliwość dalszego zwiększenia tempa prac. /W tym miejscu pisma przykład z Załącznika 1A/

Jak wykazano powyżej, nie jest prawdą, jakoby Przystępujący przyjął błędnie wydajność (tj. zbyt dużą w stosunku do możliwego obszaru realizacji prac). Przystępujący prawidłowo obliczył wydajność. To Odwołujący przyjął błędne założenia, co doprowadziło otrzymania przez niego nieprawidłowych wyników. Dowodem na powyższe są wyjaśnienia i obliczenia przedstawione w niniejszym piśmie oraz załącznikach do niego.

Wobec powyższych wyjaśnień Przystępującego w niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek podstaw aby uznać, iż Przystępujący określił w złożonej ofercie nierealny, nierzeczywisty lub niemożliwy do osiągnięcia termin realizacji zadania, w tym termin realizacji Etapu II. Tym samym zarzut Odwołującego, dotyczący rzekomego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie rzekomego dokonania nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego w ramach kryterium pozacenowego oceny ofert, jest całkowicie bezzasadny.

Zarzut dotyczący rzekomej niezgodności treści Oferty Przystępującego z warunkami zamówienia Zarzut dotyczący rzekomej rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego

Przystępujący wyjaśnił, iż złożona przez niego oferta, w tym także cena ofertowa, uwzględniają wykonanie wszelkich robót zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Cena ofertowa Przystępującego nie ma też charakteru ceny rażąco niskiej, co Przystępujący szczegółowo wykazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych Zamawiającemu. Wyjaśnienia Przystępującego w sposób szczegółowy i wyczerpujący pokazują, że w cenie ofertowej Przystępującego uwzględnione zostały wszystkie wymagania Zamawiającego, określone w dokumentacji przetargowej. Wyjaśnienia Przystępującego zostały przyjęte przez Zamawiającego bez dalszych zastrzeżeń. Ponadto Przystępujący podnosił, iż wynagrodzenie należne za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego, a nie kosztorysowego, czego Odwołujący w swoich zarzutach zdaje się pomijać.

Zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO w zakresie rażąco niskiej ceny co do zasady należy brać pod uwagę całościową cenę oferty. Ceny poszczególnych elementów robót lub też ceny jednostkowe mogą być badane pod uwagę w zakresie rażąco niskiej ceny, wyłącznie gdyby miały decydujące znaczenie dla należytego wykonania przyszłej umowy (tak np. wyrok KIO z 22.12.2017 r., KIO 2588/17). Podkreślił, iż wartość robót z oferty Przystępującego, do których Odwołujący się odnosi, jest marginalna zarówno w stosunku zarówno do ceny ofertowej Przystępującego, jak i do kosztu wykonania danego elementu robót. Niezależnie jednak, Przystępujący oświadcza, że wszystkie roboty, w tym materiały, do których odnosi się Odwołujący, zostały ujęte w ofercie i cenie ofertowej Przystępującego.

Odnosząc się do poszczególnych pozycji wskazanych przez Odwołującego:

Wycena pozycji III.13. 02 SKARPY ZBIORNIKA O POCHYLENIU 1:2

Wykonana kalkulacja dla tej pozycji, co której odnosi się Odwołujący, była co do zasady kalkulacją szacunkową. Podkreślenia wymaga, iż Przystępujący w złożonej Ofercie oraz cenie ofertowej uwzględnił wykonanie wszelkich robót zgodnie ze wszelkimi wymaganiami Zamawiającego, w tym uwzględnił koszt wszelkich materiałów w ilościach wymaganych zgodnie z dokumentacją przetargową oraz koszty robocizny. Przystępujący wyjaśnia, iż założona przez Przystępującego wartość robót objętych ww. pozycją jest realna i rynkowa. Potwierdza to oferta Podwykonawcy (Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” – złożona wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny), zgodnie z którą wartość ww. robót wyniosła 75,23zł/m2 netto. Tymczasem wartość tych robót określona przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wyniosła 78,36zł/m2 netto. Dodatkowo należy zauważyć, że dla całego zakresu konstrukcji zbiornika oferta Podwykonawcy jest niższa od kosztów przedstawionych w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny przez Przystępującego o 149 115,17 zł netto, co dowodzi, iż cena określona przez Przystępującego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

Wycena pozycji III.13. 03. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WLOTU 4x800mm

Podkreślił, iż Przystępujący w złożonej Ofercie oraz cenie ofertowej uwzględnił wykonanie wszelkich robót zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w tym uwzględnił koszt wszelkich materiałów w ilościach wymaganych zgodnie z dokumentacją przetargową oraz koszty robocizny. Przystępujący wyjaśnia, iż elementy wskazane przez Odwołującego jako rzekomo nie uwzględnione w kalkulacji, zostały ujęte w pozycjach 01. DNO ZBIORNIKA oraz 02. SKARPY ZBIORNIKA O POCHYLENIU 1:2. Pozycje te dotyczą bowiem integralnej części konstrukcji zbiornika. Przystępujący wyjaśnia ponadto, iż założona przez Przystępującego wartość robót z tego zakresu jest realna i rynkowa. Na dowód powyższego Przystępujący przedłożył ofertę Podwykonawcy (Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga” – złożona wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny), zgodnie z którą wartość ww. robót wyniosła 595,22zł/m2. Tymczasem wartość tych robót określona przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wyniosła 607,37zł/m2. Dodatkowo należy zauważyć, że dla całego zakresu konstrukcji zbiornika oferta Podwykonawcy jest niższa od kosztów przedstawionych w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny przez Przystępującego o 149 115,17 zł netto, co dowodzi, iż cena określona przez Przystępującego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

Wycena pozycji III.13. 04. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 2x800mm

Podkreślił, iż Przystępujący w złożonej Ofercie oraz cenie ofertowej uwzględnił wykonanie wszelkich robót zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w tym uwzględnił koszt wszelkich materiałów w ilościach wymaganych zgodnie z dokumentacją przetargową oraz koszty robocizny. Przystępujący wyjaśnia, iż elementy wskazane przez Odwołującego jako rzekomo nie uwzględnione w kalkulacji, zostały ujęte w pozycjach 01. DNO ZBIORNIKA oraz 02. SKARPY ZBIORNIKA O POCHYLENIU 1:2. Pozycje te dotyczą bowiem integralnej części konstrukcji zbiornika. Przystępujący wyjaśnia ponadto, iż założona przez Przystępującego wartość robót z tego zakresu jest realna i rynkowa. Na dowód powyższego Przystępujący przedłożył ofertę Podwykonawcy (Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga”), zgodnie z którą wartość ww. robót wyniosła 548,25zł/m2. Tymczasem wartość tych robót określona przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wyniosła 577,11zł/m2. Dodatkowo należy zauważyć, że dla całego zakresu konstrukcji zbiornika oferta Podwykonawcy jest niższa od kosztów przedstawionych w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny przez Przystępującego o 149 115,17 zł netto, co dowodzi, iż cena określona przez Przystępującego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

Wycena pozycji III.13. 05. DNO ZBIORNIKA W REJONIE WYLOTU 500mm

Podkreślił, iż Przystępujący w złożonej Ofercie oraz cenie ofertowej uwzględnił wykonanie wszelkich robót zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, w tym uwzględnił koszt wszelkich materiałów w ilościach wymaganych zgodnie z dokumentacją przetargową oraz koszty robocizny. Przystępujący wyjaśnia, iż elementy wskazane przez Odwołującego jako rzekomo nie uwzględnione w kalkulacji, zostały ujęte w pozycjach 01. DNO ZBIORNIKA oraz 02. SKARPY ZBIORNIKA O POCHYLENIU 1:2. Pozycje te dotyczą bowiem integralnej części konstrukcji zbiornika. Przystępujący wyjaśnia ponadto, iż założona przez Przystępującego wartość robót z tego zakresu jest realna i rynkowa. Na dowód powyższego Przystępujący przedkłada ofertę Podwykonawcy (Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga”), zgodnie z którą wartość ww. robót wyniosła 494,62zł/m2. Tymczasem wartość tych robót określona przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wyniosła 515,23zł/m2. Dodatkowo należy zauważyć, że dla całego zakresu konstrukcji zbiornika oferta Podwykonawcy jest niższa od kosztów przedstawionych w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny przez Przystępującego o 149 115,17 zł netto, co dowodzi, iż cena określona przez Przystępującego nie ma

charakteru ceny rażąco niskiej.

Odnosnie odwołania o sygn. akt: KIO 1651/24.

Zarzut dotyczący rzekomego złożenia przez Przystępującego oferty niezgodnej z warunkami zamówienia, do w ocenie Odwołującego miało objawiać się w rzekomym zaoferowaniu (wycenie) przez Przystępującego materiału niezgodnego z warunkami zamówienia, zaoferowaniu materiału niedopuszczonego w budownictwie kubaturowym

Przystępujący wyjaśnił, iż złożona przez niego oferta jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w dokumentach zamówienia. Zamawiający opisuje w dokumentach zamówienia, że po stronie Wykonawcy jest decyzja co do tego, czy podczas wykonywania robót ziemnych w ogóle będzie stosować ulepszenia. Obowiązkiem Wykonawcy jest bowiem doprowadzenie gruntu do parametrów zagęszczenia i nośności wymaganych w dokumentach zamówienia, natomiast Wykonawcy pozostawiono wybór technologii (tak m.in. pkt 2.2 Specyfikacji IV D-02.01.01 WYKONANIE WYKOPÓW; pkt 2.2 i pkt 5 Specyfikacji V D-02.03.01 WYKONANIE NASYPÓW; pkt 2.3 Specyfikacji IV D-02.01.01 WYKONANIE WYKOPÓW oraz Projekt wykonawczy str. 6)

/W tym miejscu pisma stosowny fragment ze wskazanych dokumentów/

Przystępujący zaznaczył, iż w jego ocenie w ramach wykonania niniejszego zadania nie ma potrzeby stosowania spoiw w celu doprowadzenia gruntu do wymaganych parametrów zagęszczenia oraz nośności. W związku z tym Przystępujący nie przewiduje konieczności stosowania spoiw podczas wykonywania robót objętych zamówieniem. Przystępujący zakłada, że realizacja robót przypadnie na okres letni, tj. na dni, w których panują wysokie temperatury powietrza. W tym okresie zasadniczo nie ma zapotrzebowania na uszlachetnienie gruntu. W okresie letnim w celu doprowadzenia spoiwistych warstw nasypu do parametrów nośności i zagęszczenia stosuje się zabieg wymieszania recyklerem. W efekcie tego zabiegu warstwa zmienia strukturę, uciągła uziarnienie i otwiera materiał na działanie słońca, wiatru przyspieszając parowanie. Opisane zbiegi powodują, że bez użycia spoiwa, tylko na skutek zastosowania powyżej opisanej technologii, uzyskuje się oczekiwane parametry. Mając powyższe na uwadze Przystępujący zakłada, iż do wykonania robót nie będzie stosować spoiwa, w tym w szczególności spoiwa Bauweg. Jeśli jednak stosowanie spoiwa okazałoby się niezbędne, Przystępujący będzie stosować wyłącznie spoiwa zgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SWZ. Przystępujący wyjaśnia także, iż w zakresie, w jakim wymagania Zamawiającego nie dopuszczają stosowania spoiwa Bauweg, Przystępujący nie będzie go stosować.

Niezależnie od powyższego Przystępujący chciałby się odnieść do wymagań Zamawiającego dotyczących materiałów dopuszczonych do stosowania podczas realizacji zadania zgodnie z dokumentami zamówienia. Wymagania ogólne dotyczące materiałów dopuszczonych do stosowania zostały określone w pkt 2 STWiORB DM 00.00.00. Nie ma tam informacji o wyłączeniu jakiegoś rodzaju materiałów lub o szczególnych wymaganiach Zamawiającego co do materiałów, jakie należy stosować. W szczególności nie zawarto tam informacji, aby Zamawiający wymagał wykonania robót ziemnych z pominięciem materiałów najczęściej stosowanych do wykonywania tego rodzaju robót, tj. spoiw zawierających popioły.

Odwołujący powołuje się na postanowienia pkt 2.3 STWiORB D02.01.01, gdzie zamieszczona została uwaga o następującej treści:

/W tym miejscu pisma stosowny fragment ze wskazanego dokumentu/

Z powyższego postanowienia pkt 2.3 STWiORB D02.01.01 wynika, iż Zamawiający nie dopuszcza, aby w ramach prowadzonych prac stosowane były materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym – przeznaczonym na pobyt ludzi. Podkreślić trzeba, iż postanowienie to nie dotyczy wykonania robót będących przedmiotem zamówienia. Zauważyć trzeba, iż przedmiotem inwestycji jest wykonanie makroniwelacji, a więc wyłącznie robót ziemnych. Zadanie nie obejmuje żadnych robót z zakresu budownictwa kubaturowego, oraz nie obejmuje budowy obiektów przeznaczonych na pobyt ludzi. Skoro zatem zgodnie z SWZ przedmiot inwestycji nie obejmuje żadnych robót z zakresu budownictwa kubaturowego, w tym też nie obejmuje budowy obiektów przeznaczonych na pobyt ludzi, a jedynie roboty ziemne, nie będące robotami kubaturowymi, powyższe ograniczenie nie znajduje zastosowania do robót, jakie należy wykonać w ramach zadania. W ramach zadania nie są bowiem wykonywane żadne roboty kubaturowe, do których powyższe ograniczenie znalazłoby zastosowanie.

Ponadto Odwołujący przytacza postanowienie zawarte w projekcie wykonawczym (str. 6): /W tym miejscu pisma stosowny fragment ze wskazanego dokumentu/.

Zgodnie z ww. postanowieniem wskazano: „Ograniczenia materiałowe – Zamawiający nie dopuszcza aby w ramach robót wyrównawczych stosowane były materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym – przeznaczonym na pobyt ludzi.” Postanowienie to, podobnie jak postanowienie przytoczone powyżej, dotyczy materiałów stosowanych do robót kubaturowych, przeznaczonych na pobyt ludzi, a takich robót Wykonawca w ramach niniejszego zadania nie wykonuje. Wykonawca zauważa przy tym, iż zakres robót określony jako „prace wyrównawcze” nie stanowi robót kubaturowych, przeznaczonych na pobyt ludzi. W związku z tym powyższe ograniczenie materiałowe nie znajduje zastosowania do przedmiotu zamówienia.

Gdyby jednak hipotetycznie przyjąć wniosek przeciwny (czemu Przystępujący stanowczo zaprzecza), wskazał, iż powyższe postanowienie odnosi się do „robót wyrównawczych” i zostało zamieszczone w punkcie projektu

wykonawczego, regulującym wykonanie warstwy wyrównawczej, a więc w wymaganiach dotyczących wykonania wyłącznie końcowej, najwyższej położonej powierzchni nasypu. Wynika to z treści projektu wykonawczego, str. 6. /W tym miejscu pisma stosowny fragment ze wskazanego dokumentu/

Przystępujący wyjaśnia, iż przyjął, że warstwa wyrównawcza, tj. ostatnie dwie warstwy nasypu – platformy, zostaną wykonane z piasku, czyli materiału niespoistego. Przystępujący nie zamierza wykonywać warstw wyrównawczych z użyciem spoiwa Bauweg. Piasek do wykonania warstw wyrównawczych zostanie selektywnie wydobyty, gwarantując uzyskanie odpowiedniego zagęszczenia oraz nośności. Piasek jest materiałem nie wymagającym stosowania spoiw, a w szczególności osuszania popiołem.

Mając powyższe na uwadze oferta Przystępującego jest w pełni zgodna z warunkami zamówienia, a Przystępujący nie zaoferował wykonania przedmiotu zamówienia z materiału niezgodnego z warunkami zamówienia.

Jako że w odwołaniu złożonym przez Skanska znalazły się obszernie rozważania co do rzekomej szkodliwości dla zdrowia spoiwa Bauweg z uwagi na to, iż zawiera ono popioły, jedynie na marginesie, dodatkowo Przystępujący poniżej odnosi się do tych twierdzeń. Przystępujący wskazuje, iż twierdzenia Odwołującego co do rzekomej szkodliwości dla zdrowia spoiwa Bauweg nie stanowią rzetelnej informacji co do rzekomej szkodliwości tego materiału, a także co do możliwości stosowania tego rodzaju materiału do wykonania robót ziemnych. Po pierwsze wskazał, iż cement - CEM II/B-M (V-LL) 32.5 R., tj. materiał, który wskazuje sam Odwołujący jako odpowiedni to wykonania robót objętych zamówieniem, w składzie ma również wysoką zawartość popiołów. Poniżej wyciąg z karty charakterystyki tego materiału: /W tym miejscu pisma stosowny fragment ze wskazanego dokumentu/

W takich okolicznościach twierdzenia Skanska o rzekomej szkodliwości dla zdrowia materiałów zawierających wysoką zawartość popiołów budzą wątpliwości.

Ponadto jeśli chodzi o ewentualną szkodliwość materiałów, warto porównać karty charakterystyki obu materiałów:

Karta charakterystyki cement - CEM II/B-M (V-LL) 32.5 R

/W tym miejscu pisma stosowny fragment ze wskazanego dokumentu/

Karta charakterystyki spoiw Bauweg

/W tym miejscu pisma stosowny fragment ze wskazanego dokumentu/

Z powyższych kart wynika, iż cement zaproponowany przez Odwołującego Skanska wykazuje więcej klas zagrożeń w porównaniu do spoiwa Bauweg.

Jako że w odwołaniu złożonym przez Skanska znalazły się obszernie rozważania co do rzekomo niekorzystnych z punktu widzenia realizacji robót właściwości spoiwa Bauweg, jedynie na marginesie, dodatkowo Przystępujący poniżej odnosi się do tych twierdzeń Odwołującego, w celu pokazania ich bezzasadności. Jeśli chodzi o higroskopijność, to co do zasady każde ze spoiw jest higroskopijne: wapno, cement, popiół, mieszanki cementowo popiołowe itp. Między innymi właśnie ta cecha sprawia, że w/w materiały znajdują zastosowanie w budowie nasypów i osuszaniu podłoża. Zatem argument przytoczony przez Skanska, jakoby higroskopijność była wadą, jest bezzasadny.

Badania geologiczne gruntów z wykopu i dokopu, będące załącznikiem do przetargu, pokazują że Przystępujący nie napotka wody gruntowej w trakcie wydobywania materiału. Przytoczony argument wilgotnego gruntu nie znajduje zatem poparcia w przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji. Wobec powyższego zauważyć trzeba, iż uwzględnienie w wycenie osuszania cementem istotnej części gruntu stanowiłoby dodatkowe, nieuzasadnione koszty.

Jednak w przypadku gdyby podczas realizacji robót ujawniły się odmienne warunki geologiczne, niż warunki wynikające z badań geologicznych Zamawiającego, to Przystępujący przypomina, że na etapie całego procesu budowlanego, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, udział będzie brać uprawniony geolog. Rolą geologa będzie kontrola parametrów gruntów wbudowywanych w nasyp oraz gruntów ulepszanych. Monitorowane wilgotności również należy do zadań wykonawcy robót. Technologia uszlachetniania gruntu spoiwem (w przypadku konieczności jego użycia) zakłada odpowiednie przygotowanie gruntu, tak aby wilgotność była na optymalnym poziomie, co minimalizuje ryzyko nadmiernego wchłaniania wody przez spoiwo.

Podkreślił, iż uzyskanie parametru wytrzymałości na ściskanie (trwałe wiązanie cząstek gruntu) nie jest wymagane. Z tego względu argument Odwołującego o rzekomej wyższości cech wiążących cementu nad popiołem jest nietrafiony.

Zaprojektowany system drenaży na powierzchni platformy oraz wokół platformy zapewni właściwą gospodarkę wodami opadowymi, napływowymi, oraz gruntowymi poprzez:

- odcięcie od podciągania kapilarnego wody gruntowej,
- skuteczne odprowadzenie wód opadowych,
- zabezpieczenie przed napływem wód w terenów przyległych, - trwałe zabezpieczenie przed nasiąkaniem nasypu, jego przemarzaniem.

Powyższe pokazuje, że Projektant przewidział problem utrzymania/stałości parametrów nasypu po zakończeniu prac. Zatem argument Odwołującego nie znajduje pokrycia w rzeczywistości projektowej i realizacyjnej. Zwrócił uwagę na błędne założenia uszlachetniania cementem przez Odwołującego, z jeszcze kilku powodów:

- Nadmierna sztywność i kruchość: Używanie cementu może prowadzić do nadmiernej sztywności ulepszanego gruntu. Nasypy, podłoża stają się kruche co w konsekwencji doprowadza do pęknięć pod obciążeniami dynamicznymi,

szczególnie w przypadku obciążeń cyklicznych, jakie mogą występować w zakresie dróg -platforma 3.

- Skurcz i pękanie: Wysoka zawartość cementu może zwiększać skurcz podczas procesu wysychania i twardnienia. Skurcz może prowadzić do powstawania pęknięć, które z kolei mogą osłabiać stabilność i jednorodność nasypu. W konsekwencji powodować będzie nierównomierne osiadanie słupów, spękań posadzek będącymi elementami późniejszej infrastruktury użytkowej.

- Wpływ na ekologię: Nadmierne użycie cementu zwiększa również ślad węglowy projektu oraz może prowadzić do większego zużycia zasobów naturalnych i energii. Może to negatywnie wpłynąć na środowisko.

Zarzut dotyczący rzekomej rażąco niskiej ceny oferty Przystępującego, co miałyby się objawiać rzekomym w nieuwzględnieniu kosztów niektórych pozycji Ofercie Przystępującego oraz w rzekomym zaoferowaniu materiału tańszego do zagęszczenia gruntu, co w ocenie Odwołującego przy zaoferowaniu materiału zgodnego z swz pokazałoby ewidentne niedoszacowanie.

Przystępujący wyjaśnił, iż cena ofertowa Przystępującego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej, gdyż uwzględnia wykonanie wszelkich robót zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Przystępujący wykazał to szczegółowo w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny, złożonych Zamawiającemu, które zostały przez Zamawiającego przyjęte bez zastrzeżeń. Poniżej Przystępujący szczegółowo odnosi się do poszczególnych punktów odwołania:

A) Zarzut rzekomego niedoszacowania w zakresie spoiwa

Przystępujący wyjaśnił już powyżej w niniejszym piśmie przyjęte przez siebie założenia, jeśli chodzi o spoiwo. Przystępujący nie założył w Ofercie użycia spoiwa, które nie byłoby zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

W pierwszej kolejności Przystępujący zwraca uwagę na nieadekwatność i bezcelowość stosowania cementu w celu uzyskania wymaganych parametrów zagęszczenia i nośności w szczególności zgodnie z twierdzeniami Odwołującego. Warstwy wymieszane z cementem powinny dojrzewać 28 dni, nim zostaną wykonane kolejne warstwy nasypu. Dotyczyłoby to każdej z warstw. Tym samym założony przez Odwołującego czas realizacji zadania wynoszący 16 tygodni nie byłby możliwy do dotrzymania.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, trzeba zwrócić uwagę na manipulację, której dopuszcza się Odwołujący w celu pokazania rzekomo spektakularnego niedoszacowania kosztów spoiwa przez Przystępującego. Odwołujący zestawia bowiem ilości spoiwa Bauweg, pokazane przez Przystępującego w kalkulacji do wyjaśnień rażąco niskiej ceny, z ceną spoiwa założonego przez siebie tj. cementu. Manipulacją Odwołującego jest przyjmowanie do obliczeń, że w przypadku zastosowania cementu jako spoiwa, ilość cementu byłaby taka sama, jak ilość spoiwa Bauweg. Podkreślenia wymaga, iż w przypadku ewentualnego stosowania cementu jako spoiwa, jego ilość byłaby znacznie mniejsza, niż ilość spoiwa Bauweg. Z technicznego punktu widzenia obliczenia Odwołującego w niniejszym punkcie odwołania są absurdalne. Ewentualne zastosowanie 43 582,63 Mg cementu jako spoiwa dla robót przełożyłoby się bowiem na ogromne i niczym nieuzasadnione oraz niezrozumiałe przewymiarowanie konstrukcji bryły nasypu.

W przypadku konieczności użycia spoiwa, argument Odwołującego o rzekomym niedoszacowaniu przez Przystępującego w tym zakresie, nie znajduje potwierdzenia w kalkulacji złożonej przez Przystępującego wraz z Ofertą. Wynika z nich bowiem, iż koszty spoiwa skalkulowane przez Przystępującego wynoszą 3 382 639,95 zł netto. Rzekomemu niedoszacowaniu przez Przystępującego w zakresie spoiwa przeczyłaby także kalkulacja hipotetycznych ilości cementu dla tych samych pozycji z Oferty Odwołującego i jej porównanie z kalkulacją Przystępującego.

Tabele porównawcze: /W tym miejscu pisma stosowny fragment/

Podsumowanie /W tym miejscu pisma stosowny fragment/

Z powyższego zestawienia kalkulacji spoiw wynika, iż Przystępujący przewidział na spoiwo kwotę większą, niż Odwołujący. Trudno zatem uznać argumentację Odwołującego za zrozumiałą i uzasadnioną.

B) Zarzut rzekomego niedoszacowania w zakresie zasypki i zagęszczenia gruntu po likwidacji sieci

Wykonanie wszelkich robót w zakresie zasypki i zagęszczenia gruntu po likwidacji sieci w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Przystępujący wyjaśnia, iż likwidacja kabla ze względu na charakter prac, zostanie wykonana sprzętem mechanicznym tj. w szczególności koparką oraz samochodem ciężarowym. Pracownik fizyczny przypisany jest do zagęszczeń gruntu. Koszt zagęszczarki na 1,26 dnia wynosi około 100zł.

/W tym miejscu pisma stosowny fragment szczegółowej kalkulacji spornej pozycji/

Odwołujący podał informacje niezgodne z rzeczywistością, deklarując, że kabel jest do rozbiórki w strefie nasypowej. W rzeczywistości kabel ten w większości przebiega w zakresie wykopu pod zbiornik. Czerwona linia na poniższym rysunku pokazuje zakres rozbiórki, natomiast na pomarańczowo oznaczono przebieg istniejącej sieci wskazanej do rozbiórki. /W tym miejscu pisma stosowny rysunek/

/Następnie próba wyliczenia nieuwzględnionych prac, biorąc za podstawę ceny jednostkowe oraz wydajności oparte na założeniach kalkulacji szczegółowej Strabag/

Wykopy wąsko przestrzenne wykonuje się ręcznie, przy użyciu małego sprzętu zagęszczającego. Odwołujący wykazuje się nieznajomością charakteru tego rodzaju prac. Deklarowanie użycia spycharki oraz walca do zasypki wykopu

wąsko przestrzennego nie zapewnia prawidłowego zagęszczenia oraz jednocześnie wprowadza w błąd, budując rażąco wysoką cenę dla takiego zakresu robót.

Pozycje Lp. 4 (I.3) oraz 6. (I.5), przywołane przez Odwołującego, są analogiczne (jak sam Odwołujący w treści odwołania zauważył) do opisanej powyżej Lp. 3 (I.2).

Dla powyższych pozycji charakter prac jest taki sam, jak opisano powyżej, czyli: wykop i zasypka. Są to roboty mechaniczne wąsko przestrzenne, zatem konieczne jest zagęszczenie ręczne przy użyciu zagęszczarki spalinowej.

C) Zarzut rzekomego niedoszacowania w zakresie obsiewu mechanicznego

Wykonanie wszelkich robót dotyczących obsiewu mechanicznego w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Obsiew mechaniczny został skalkulowany w pozycji spycharki, co wynika z opisu tej pozycji w kalkulacji Przystępującego, złożonej wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny „...rozepchnięcie przez spycharki, (...), wyrównanie, **obsiew mechaniczny**...”:

/W tym miejscu pisma stosowny fragment szczegółowej kalkulacji spornej pozycji/

Siewnik zamontowany do tyłu spycharki, doskonale sprawdza się w obsiewach terenów płaskich, gwarantując brak poletek wolnych od nasion mieszkaki traw. Powierzchnia przejazdu spycharki jest równa powierzchni obsiewu.

D) Zarzut rzekomego niedoszacowania ceny w zakresie profilowania i przepchnięcia materiałów

Wykonanie wszelkich robót dotyczących profilowania i przepchnięcia materiałów w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Odwołujący przywoływał następującą pozycję z kosztorysu Przystępującego, złożonego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny:

/W tym miejscu pisma stosowny fragment szczegółowej kalkulacji spornej pozycji/

Przystępujący wyjaśni, że na ilość humusu, który zostanie docelowo złożony w obszarze dokopu, składają się następujące składowe:

-humus uzyskany w granicach Inwestycji, a niezabudowany w obszarach projektowanych powierzchni zielonych (poz. I.p.21)

-humus pochodzący z odhumusowania powierzchni dokopu do ponownego wbudowania

(poz. I.p.22) /W tym miejscu pisma fragment szczegółowej kalkulacji spornej pozycji/

Jeśli chodzi o podkreślone przez Odwołującego w pkt a) wyprofilowanie materiału, to Przystępujący założył wyprofilowanie materiału przy użyciu koparki gąsienicowej ujętej w kalkulacji. Koszty spycharki są tu nie ujęte, gdyż w ocenie Przystępującego nie jest potrzebna na etapie wykonania tych robót. Jeśli chodzi o podkreślone przez Odwołującego w pkt b) przepchnięcie z profilacją materiału, to humus zostanie wstępnie wyprofilowany przez koparki gąsienicowe jak opisano w odpowiedzi do ppkt. a) powyżej. Z tego względu koszty spycharki zostały ujęte, gdyż w ocenie Przystępującego nie jest potrzebna na etapie wykonania tych robót. Powyższe wynika z faktu, iż humus w końcowej fazie budowy zostanie zakryty warstwą humusu pochodzącą bezpośrednio z dokopu (poz. I. p. 22 (II.4)). Ostateczna profilacja obszaru dokopu przy użyciu spycharki jest skalkulowana w pozycji dotyczących tych robót (poz. I.p.22). Jeśli chodzi o wartość robót z zakresu profilowania i przepchnięcia materiałów, Przystępujący wskazuje, iż oparł się na cenach jednostkowych wskazanych w ofertach Podwykonawców na ten zakres robót. Oferty te zostały złożone Zamawiającemu przez Przystępującego wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny.

Oferty:

•Czechanowicz Ekologia i Zielen Sp. z o.o. – zaoferowana cena jednostkowa 3,75 zł/m³

/W tym miejscu pisma stosowny fragment oferty/

•Nawrocki Budownictwo Sp. z o.o. – zaoferowana cena jednostkowa 3,80 zł/m³

/W tym miejscu pisma stosowny fragment oferty/

•Kampio K.M. - zaoferowana cena jednostkowa 3,65 zł/m³

/W tym miejscu pisma stosowny fragment oferty/

•Geo-Bud J.S. – zaoferowana cena jednostkowa 3,50 zł/m³

/W tym miejscu pisma stosowny fragment oferty/

Podkreślił iż, każdy z aż czterech powyższych oferentów zaoferował ceny jednostkowe niższe niż ceny dla tego zakresu robót, określone przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny. Uśredniając ceny oferentów, średnia cena jednostkowa za wykonanie omawianej roboty wynosi 3,68 zł/m³ netto. Tymczasem zgodnie z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny Przystępujący przyjął cenę jednostkową wynoszącą 3,97 zł/m³ netto. Zatem różnica pomiędzy ceną jednostkową, przyjętą przez Przystępującego i średnią ceną jednostkową podwykonawców wynosi 0,29 zł/m³ netto. Zatem w swojej kalkulacji na wykonanie robót w zakresie profilowania i przepchnięcia materiałów Przystępujący przyjął kwotę o 31 830,27 zł netto wyższą, niż wynikałoby to z ofert podwykonawców, gotowych zrealizować ten zakres robót. Brak jest zatem podstaw aby uznać, aby wykonanie robót w zakresie profilowania i przepchnięcia materiałów było przez Przystępującego niedoszacowane. /W tym miejscu pisma tabela cen jednostkowych ofert podwykonawców do ceny przyjętej przez Przystępującego/

E) Zarzut rzekomego niedoszacowania w zakresie kosztów związanych z zakupem i dostawą piasku

Wykonanie wszelkich robót dotyczących zakupu i dostawy piasku w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Przystępujący wyjaśnia, że przyjął

do kalkulacji w szczególności piasek z dokopu uzyskanego na terenie inwestycji zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej.

F) Zarzut rzekomego niedoszacowania kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału podkładowego pod rurę

Wykonanie wszelkich robót związanych z zakupem i dostawą materiału podkładowego pod rurę w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Wykonana kalkulacja dla tej pozycji, co której odnosi się Odwołujący, była co do zasady kalkulacją szacunkową. Przystępujący wyjaśnia, iż założona przez Przystępującego wartość robót objętych ww. pozycją jest realna i rynkowa. Potwierdza to oferta Podwykonawcy (Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga”), zgodnie z którą wartość ww. robót wyniosła 635,99zł/m² przy przedstawionej przez Wykonawcę (STRABAG) 769,12zł/m². Przystępujący przyjął do kalkulacji także w szczególności piasek z dokopu uzyskanego na terenie inwestycji zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej.

G) Zarzut rzekomego niedoszacowania w zakresie kosztów związanych z obniżeniem poziomu zwierciadła wód gruntowych

Wykonanie wszelkich robót niezbędnych do wykonania w związku z obniżeniem zwierciadła wód gruntowych w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Uzupełnienie tej pozycji przez Zamawiającego zwraca uwagę na możliwość wystąpienia wody gruntowej na określonej głębokości. Jednakże szczegółowa analiza wykonana przez Przystępującego wskazuje na niskie prawdopodobieństwo wystąpienia takiej okoliczności. Niemniej jednak w przypadku konieczności wykonania takich robót, ich wykonanie oraz koszty z tego tytułu zostały uwzględnione przez Przystępującego w złożonej ofercie. Gospodarkę nadmiaru mas ziemnych Przystępujący uwzględnił w szczególności ww. pozycji l. p. 8 (l.7) Drogi tymczasowe na placu budowy Kosztorysu złożonego przez Wykonawcę wraz z wyjaśnieniami rażąco niskiej ceny.

H) Zarzut rzekomego niedoszacowania w zakresie kosztów związanych z dostawą piasku dla warstwy zabezpieczającej

Wykonanie wszelkich robót dotyczących zakupu i dostawy piasku dla warstwy zabezpieczającej w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Przystępujący wyjaśnia, że przyjął do kalkulacji w szczególności do kalkulacji piasek z dokopu uzyskanego na terenie inwestycji zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej.

I) Zarzut rzekomego niedoszacowania w zakresie kalkulacji kosztów związanych z dostawą brakującej warstwy geowłókniny

Wykonanie wszelkich robót związanych z dostawą brakującej warstwy geowłókniny w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Wykonana kalkulacja dla pozycji, co której odnosi się Odwołujący, była co do zasady kalkulacją szacunkową. Przystępujący wyjaśnia, iż założona przez Przystępującego wartość robót objętych ww. pozycją jest realna i rynkowa. Potwierdza to oferta Podwykonawcy (Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych „Ostroga”), zgodnie z którą wartość ww. robót wyniosła 75,23zł/m². Tymczasem wartość tych robót określona przez Przystępującego w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wyniosła 78,36zł/m². Dodatkowo należy zauważyć, że dla całego zakresu konstrukcji zbiornika oferta Podwykonawcy jest niższa od kosztów przedstawionych w wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny przez Przystępującego o 149 115,17 zł netto, co dowodzi, iż cena określona przez Przystępującego nie ma charakteru ceny rażąco niskiej.

J) i K) Zarzut rzekomego niedoszacowania w zakresie kosztów związanych z rozłożeniem balastu z kruszywa

Wykonanie wszelkich robót związanych z rozłożeniem balastu z kruszywa w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Ze względu na specyfikę tego rodzaju prac, przyjęto rozkładanie balastu koparką. W związku z tym koszty wykonania tych robót ujęte są w kosztach pracy koparki. Przystępujący nadmienia, że założenie wykonania balastu spycharką, jest sprzeczne ze sztuką budowlaną, z praktykami dobrego wykonania. Napychanie materiału spycharką spowoduje uszkodzenie warstw występujących pod balastem, gdyż tym samym zatracona zostanie kluczowa cecha zbiornika – szczelność. Według doświadczonego wykonawcy tego rodzaju robót, jakim jest Przystępujący, roboty prowadzone na geowłókninach, membranach lub powierzchniach delikatnych w perspektywie robót ziemnych, wykończeniowych, powinny być prowadzone poprzez układanie materiału (co jest możliwe przy użyciu koparki), a nie poprzez napychanie spycharkami.

L) Zarzut rzekomego niedoszacowania kosztów w zakresie kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału podsypki, obsypki i nadsypki piaskowej.

Wykonanie wszelkich robót związanych z zakupem i dostawą materiału podsypki, obsypki i nadsypki piaskowej w zakresie wymaganym zgodnie z dokumentami zamówienia oraz wszelkie koszty z tego tytułu zostały ujęte w ofercie Przystępującego. Przystępujący wyjaśnia, że przyjął do kalkulacji w szczególności piasek z dokopu uzyskanego na terenie inwestycji zgodnie z treścią dokumentacji przetargowej.

Przystępujący wyjaśnił, iż złożona przez niego oferta, w tym także cena ofertowa, uwzględniają wykonanie wszelkich robót zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Cena ofertowa Przystępującego

nie ma też charakteru ceny rażąco niskiej, co Przystępujący szczegółowo wykazał w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych Zamawiającemu. Wyjaśnienia Przystępującego w sposób szczegółowy i wyczerpujący pokazują, że w cenie ofertowej Przystępującego uwzględnione zostały wszystkie wymagania Zamawiającego, określone w dokumentacji przetargowej. Wyjaśnienia Przystępującego zostały przyjęte przez Zamawiającego bez dalszych zastrzeżeń. Ponadto Przystępujący podnosi, iż wynagrodzenie należne za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego, a nie kosztorysowego, czego Odwołujący w swoich zarzutach zdaje się pomijać. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO w zakresie rażąco niskiej ceny co do zasady należy brać pod uwagę całościową cenę oferty. Ceny poszczególnych elementów robót lub też ceny jednostkowe mogą być badane pod uwagę w zakresie rażąco niskiej ceny, wyłącznie gdyby miały decydujące znaczenie dla należytego wykonania przyszłej umowy (tak np. wyrok KIO dnia 22.12.2017 r., KIO 2588/17). Podkreślenia wymaga, iż wartość robót z oferty Przystępującego, do których Odwołujący się odnosi, jest marginalna zarówno w stosunku zarówno do ceny ofertowej Przystępującego, jak i do kosztu wykonania danego elementu robót. Niezależnie jednak, Przystępujący oświadcza, że wszystkie roboty, w tym materiały, do których odnosi się Odwołujący, zostały ujęte w ofercie i cenie ofertowej Przystępującego.

Zarzut dotyczący rzekomego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co miało objawiać się w określeniu przez Przystępującego w Ofercie terminu realizacji robót wynoszącego 10 tygodni od dnia przekazania placu budowy i spowodowało przyznanie Przystępującemu najwyższej ilości punktów w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert, podczas gdy w ocenie Odwołującego termin ten jest niemożliwy do dotrzymania

Odwołujący zarzucił, jakoby termin realizacji robót podany przez Przystępującego był niemożliwy do dotrzymania, gdyż w ocenie Odwołującego nie jest możliwe wykonanie wszystkich prac w takim terminie. Przystępujący nie zgadza się z powyższym twierdzeniem Odwołującego. Termin wykonania zadania, wskazany przez Przystępującego w Ofercie jest terminem jak najbardziej realnym i możliwym do dotrzymania. Na dowód powyższego Przystępujący przedkłada szczegółowy harmonogram wykonywania robót wraz z zestawieniem grup roboczych, ich zasobów i wydajności, porównując je z zasobami, którymi dysponuje Przystępujący:

- Załącznik 1A – Obliczenie czasu trwania poszczególnych robót,
- Załącznik 2A – Harmonogram wykonywania prac wraz z zestawieniem sprzętów,

W Załączniku 1A, Wykonawca dokonał szczegółowych obliczeń czasu trwania każdego asortymentu robót w odniesieniu do planowanego rzeczywistego zaangażowania i ilości sprzętu. Na podstawie tych danych sporządzono Załącznik 2A przedstawiający w sposób graficzny harmonogram prowadzenia prac w czasie. Przygotowane przez Przystępującego dokumenty uwzględniają w szczególności rzeczywiste, realne i możliwe do osiągnięcia wydajności, w tym sprzętu. Przystępujący w Załączniku nr 1A do niniejszego pisma - Obliczenie czasu trwania poszczególnych robót, określił realne zapotrzebowanie sprzętowe do wykonania robót objętych zamówieniem. Dodatkowo każda robota została przypisana do danego zespołu roboczego. Graficzne przedstawienie zapotrzebowania sprzętowego jest określone w Załączniku 2A do niniejszego pisma – Harmonogram.

Czasochłonność wykonania poszczególnych zakresów robót została obliczona przez Wykonawcę w szczególności w następujący sposób:

- Znając efektywny czas pracy [E], ilość poszczególnego zasobu [N], jego zaangażowanie [Z] i wydajność godzinową [G], określona zostaje dzienna wydajność [W] jednego typu zasobu: $G [j/h] \times E [h/dzień] \times N [-] \times Z [-] = W [j/dzień]$
- Dzienna wydajność jednego typu zasobu [W] wraz ze znaną ilością roboty [I] do pozwala określić czas [T] w którym robota ta zostanie wykonana:
 $I [j] / W [j/dzień] = T [dni]$

Dla każdej pozycji czas [T] obliczany jest oddzielnie dla każdej jednostki biorącej udział w wykonaniu roboty. Jako czas potrzebny do wykonania pracy przyjmowana jest wartość maksymalna brana ze zbioru wyników poszczególnych jednostek sprzętowych.

Dodatkowo wartość (maksymalny czas) zaokrąglana jest zawsze „do góry”.

Dzięki tym zabiegom przyjmowany jest scenariusz bezpieczny, pozwalający na realizację zadania w warunkach przedstawionych przez Odwołującego.

Jeśli chodzi o realność wykonania Etapu I w terminie określonym przez Przystępującego, Przystępujący wyjaśnia, co następuje.

Zgodnie z SWZ, Etap I zakłada w szczególności wykonanie platformy P1 oraz robót rozbiórkowych polegających na rozbiórce nawierzchni byłej drogi powiatowej, likwidacji istniejącego kabla teletechnicznego i sieci wodociągowej biegnącej wzdłuż drogi powiatowej. Zgodnie z deklaracją Przystępującego, prace w ramach Etapu I zostaną wykonane w terminie 6 tygodni.

Roboty rozbiórkowe zgodnie z obliczeniami z Załącznika 1A oraz Załącznikiem 2A, zostaną zakończone w pierwszym tygodniu prac. Zgodnie z tym, zaawansowanie po 6 tygodniach będzie w szczególności następujące:

- likwidacja odcinka drogi powiatowej: 100%
- likwidacja istniejącego nieczynnego kabla telekomunikacyjnego: 100%
- likwidacja istniejącego wodociągu wo225: 100%

- likwidacja istniejącego wodociągu wo225 hydranty: 100%
- likwidacja istniejącego wodociągu wo100: 100%
- zdjęcie humusu i warstwy wierzchniej (obszar w granicach opracowania zakresu makroniwelacji): 100%

Pełne wykonanie platformy P1, poza samym wykonaniem nasypów, jest powiązane z robotami dotyczącymi odhumusowania, przygotowania podłoża pod wykonywanie nasypów oraz wykonaniem drenaży na gotowych nasypach. Zgodnie z obliczeniami z Załącznika 1A oraz Załącznikiem 2A, zaawansowanie tych robót po 6 tygodniach będzie w szczególności następujące:

- zdjęcie humusu i warstwy wierzchniej (obszar w granicach opracowania zakresu makroniwelacji): 100%
- przygotowanie podłoża gruntowego pod wykonywanie nasypów: 100%
- wykonanie rowów rozsączających: 50% (wartość przekraczająca długości drenaży na terenie platformy P1)

Wykonanie nasypów na potrzeby wykonania platformy P1

Przyjmując dane zamawiającego dotyczące powierzchni platform wykazano:

P1 = 151 611,40 [m²]

P2 = 172 978,10 [m²]

P3 = 187 260,80 [m²]

Razem daje to: P_c = 511 850,30 [m²]

Dzięki temu możemy otrzymać powyższe współczynniki:

P1/P_c = 0,296

P2/P_c = 0,338

P3/P_c = 0,366

Stosując powyższe współczynniki poszczególnych platform, oraz znając globalną wartość nasypów do wykonania możemy w przybliżeniu określić ilości nasypu do wykonania na poszczególnych platformach.

$N = 296\,395,60\text{ [m}^3\text{]} + 646\,490,00\text{ [m}^3\text{]} = 942\,885,60\text{ [m}^3\text{]}$

$P1 = 942\,885,60\text{ [m}^3\text{]} \times 0,296 = 279\,285,19\text{ [m}^3\text{]}$

$P2 = 942\,885,60\text{ [m}^3\text{]} \times 0,338 = 318\,645,04\text{ [m}^3\text{]}$

$P3 = 942\,885,60\text{ [m}^3\text{]} \times 0,366 = 344\,955,37\text{ [m}^3\text{]}$

Załącznik 1A oraz 2A wykazują, że do końca 6 tygodnia zostanie wykonane 100% nasypów z materiałów pochodzących z wykopu oraz około 40% nasypów z materiałów pochodzących z dokopu. Wartości te dają pewność, iż po 6 tygodniach platforma P1 zostanie wykonana w 100%. Zatem termin wykonania Etapu I jest terminem realnym i możliwym do osiągnięcia. **Jeśli chodzi o realność wykonania Etapu II w terminie określonym przez Przystępującego, Przystępujący wyjaśnia, co następuje.**

Wyjaśnienia złożone w niniejszym piśmie, wraz z obliczeniami z Załącznika 1A do niniejszego pisma oraz harmonogramem przedstawionym w Załączniku 2A do niniejszego pisma, stanowią dowód na to, iż termin wykonania Etapu II jest terminem rzeczywistym, realnym i możliwym do osiągnięcia.

Poniżej Przystępujący przedstawił obliczenia na dowód prawidłowości przyjętych wydajności dla sprzętów budowlanych wynikającą z terminu w korelacji do dostępnej powierzchni budowy Powierzchnia działek roboczych, na których mogą znajdować się maszyny, wynosi:

P1 = 151 611,40 [m²] – platforma P1

P2 = 172 978,10 [m²] – platforma P2

P3 = 187 260,80 [m²] – platforma P3 Z = 21 000,00 [m²] – Zbiornik

D = 158 002,00 [m²] - Dokop

Co łącznie daje 690 852,30 [m²]

Uwzględniając zmniejszenie powierzchni działek roboczych w związku z koniecznością dopasowania się do pozostałych wykonywanych prac – dla mniej korzystnego scenariusza przyjęto redukcję o 10%.

$690\,852,30\text{ [m}^2\text{]} - 10\% \times 690\,852,30\text{ [m}^2\text{]} = \mathbf{621\,767,07\text{ [m}^2\text{]}}$ **powierzchni prowadzenia robót**

Technologia uszlachetnienia przyjęta przez Przystępującego, nie oznacza wyłączenia z produkcji na okres dojrzewania stabilizacji. Uszlachetnienie/wzmocnienie może polegać na osuszeniu gruntów spoistych, które, ze względu np. na zbyt dużą wilgotność, nie nadawałyby się do osiągnięcia parametrów nośności i zagęszczenia. Parametr ściskania nie jest bezpośrednio skorelowany z parametrem nośności oraz zagęszczenia. Budowanie kolejnej warstwy nasypu nie jest determinowane przez okres dojrzewania, lecz poprzez pozytywne wyniki badań nośności i zagęszczenia. Wymagane parametry nośności i zagęszczenia mogą zostać osiągnięte bez stosowania spoiw uszlachetniających oraz mogą zostać przebadane bezpośrednio po wykonaniu warstwy.

Według obliczeń Przystępującego w Załączniku 1A do niniejszego pisma oraz zgodnie z Harmonogramem (Załącznik nr 2A do niniejszego pisma), terminy określone przez Wykonawcę są realne i możliwe do osiągnięcia, a przyjęte zaangażowanie sprzętowe pozwala na całkowicie wydają pracę. Wobec powyższych wyjaśnień Przystępującego w niniejszej sprawie brak jest jakichkolwiek podstaw aby uznać, iż Przystępujący określił w złożonej ofercie nierealny, nierzeczywisty lub niemożliwy do osiągnięcia termin realizacji zadania.

Tym samym zarzut Odwołującego, dotyczący rzekomego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, ewentualnie rzekomego dokonania nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego w ramach kryterium pozacenowego oceny ofert, jest całkowicie bezzasadny.

Zarzut dotyczący rzekomego złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i rzekomym podaniu przez Przystępującego informacji niezgodnych z prawdą w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie w wykazie osób Pani R.S. jako osoby posiadającej 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi.

W pkt 5.1.1.1. SWZ Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczące dysponowania przez Wykonawcę osobami posiadającymi odpowiednie uprawnienia i doświadczenie. Wymagania te zostały opisane w następujący sposób: W tym miejscu fragment SWZ/

Powyższe wymagania Wykonawca odczytał w taki sposób, iż w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał dysponowania jedynie jedną osobą posiadającą doświadczenie obejmujące sprawowanie funkcji Kierownika budowy, tj. uczestnika procesu budowlanego, o którym mowa w art. 17 Prawa budowlanego. Wynika to z literalnego brzmienia pierwszego wiersza tabeli z pkt 5.1.1.1 SWZ (tj. wiersza odnoszącego się do pierwszej z wymaganych osób). Wskazano tam bowiem jednoznacznie, iż wymagana osoba powinna dysponować doświadczeniem w pełnieniu funkcji Kierownika budowy w zakresie kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej, wynoszącym 10 lat. Wyłącznie zatem dla jednej z wymaganych osób Zamawiający określił funkcję, w sprawowaniu której taka osoba powinna posiadać doświadczenie. Funkcja ta (tj. „Kierownik budowy”) odnosi się wprost do art. 17 pkt 4 Prawa budowlanego, gdzie kierownika budowy wskazano jako jednego z uczestników procesu budowlanego.

Natomiast dla pozostałych osób wskazanych w tabeli w pkt 5.1.1.1 SWZ Zamawiający nie sformułował takiego wymagania. Dla pozostałych osób wymienionych w tabeli w pkt 5.1.1.1 SWZ nie wskazano bowiem stanowiska lub funkcji, w sprawowaniu której takie osoby powinny posiadać doświadczenie (np. Kierownik robót lub kierownik budowy), aby spełniać warunki udziału w postępowaniu. Dla pozostałych osób w tabeli w pkt 5.1.1.1 SWZ Zamawiający nie wskazał ponadto także, aby doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi miałoby odnosić się do formalnego sprawowania funkcji kierownika w rozumieniu przepisów ustawy Prawo budowlane. Takie wymaganie zostało sformułowane bowiem jedynie dla osoby, która miała legitymować się doświadczeniem w sprawowaniu funkcji kierownika budowy (tj. osoba, o której mowa w pierwszym wierszu tabeli z pkt 5.1.1.1. SWZ). Ponadto zgodnie z SWZ nie wymagano określenia zadań, w ramach których wskazana osoby zdobyłyby doświadczenie.

Tym samym wymagania Zamawiającego określone w pkt 5.1.1.1. SWZ należało zinterpretować w ten sposób, iż dla pozostałych osób (tj. jeśli chodzi o personel inne niż osoba, która miała wykazać się doświadczeniem w sprawowaniu funkcji kierownika budowy) wymagane jest posiadanie wyłącznie odpowiednich uprawnień określonych w tabeli w pkt 5.1.1.1 SWZ oraz doświadczenia zawodowego wynoszącego odpowiednio 5 lub 10 lat, rozumianego jako wykonywanie zadań z zakresu kierowania robotami, jednak nie odnoszącego się do formalnego sprawowania funkcji kierownika budowy lub kierownika robót.

Niewątpliwie Pani R.S. spełnia powyższe wymagania Zamawiającego. Uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno – budowlanej w wymaganym zakresie uzyskała bowiem w 2016 roku. Wykonawca zweryfikował zakres uprawnień posiadanych przez Panią R. i zakres ten odpowiada wymaganiom Zamawiającego określonym w SWZ. Wykonawca zweryfikował także doświadczenie zawodowe Pani R.S. Od czasu uzyskania uprawnień Pani R.S. pracuje zawodowo jako inżynier budowy, w tym wykonuje czynności z zakresu kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej. Podkreślenia wymaga ponadto, że zgodnie z SWZ Zamawiający nie wymagał, jeśli chodzi o osobę z uprawnieniami, które posiada Pani R.S., aby osoba tak posiadała doświadczenie w sprawowaniu konkretnie określonej samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie (np. funkcję kierownika budowy lub kierownika robót). Tym samym Pani R.S. dysponuje kwalifikacjami i doświadczeniem w zakresie wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z SWZ. Przyjęcie przez Wykonawcę powyżej przedstawionego rozumienia postanowienia pkt. 5.1.1.1. SWZ jest w pełni uzasadnione w świetle reguł wykładni wynikających z art. 65 § 1 kc. Zgodnie z tymi zasadami decydujące znaczenie ma to, jakie rozumienie oświadczenia mógł przyjąć jego adresat po przeprowadzeniu starannej analizy treści oświadczenia. Przywołał wyrok KIOz 09.01.2018, sygn. akt KIO 2712/17. Bezzasadne są w związku z tym zarzuty sformułowane w złożonych odwołaniach, jakoby Wykonawca oświadczył nieprawdę w ofercie złożonej Zamawiającemu. Odwołujący wywodzą bowiem twierdzenia co do rzekomego oświadczenia nieprawdy przez Wykonawcę z przedstawionej przez siebie interpretacji SWZ. Dokonana przez Odwołujących interpretacja SWZ jest nakierowana na uzasadnienie podnoszonych przez nich twierdzeń co do braku spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, w celu doprowadzenia do odrzucenia oferty Wykonawcy. Tymczasem to, w jaki sposób Wykonawca zrozumiał postanowienia pkt 5.1.1.1. SWZ, wynikało wprost ze sposobu sformułowania tych wymagań przez Zamawiającego. Wobec powyższego nie znajdują uzasadnienia także twierdzenia i wywody Odwołujących, co do rzekomego złożenia przez Wykonawcę oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż oświadczenie Wykonawcy co do spełniania warunków udziału w postępowaniu jest zgodne z rzeczywistością. Wykonawca wskazał ponadto z daleko idącej ostrożności, iż w przypadku uznania przez Zamawiającego, że Pani R.S. nie posiadałaby wymaganego doświadczenia, (czemu Wykonawca zaprzecza), zgodnie z art. 128 ust. 1 Pzp Zamawiający powinien

wezwać Wykonawcę do uzupełnienia lub poprawienia złożonego wykazu osób.

W dniu 31.05.2024 r. (e-mailem) BUDIMEX S.A. złożyła pismo procesowe wnosząc o oddalenie odwołania KIO 1651/24 w całości. Zarzut dotyczący rzekomej niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia (zarzut 1)

1. Odwołujący w ramach wniesionego odwołania, bazując wyłącznie na informacjach wynikających z treści wyjaśnień ceny oferty z 05.04.2024 r. złożonych przez Budimex, wyprowadza wniosek o zaoferowaniu przez Przystępującego przedmiotu zamówienia niezgodnego z warunkami zamówienia. Tak zdefiniowane przez Odwołującego wnioski opierają się na nieprawidłowej identyfikacji treści wymagań zdefiniowanych przez Zamawiającego, jak i treści składanych przez Przystępującego wyjaśnień.

2. W pierwszej kolejności, w związku z tym, że zarzuty zdefiniowane w tym zakresie przez Odwołującego referują zasadniczo do treści art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp (odpowiednik art. 89 ust. 1 pkt 2) starego Pzp) Przystępujący zwraca uwagę, że przepis ten ma charakter sankcyjny, tym samym stosowany musi być z dużą ostrożnością, w tym znaczeniu, że jego wdrożenie powinno być traktowane jako ostateczność. Niedopuszczalna jest w tym zakresie jakkolwiek swoboda interpretacyjna, tj. decydując się na odrzucenie oferty należy mieć pewność, że jest oferta jest niezgodna z konkretnymi warunkami zamówienia, a rozwiązanie to jest zasadne i jedyne możliwe do zastosowania w danym stanie faktycznym.

3. Potwierdza to KIO, która w ramach swojego orzecznictwa jednolicie wskazuje, że „odrzućenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP może mieć miejsce tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający ma pewność, że oferta danego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ (...). Artykuł 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie można interpretować w sposób rozszerzający, co oznacza, że odrzucenie oferty wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy” (wyrok KIO z 20.12.2018 r., sygn. akt KIO 2482/18). Z kolei w ramach wyroku z 27.11.2020 r. (sygn. akt KIO 2757/20, KIO 2759/20) Izba podkreśliła, że „odrzućenie oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 PZP wymaga potwierdzenia, który element oferty jest niezgodny z wymaganiami zamawiającego opisanymi w SIWZ nie może opierać się na domniemaniu” (podobnie również w wyroku KIO z 18.04.2023 r., sygn. akt KIO 891/23). Do odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia może dojść zatem wyłącznie wówczas, gdy oferta jest niezgodna z konkretnymi warunkami zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny. Odrzućając ofertę, zamawiający potrafi jednoznacznie, że złożona oferta nie zapewni mu realizacji zamierzonego celu (m.in. wyrok KIO z 17.05.2022 r., sygn. KIO 1020/22, KIO 1019/22, KIO 936/22).

4. Tym samym Przystępujący wskazał, że aby można było uznać, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, należy zidentyfikować i wskazać precyzyjnie konkretne postanowienia SWZ (dokumentacji postępowania), z którymi oferta jest niezgodna oraz niezgodność ta musi być oczywista.

5. Przekładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, już na wstępie należy więc wskazać, że zarzuty zdefiniowane przez Odwołującego nie mogą zostać zaaprobowane, bowiem opierają się właśnie wyłącznie na domniemaniach i wybiórczej analizie treści oświadczeń składanych przez Przystępującego.

6. Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że „Budimex w swoich wyjaśnieniach do rażąco niskiej ceny złożył oświadczenie, iż zamierza ulepszyć grunty nieprzydatne do zabudowy, jednakże jako rodzaj spoiwa które przyjmuje do ulepszenia wskazał między innymi popiół”. Takie rozwiązanie ma być rzekomo niezgodne z wymaganiami Zamawiającego określonymi w pkt 2.3. STWiORB D-02.01.01 oraz dokumentacji projektowej (opis do projektu wykonawczego / Załącznik 1A.2.3 - PROJEKTECHNICZNY.pdf) z której wynika zastrzeżenie o następującej treści „Uwaga: Ograniczenia materiałowe - Zamawiający nie dopuszcza aby w ramach prowadzonych prac stosowane były materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym - przeznaczonym na pobyt stały ludzi”.

7. Odwołujący, odnosząc się do powyższych wyjaśnień ceny Przystępującego, w ramach zarzutu i uzasadnienia w tym zakresie odwołania podniósł rzekomą niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, a dla wykazania swojej tezy ograniczył się właściwie do jednego zdania wskazując, że „Wskazanie popiołu, który jest materiałem niedopuszczalnym w budownictwie ze względu na fakt, że materiał ten może być niebezpieczny dla zdrowia, co tym bardziej wyłącza go z użycia w przypadku obiektów kubaturowych i dyskwalifikuje w zupełności ofertę Budimex i przesądza o zaoferowaniu materiału niezgodnego z swz”.

8. Odwołujący w sposób wybiórczy cytuje i analizuje pojęcia uwzględnione w ramach STWiORB, manipulując postanowieniami wynikającymi z dokumentami i wnioskując na ich podstawie w sposób całkowicie nieuzasadniony.

9. Z treści STWiORB D-02.01.01 WYKONANIE WYKOPÓW wynika, że:

1) „Grunty dopuszczone do budowy nasypów winny spełniać wymagania określone PN-S- 02205:1998”

2) Zamawiający nie precyzuje sposobu ulepszenia gruntu ani obligatoryjności jego wykonania”

/W tym miejscu pisma stosowny fragment dokumentacji/

4. W treści STWiORB D-02.03.01 **WYKONANIE NASYPÓW** Zamawiający wskazuje również, że:

1) „Grunty i materiały dopuszczone do budowy nasypów winny spełniać wymagania określone w PN-S-02205:1998”

2) „Wymagania dotyczące podłoża podano w D-02.01.01 Wykonanie wykopów”.

/W tym miejscu pisma stosowny fragment dokumentacji/

Rzekome niedopuszczenie spoiwa popiołowego do zastosowania w budownictwie

5. Mając zatem powyższe na uwadze należy podkreślić, że nie jest tak, jak próbuje wskazywać Odwołujący, że popiół jako spoiwo (spoiwo popiołowe) nie jest używany w budownictwie, że jest odgórnie materiałem niedopuszczonym i bez wyjątków zakazany w przypadku budowy budynków, w których na stałe przebywają ludzie. Spoiwo popiołowe jest bowiem powszechnie stosowanym materiałem wchodzącym w skład wielu wyrobów budowlanych m.in. cementów, betonów, zapraw, cegieł, płytek, dachówek, które są oficjalnie stosowane w budownictwie w tym także budownictwie kubaturowym (nawet do nadawania odpowiedniej barwy). Źródła:

1),158815.html

2)

3)

6. Przystępujący wskazał, że działaniem szkodliwym/zakazany w budownictwie dla ludzi (w tym ich zdrowia) nie jest zatem, wbrew temu co pisze Odwołujący, w ogóle wykorzystanie spoiwa popiołowego. Istnieją bowiem spoiwa popiołowe będące wyrobem budowlanym dopuszczonym w budownictwie.

7. Odwołujący wskazując, że stosowanie spoiwa popiołowego (bez wyjątku) jest niebezpieczne dla zdrowia i jest to materiał niedopuszczony w budownictwie kubaturowym nie przedstawia w tym zakresie żadnych dowodów. Odwołujący błędnie i odgórnie traktuje wszystkie spoiwa popiołowe jako niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym. Taką argumentacją Odwołujący próbuje wprowadzić w błąd Krajową Izbę Odwoławczą oraz Zamawiającego.

8. Co istotne, Odwołujący w swojej argumentacji sam sobie zaprzecza, bowiem wskazany przez SKANSKA cement CEM II/B-M (V-LL) 32,5 R (str. 51 odwołania), jako spełniający wymagania i możliwy do zastosowania do realizacji zamówienia jest cementem wielorodzajowym, który zgodnie z dokumentami producenta w swoim składzie zawiera kwestionowane przez Odwołującego spoiwo, tj. popiół w ilości nawet do 35%.

Dowód: Załącznik nr 3 - Informacja o produkcie (CEM)

źródło:

9. Przystępujący w treści wyjaśnień ceny wskazał jedynie, że „(...) *wkalkulował jako grunty do ulepszenia w zależności od miejsca ich pozyskania: cementem lub popiołem*”. Budimex zakłada użycie spoiwa - cementu, a sformułowanie „popiół”, użyte w ramach wyjaśnień ceny oferty złożonych dnia 05.04.2024 r., odnosi wyłącznie do ewentualnego, alternatywnego wykorzystania spoiwa TEFRA dopuszczonego do stosowania w budownictwie. Przystępujący miał zatem na myśli dostępną na rynku paletę spoiw popiołowych, które zostały oznaczone znakiem budowlanym „B”. Tego rodzaju spoiwa zostały oficjalnie wprowadzone do obrotu zgodnie z przepisami i stanowią wyrób budowlany, na podstawie ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych i rozporządzenia Ministra Infrastruktury i Budownictwa z dnia 17 listopada 2016 r. w sprawie sposobu deklarowania właściwości użytkowych wyrobów budowlanych oraz sposobu znakowania ich znakiem budowlanym.

10. Zgodnie z powyższymi przepisami wyrób budowlany oznaczony znakiem budowlanym może być udostępniany na rynku krajowym i stosowany przy wykonywaniu robót budowlanych, a zgodnie z definicją ustawową wyrób budowlany oznacza „każdy wyrób lub zestaw wyprodukowany i wprowadzony do obrotu w celu trwałego wbudowania w obiektach budowlanych lub ich częściach, którego właściwości wpływają na właściwości użytkowe obiektów budowlanych w stosunku do podstawowych wymagań dotyczących obiektów budowlanych”, przy czym przez obiekty budowlane należy rozumieć „budynki i budowle”.

11. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, na rynku dostępne są zatem spoiwa popiołowe posiadające dokumenty potwierdzające dopuszczenie do stosowania w budownictwie. Przystępujący Budimex załącza dokumenty wystawione przez firmę EKOTECH wydane dla spoiwa TEFRA (Załącznik nr 1 i 2 do niniejszego pisma). Z przedstawionych dokumentów, tj. Załącznik nr 2 - Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych dla TEFRA 15 i Załącznik nr 1 - Informacja o produkcie TEFRA 15 jednoznacznie potwierdzają zastosowanie tego wyrobu budowlanego w budownictwie.

12. W ramach przedmiotowego zarzutu Odwołujący zupełnie pomija treść informacji, które znalazły się w ofercie, w tym pomija deklaracje konsekwentnie składane przez Przystępującego dotyczące oferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z oczekiwaniami i wymaganiami Zamawiającego (vide pkt 1, 2, 11 Formularza ofertowego - Załącznik nr 10 do SWZ). Przystępujący w żadnej części oferty czy złożonych wyjaśnień ceny nie złożył oświadczenia, iż przyjmuje takie parametry zakładanego do użycia materiału jakie sugeruje Odwołujący.

Zgodność z normą PN-S-02205 (odniesienie do argumentacji str. 7-9 odwołania)

13. SKANSKA w ramach zarzutu formułowanego wobec Budimex odwołuje się także do argumentacji przywołanej na str. 7-9 odwołania dotyczącej oferty STRABAG, która wbrew twierdzeniu Odwołującego nie jest adekwatna do oceny oferty Budimex (w zakresie niezgodności z warunkami zamówienia), bowiem odnosi się do konkretnego rozwiązania i produktu (materiału) zaoferowanego przez STRABAG, a Budimex nigdzie w treści oferty (a także treści wyjaśnień ceny) nie wskazywał, że jego oferta została sporządzona z uwzględnieniem zastosowania właśnie takiego produktu/materiału (spoiwo Bauweg). Odwołujący właściwie całą swoją argumentację zbudował w oparciu o jednostkową analizę Krajowej Oceny Technicznej produktów z oferty ZP BAUCEM sp. z o.o. dokonanej przy okazji uzasadnienia odwołania wobec firmy STRABAG.

14. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej zasady działania spoiw, wymagań konstrukcyjnych i materiałowych opisanych na stronach 6-9 wniesionego odwołania, Budimex informuje, że przygotował ofertę na podstawie

wymagań sformułowanych przez Zamawiającego w pełni zgodną z warunkami zamówienia.

15.Z treści STWiORB D-02.03.01 i STWiORB D-02.01.01 wynika, że kryterium, które należy spełnić, to zgodność z normą PN-S-02205:1998 i Przystępujący wszystkich tych wymagań dochował w swojej ofercie, co wyjaśnia poniżej.

16.Należy w tym miejscu podkreślić, że w Polsce ocena techniczna spoiw stosowanych do ulepszenia czy stabilizacji gruntów odbywa się na podstawie możliwości ich wykorzystania w budownictwie komunikacyjnym. Powodem takiego stanu rzeczy jest brak norm czy przepisów technicznych odnoszących się konkretnie do budownictwa kubaturowego, które w sposób wyczerpujący opisywałyby sposób wykonania ulepszenia lub stabilizacji gruntów i robót ziemnych.

17. W związku z tym w odniesieniu do w/w asortymentów zastosowanie znajdują normy opracowane dla budownictwa komunikacyjnego jak min. norma drogowa PN-S02205 ina która wskazuje sam Zamawiający w STWiORB powyżej) w odniesieniu do robót ziemnych, czy PN- EN 14227-15 i PN-S-96012 w odniesieniu do stabilizacji gruntu. W związku z tym nawet wskazanie w Krajowej Ocenie Technicznej podstawowego wykorzystania danego materiału/spoiwa w budownictwie komunikacyjnym nie dyskwalifikuje od razu tego spoiwa (w tym spoiwa popiołowego) jako materiału możliwego do wykorzystania w budownictwie kubaturowym.

18.Jak wskazał już powyżej Budimex, spoiwa popiołowe mogą stanowić wyrób budowlany, oznaczony znakiem budowlanym „B” i zostać wprowadzone do obrotu zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa. Tym samym mogą być dopuszczone do stosowania w budownictwie w tym także kubaturowym, co potwierdzają złożone przez Przystępującego dowody (Załącznik nr 1 i nr 2 do niniejszego pisma).

19.Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że normę PN-S-02205, zgodnie z którą ma się odbywać ocena przydatności materiałów do budowy nasypu i która warunkuje odpowiednio możliwości ich zastosowania należy interpretować całościowo, a nie wybiórczo i zupełnie błędnie (na potrzeby argumentacji do odwołania) jak robi to Odwołujący.

20.Wyjaśnił, że Tablica 2 „Przydatność gruntów do wykonania budowli ziemnych” (wskazana na str. 8 odwołania) zawiera cztery kolumny, z czego kolumna druga określa grunty przydatne, a kolumna trzecia grunty przydatne z zastrzeżeniami (w tym w kolumnie czwartej znajduje się opis zastrzeżenia).

21.W przypadku grupy określonej w kolumnie trzeciej (grunty przydatne z zastrzeżeniami) norma ta określa zastrzeżenia (warunki) jakie powinny zaistnieć, aby dane grunty były uznane za przydatne i mogły zostać wbudowane (po spełnieniu warunku są gruntami przydatnymi). Dla przykładu zgodnie z Tablicą 2 wiersz 1 (przywołanej na str. 8 odwołania) glina piaszczysta o granicy płynności (WL) < 35 w zakresie dolnych warstw nasypu *jest przydatna* do wbudowania w miejsca suche lub przejściowo zawilgocone. Zatem zgodnie z postanowieniami normy PN-S-02205 glina piaszczysta *jest przydatna* do budowy nasypu, jeżeli zostaną spełnione określone warunki. Bez ulepszenia można zatem dany grunt wbudować w dolne warstwy nasypu bez konieczności ich ulepszania spoiwami (tym samym bez ponoszenia kosztów w tym zakresie).

22.W związku z powyższym, Budimex wskazuje, że materiał wbudowany zgodnie z uwzględnieniem zastrzeżenia (spełnieniem warunku wskazanego w zastrzeżeniu) w świetle zapisów PN-S-02205 jest powszechnie klasyfikowany jako przydatny, a tym samym zgodny z tą normą i jednocześnie spełnia wymagania wynikające z STWiORB (*Grunty i materiały do budowy nasypów winny spełniać wymagania określone w PN-S-02205:1998*). Jest to właściwa i ogólnie stosowana praktyka wykonawcza, a odgórna dyskwalifikacja takich gruntów jak np. gliny piaszczyste czy piaski gliniaste (tj. uznanie ich odgórnie za grunty nieprzydatne) nie ma żadnego uzasadnienia technologicznego i nie wpisuje się w ramy gospodarki o obiegu zamkniętym (GOZ). Nie sposób się zatem zgodzić z przytoczoną przez Odwołującego argumentacją, że grunty sklasyfikowane jako „przydatne z zastrzeżeniami” należy uznać z automatu za „nie spełniające kryteriów gruntu przydatnego”. Budimex jako doświadczony wykonawca z taką interpretacją spotyka się po raz pierwszy, a tym bardziej dziwi taka argumentacja przywoływana także przez doświadczonego wykonawcę SKANSKA.

23.Taka błędna interpretacja Odwołującego pokazuje także niekonsekwencję i niespójność w argumentacji - wskazuje bowiem, że Odwołujący szacował ulepszenie gruntów cementem, mimo, że materiały określone w kolumnie „przydatne” Tablicy nr 2 wiersz 1 normy PN-S- 02205 ulepszenia spoiwem w ogóle nie potrzebują, bo są przydatne do wykorzystania w dolne warstwy nasypu.

24.Zwrócił uwagę, że Odwołujący w treści odwołania powołuje się na postanowienia normy PN-S-96012 (str. 51 odwołania) uzasadniając założone dozowanie spoiwa, czym pokazuje brak konsekwencji i sprzeczność w swojej argumentacji dotyczącej braku możliwości zastosowania spoiwa popiołowego (popiołu) z uwagi na fakt, że norma odnosi się do budownictwa komunikacyjnego. Odwołujący bowiem z jednej strony dyskwalifikuje spoiwa popiołowe na podstawie postanowień Krajowej Oceny Technicznej wskazujących ich podstawowe przeznaczenie do budownictwa komunikacyjnego, ale następnie sam uzasadnia przyjęte dozowanie cementu w oparciu o postanowienia normy przeznaczonej do budowy dróg samochodowych PN-S-96012. Potwierdza to jednocześnie stanowisko Przystępującego, że Odwołujący stosuje wybiórczo treść normy i przedstawia jej błędną (własną) interpretację wyłącznie na potrzeby dopasowania do argumentacji odwołania, a nie interpretację, która jest zgodna ze sztuką budowlaną i przyjętą praktyką rynkową.

25.Odnosząc się natomiast do argumentacji dotyczącej parametru mrozoodporności i dywagacji Odwołującego na temat rzekomego obniżenia parametrów wytrzymałościowych spoiw hydraulicznych, bez wskazania konkretnego wymagania, z

którego takie parametry miałyby wynikać. Jak już wcześniej wskazywał Przystępujący Zamawiający nie zawarłw dokumentacji Postępowania wymaganego sposobu ulepszenia gruntów, ani nawet obligatoryjności jego wykonania. Nie została wprost wskazana w dokumentacji ostateczna ilość nasypu, jaki należy uszlachetnić/ulepszyć. Zamawiający nie podawał także konkretnych ilości spoiw oraz proporcji, pozostawiając decyzję o sposobie i ilości dozowania Wykonawcy. Jedyne parametry odbiorowe, które zostały w tym zakresie wskazane to zagęszczenie i nośność wykonanych warstw. Zamawiający nie określił parametru mrozoodporności na wykonanym ulepszeniu gruntu w treści dokumentacji postępowania. Tym samym trudno przypisać jakkolwiek niezgodność oferty Budimex z nieistniejącym wymaganiem w zakresie mrozoodporności lub wytrzymałości, na podstawie jedynie lakonicznego wskazywania przez Odwołującego, że przyjęte do ulepszenia spoiwo popiołowe nie zagwarantuje mrozoodporności.

26.Nadto, na marginesie Budimex wskazał, że samo zastosowanie cementu do ulepszenia gruntu nie jest gwarantem uzyskania mrozoodporności realizowanej stabilizacji czyli odporności na działanie wody i ujemnych temperatur jak próbuje wskazywać Odwołujący. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie zależy to odgórnie od zastosowanego materiału/spoiwa, ale jest to głównie uzależnione od sposobu jego dozowania.

27.Budimex składając ofertę dostosował ją w pełni do postawionych wymagań Zamawiającego, a żaden z wykonawców na obecną chwilę nie ma wiedzy dotyczącej konkretnych planów dalszych inwestycji, a co jest bezpodstawnie i na wyrost analizowane w odwołaniu złożonym przez SKANSKA SA. Zamawiający wskazał wprost, że oczekuje uzyskania parametrów nośności i zagęszczenia w niniejszym postępowaniu, dla realizacji konkretnego zamówienia. Należy zatem bezspornie przyjąć, że Zamawiający dostosował wymagania i oczekiwane parametry w niniejszym postępowaniu do dalszych planów rozbudowy, a ich uzyskanie nie będzie stanowić ryzyka dalszych zmian konstrukcyjnych jak próbuje sugerować Odwołujący.

28.Podkreślił, że wywodzenie niezgodności oferty Budimex z warunkami zamówienia wyłącznie na podstawie jednego zdania zawartego w treści wyjaśnień ceny oferty jest zupełnie niemiarodajne do katagorycznego stwierdzenia, że ta oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jeżeli Zamawiający powziąłby jakiegokolwiek wątpliwości to, jak wskazała, KIO w wyroku z 17.05.2022 r. (sygn. KIO 1019/22) w takim przypadku byłoby potrzebne uzyskanie dalszych wyjaśnień od wykonawcy, a *„Kroki takie są niezbędne pomimo ścisłego związku między procedurą wyjaśnień poziomu ceny a treścią oferty Wykonawcy”*.

29.W tym miejscu, Przystępujący wskazał także, że zarzut podniesiony przez Odwołującego w zakresie rzekomej niezgodności oferty Budimex z warunkami zamówienia posiada w istocie charakter blankietowy, co do samej zasady stanowi zatem zarzut o nieprawidłowej konstrukcji, determinując brak możliwości uwzględnienia odwołania w tym zakresie. Nie budzi bowiem wątpliwości, tak w doktrynie jak i orzecznictwie, jak również praktyce stosowania przepisów ustawy Pzp, że prawidłowo sformułowany zarzut zawierać musi zarówno wskazanie podstawy prawnej, jak i przytoczenie okoliczności faktycznych uzasadniających wniesione odwołanie. Wynika to zresztą bezpośrednio z art. 516 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, który obliguje do wskazania w treści odwołania okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

30.Tym samym, zarzut formułowany w ramach wniesionego odwołania nie może mieć charakteru ogólnego, nieskonkretyzowanego czy nieprecyzyjnie przytaczającego okoliczności faktyczne, z których Odwołujący wyprowadza określone wnioski. Powoływane w ramach odwołania okoliczności faktyczne wyznaczają granice rozpoznania odwołania i nie mogą podlegać rozszerzaniu na rozprawie przed KIO, w szczególności poprzez powoływanie nowych okoliczności faktycznych mających uzasadniać wniesione odwołanie. Innymi słowy, z treści odwołania musi dokładnie wynikać jakie czynności Zamawiającego są kwestionowane i na jakiej podstawie.

31.Tym samym Odwołujący w powyższym zakresie nie tyle nie sprostął ciężarowi dowodowemu, ale odwołanie w tym zakresie obarczone jest wadą co do spełnienia warunków formalnych odwołania (art. 516 ust. 1 pkt 8) i pkt 10)) ustawy Pzp). Wszelka argumentacja i próby rozszerzenia lub uzupełnienia odwołania w tym zakresie powinny zatem zostać uznane za spóźnione i całkowicie pominięte przez Krajową Izbę Odwoławczą.

32.Jak wskazywał już Przystępujący wskazuje, że aby można było uznać, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, należy zidentyfikować konkretne postanowienia dokumentacji postępowania, z którymi oferta jest niezgodna oraz niezgodność ta musi być oczywista. Właśnie także z tych względów (rozszerzająca interpretacja przepisów sankcyjnych, brak wskazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały podstawy do odrzucenia, opieranie się na domniemaniach i spekulacjach, a także na nie znajdujących poparcia w materiale dowodowym hipotezach) zarzuty Odwołującego nie mogą zostać uwzględnione.

Podsumowanie

33.Podsumowując, wyprowadzanie tak daleko idących wniosków co do przedmiotu zamówienia oferowanego przez Przystępującego, w oparciu wyłącznie o jedno zdanie wyjaśnień ceny oferty, nie znajduje jakiegokolwiek umocowania. W przedmiotowym przypadku z całą pewnością **nie mamy do czynienia z sytuacją wykazania przez Odwołującego ponad wszelką wątpliwość istnienia realnej nieprawidłowości co do zaoferowanego przedmiotu zamówienia, która umożliwiłaby zastosowanie sankcji z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.**

34.Nawet jeśli Odwołujący miałby jakiegokolwiek wątpliwości względem wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, to bez

przeszkód mogły one zostać usunięte na podstawie procedur wyjaśniających z art. 223 ust. 1 bądź art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, chociaż zdaniem Przystępującego łączna interpretacja oświadczeń złożonych przez niego w ramach oferty i wyjaśnień ceny oferty, dawała już samodzielnie podstawę do pozytywnej weryfikacji dostarczonych informacji. Odwołujący oparł się jednak na swoich, nieprawidłowych, domniemaniach i interpretacjach oświadczeń składanych przez Przystępującego, domagając się odrzucenia oferty Przystępującego, co nie może odnieść oczekiwanego skutku.

35. Jak wskazała KIO w wyroku z 09.12.2020 r., (sygn. KIO 3079/20): *Zamawiający mógł mieć wątpliwości po otrzymaniu dokumentu, w którym opis produktu wskazywał na PolyCoat, jednak decyzja o odrzuceniu oferty bez zapoznania się z szerszym kontekstem oferty przygotowanej pod konkretny projekt, doprowadziła do wysnucia krzywdzących wykonawcę wniosków o braku spełnienia parametru dotyczącego podkładu lateksowego. Krótka informacja handlowa nie mogła rozstrzygać o treści oferty przygotowanej dla tego Zamawiającego, tym bardziej że nie było wymagane przedłożenie w ofercie konkretnych informacji o produkcie dostosowanym do zamówienia*".

36. Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, zarzut Odwołującego dotyczący nieprawidłowej oceny oferty Przystępującego przez Zamawiającego, w związku z jej niezgodnością z warunkami zamówienia nie potwierdził się. Odwołujący nie wykazał, że oferta Przystępującego jest wprost niezgodna z warunkami zamówienia. Tym samym odwołanie w tym zakresie należy uznać za bezzasadne i powinno zostać oddalone.

Zarzut dotyczący rzekomo rażąco niskiej ceny oferty (zarzut nr 2)

1. Na wstępie Przystępujący podkreślił, że zarówno cena całkowita oferty jak i jej poszczególne części składowe zostały skalkulowane przez Budimex w sposób prawidłowy, obejmując koszt realizacji przedmiotu zamówienia (w tym koszty ulepszenia gruntów), zgodnie z warunkami i wymaganiami Zamawiającego zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) i wszelkich załącznikach do SWZ oraz wyjaśnieniach do SWZ, a także dokumentach udostępnionych przez Zamawiającego, określających szczegółowo zakres obowiązków wykonawcy oraz oczekiwania Zamawiającego. Deklaracje w tym przedmiocie wraz z wyjaśnieniami umożliwiającymi weryfikację poprawności zaoferowanej ceny zostały przy tym dostarczone Zamawiającemu w ramach wyjaśnień ceny oferty z 05.04.2024 r.

2. Przed przystąpieniem do wykazania nieprawidłowości twierdzeń Odwołującego co do braku uwzględnienia kosztów ulepszenia gruntów przez Przystępującego w ramach procedury wyjaśniania ceny oferty, Przystępujący podkreśla, że **możliwość kwestionowania części składowych ceny jest ściśle skorelowana z wykazaniem nieprawidłowości ceny całkowitej, co wynika z samej definicji „istotnej części składowej” rozumianej jako część, która w znacznym stopniu, bardziej niż pozostałe składniki, przyczynia się do powstawania kosztów po stronie wykonawcy i ma znaczący wpływ na całkowitą cenę oferty** (vide *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, UZP 2021; wyrok KIO z dnia 26.02.2021 r., sygn. akt KIO 28/21, KIO 32/21). W konsekwencji, o rażąco niskiej cenie danego elementu można mówić wówczas jeśli ta wycena przekłada się na zaniżenie ceny całkowitej oferty czyniąc ją nierealistyczną (tak np. wyrok KIO z dnia 21.12.2018 r., sygn. akt KIO 2516/18, wyrok KIO z 24.11.2017 r., sygn. akt KIO 2361/17; wyrok KIO z 02.11.2017 r., sygn. akt 2155/17). W sposób dobitny zasadę tę wyartykułowała KIO w wyroku z 16.09.2019 r. (sygn. akt KIO 1669/19, KIO 1679/19, KIO 1682/19). Podobnie również KIO i SO w jednym z nowszych orzeczeń traktujących o tej problematyce, tj. w ramach wyroku KIO z 26.02.2021 r. (sygn. akt KIO 28/21, 32/21) czy SO w Warszawie w wyroku z dnia 31.08.2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 42/21).

3. Odwołujący w treści zarzutu oraz treści uzasadnienia odwołania wskazuje, że oferta Budimex zawiera rażąco niską cenę, bowiem z wyjaśnień ceny oferty złożonych przez Budimex dnia 05.04.2024 r. nie wynika, że cena oferty uwzględnia koszty sprzętu oraz materiałów (spoiw) potrzebnych do ulepszania gruntów (ulepszania warstw nasypowych).

4. Nie sposób jednak zgodzić się z taką argumentacją. Tak zdefiniowany przez Odwołującego wniosek opiera się na nieprawidłowej identyfikacji treści wymagań zdefiniowanych przez Zamawiającego, jak i treści składanych przez Przystępującego wyjaśnień.

5. W pierwszej kolejności Przystępujący wskazuje, że argumentacja Odwołującego jest w tym zakresie wewnętrznie sprzeczna. Odwołujący z jednej strony wskazuje, że technologia robót przyjęta w ofercie Budimex „nie zakłada ulepszenia żadnej z warstw nasypowych, ani podłoża” a jednocześnie zaznacza, że Budimex wprost oświadczył, że w kalkulował (przewidział) grunty do ulepszenia cementem lub popiołem, a wynika to z treści wyjaśnień ceny złożonych przez Budimex. Z uzasadnienia wniesionego odwołania Odwołujący daje wyraz temu, że zarzuty w tym zakresie oparte są na jego hipotezach czy spekulacjach.

6. Na wstępie Przystępujący wskazuje, że przywołane przez Odwołującego różnice cenach ofert, wbrew twierdzeniom Odwołującego, wynikają z wyjątkowo korzystnych możliwości realizacji tego zamówienia, na co wskazywał wprost Przystępujący w treści wyjaśnień ceny (str. 22 wyjaśnień ceny) m.in. wynika to z możliwości oszacowania ceny oferty na podstawie wiedzy i doświadczenia Budimex zebranych podczas realizacji sąsiedniej inwestycji, tj. zadania pn. „*Budowa Copernicus - fabryka PepsiCo Frito Lay Środa Śląska*” (realizowanej zaledwie w odległości kilkuset metrów od niniejszej inwestycji) i z sukcesem zakończonej w 2023 r. Doświadczenie zdobyte przy realizacji tej inwestycji zapoczątkowało posiadaniem pełnej wiedzy zarówno co do lokalnej specyfiki robót objętych przedmiotem zamówienia, rodzaju gruntu, jak i cen rynkowych, jakie obowiązują dla poszczególnych asortymentów, a także zawartymi już wcześniej kontaktami handlowymi oraz zdobytym w ich zakresie doświadczeniem w organizacji robót dostosowanych do uwarunkowań

lokalnych. Są to niewątpliwie okoliczności indywidualne Budimex (które nie wystąpiły po stronie Odwołującego), a które pozwoliły na konkurencyjną wycenę niniejszego przedmiotu zamówienia z zachowaniem wymaganych standardów jakościowych oraz przy zachowaniu ceny rynkowej.

7. Budimex w wyjaśnieniach ceny wskazał także, że dysponuje oddziałem usług sprzętowych (str. 21), który zawiaduje parkiem maszynowym. Zgodnie z powszechną wiedzą oraz informacją z wyjaśnień ceny oferty (str. 31) Budimex zakończył wieloletnią inwestycję realizowaną dla KGHM S.A. polegającą na budowie Kwatery Południowej OUOW Żelazny Most, do której realizacji Budimex zakupił i dysponował kilkuset jednostkami sprzętowymi, a sam charakter realizacji, obejmował podobne zakresy robót do przedmiotowej inwestycji. Powyższe dało możliwość Budimex użycia sprawdzonego sprzętu, który jest już w bezpośrednim dysponowaniu Przystępującego dla realizacji niniejszego zamówienia oraz co istotne znajduje się w niewielkiej odległości od miejsca jej realizacji, a tym samym nie wymaga transportu na znaczną odległość co generowałoby dodatkowe koszty. Nadto, operatorzy tych maszyn są pracownikami Budimex S.A. Powyższe okoliczności miały zatem znaczący wpływ na kalkulację ceny oferty, tj. zaoferowana cena za realizację robót, które głównie polegają na wykorzystaniu sprzętu. Prace te będą mogły być realizowane z zachowaniem minimalnych kosztów. Koszty pracy sprzętu, przedstawione w Tabeli nr 1 wyjaśnień ceny zakładały właśnie realizację robót głównie w oparciu o sprzęt własny Budimex (siły własne - sprzęt oraz operatorów). Takie okoliczności są o tyle istotne dla kalkulacji ceny oferty, że Budimex posiadając ogromne zasoby w parku sprzętowym (wiele jednostek sprzętowych w rezerwie), nie ma potrzeby zakładać dodatkowych kosztów związanych z ryzykiem ewentualnych przestoju związanych z awariami, naprawami bądź sytuacjami losowymi. Oczywiście powyższe nie wyklucza skorzystania na etapie realizacji z lokalnych usług sprzętowych, co również Budimex przewidział i w kalkulował w ryzyko realizacji oferty, jednak jedyny zakres robót, do którego Budimex był zobligowany posiłkować się usługodawcą (co zostało wskazane w Tabeli nr 1 - Wyrównanie terenu lp. 3 Usługi zewnętrzne) jest to właśnie część dotycząca ulepszenia gruntów (podłoża i warstw nasypowych) przy użyciu sprzętu, którym dysponuje w tym zakresie usługodawca m.in. recyklera i siewnika.

8. Odnosząc się także do podniesionego przez Odwołującego argumentu, że z Tabeli nr 1 wyjaśnień ceny nie wynikają żadne stawki jednostkowe, Budimex wskazuje, że mimo, że taki obowiązek nie wynikał z treści wezwania, to przedstawił komplet informacji, na podstawie których można bardzo łatwo obliczyć cenę jednostkową dla pracy konkretnego sprzętu, tj. wykorzystać należy podstawowe działanie matematyczne tj. dzielenie wartości sprzętu przez liczbę tygodni oraz liczbę maszyn, dla których wszystkie dane znajdują się w poszczególnych kolumnach Tabeli nr 1.

9. Jednakże Odwołujący argumentację dotyczącą rażąco niskiej ceny oferty Budimex opiera właściwie wyłącznie na rzekomym braku uwzględnienia kosztów sprzętu i kosztów spoiw do ulepszenia gruntu, cenach uzyskanych na potrzeby własne od podwykonawców (własne oferty handlowe) oraz własnej opinii co do tego jaka powierzchnia łączna gruntu powinna podlegać ulepszeniu. Argumentacja i założenia przyjęte przez Odwołującego, w ocenie Przystępującego są błędne, a sam Odwołujący dopuszcza się pewnej manipulacji przedstawiając w odwołaniu tak daleko idące założenia.

10. Niezależnie od powyższego, podstawowym i powtarzającym się argumentem Odwołującego mającym rzekomo świadczyć o nieprawidłowości wyjaśnień rażąco niskiej ceny zaprezentowanych przez Przystępującego jest podnoszenie przez Odwołującego, iż „Z wyjaśnień rażąco niskiej ceny Budimex wynika, że Budimex miał świadomość konieczności ulepszenia gruntu, jednakże zupełnie pominął te pożytki w kosztach i wyjaśnieniu rażąco niskiej ceny. Słowem, mimo wskazania, że będzie to wykonywał zupełnie pominął koszty wykonania ulepszenia gruntów”. Przystępujący wskazuje więc, że Odwołujący zarzuty prezentowane w ramach odwołania opiera na nieprawidłowej interpretacji treści skierowanego do Przystępującego pytania z wnioskiem o wyjaśnienie ceny oferty.

11. Fakty są jednak zupełnie inne niż usiłuje to przedstawić Odwołujący i właśnie fakty potwierdzają w sposób jasny i klarowny rzetelność dokonanej przez Przystępującego wyceny, uwzględnienie przez Przystępującego w ramach oferty wszystkich elementów wymaganych przez Zamawiającego, a także udzielenie jasnej, klarownej i wyczerpującej odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Przystępujący bowiem w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego udzielił kompleksowych wyjaśnień w odniesieniu do każdego punktu i każdej wątpliwości Zamawiającego opisanej w ramach wezwania. Tam, gdzie było to możliwe i zasadne lub wprost wymagane przez Zamawiającego - Przystępujący przedstawił też odpowiednie dowody potwierdzające prawidłowość dokonanych wyliczeń. Zamawiający uznał złożone przez Przystępującego wyjaśnienia i dowody za wyczerpującą i satysfakcjonującą Zamawiającego odpowiedź na jego żądanie, a więc odpowiedź zawierająca wymagane przepisami informacje, które prawidłowo i kompleksowo uzasadniały cenę podaną w ofercie Przystępującego.

12. Nie można czynić Przystępującemu zarzutu co do rzekomo nieprawidłowo złożonych wyjaśnień, skoro Przystępujący kierował się w swoich wyjaśnieniach przede wszystkim treścią wezwania Zamawiającego, oraz udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją Postępowania. Brak wyodrębnienia pozycji dotyczących wyłącznie kosztów sprzętu i kosztów spoiw do ulepszenia gruntu nie stanowi o jakimkolwiek uchybieniu w wyjaśnieniach złożonych przez Przystępującego. Decydująca jest bowiem w tym zakresie treść wezwania Zamawiającego, która takiego obowiązku na Przystępującego nie nałożyła. Wskazał wyrok KIO z 24.01.2023 r. (sygn. akt KIO 15/23), podkreślając wagę treści wezwania w procesie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny składanych przez wykonawcę.

13.Przywołał wyrok KIO z 12.09.2022 r., sygn. KIO 2263/22).

14.Niezrozumiałe są zatem zarzuty Odwołującego szczególnie w tej części, w której wykraczają poza lub są wręcz sprzeczne z treścią i zakresem wezwania do złożenia wyjaśnień ceny oferty wystosowanego przez samego Zamawiającego.

15.Przekładając powyższe na grunt przedmiotowej sprawy Przystępujący wskazuje, że jak wynika z treści wezwania, Zamawiający wymagał przedstawienia szczegółowych wyliczeń i wykazania prawidłowości kalkulacji jedynie dla pozycji 30 (II. 10), tj. wylot prefabrykowany pod rurę Dn 800 mm (wbudowanego materiału, prac ziemnych, przygotowania podłoża, fundamentu, wykonania podsypki i zasypki). Zamawiający wymagał także dla tej pozycji złożenia konkretnie wskazanego dowodu, tj. w zakresie zastosowanego materiału.

16.W pozostałym zakresie wezwania o wyjaśnienie ceny oferty było sformułowane w sposób dość ogólny, bowiem Zamawiający wymagał przedstawienia kosztów:

1. używanego sprzętu i zastosowanych materiałów (minimum: rur, wlotów - wylotów, ogrodzenia systemowego, kruszywa wymaganego do realizacji robót);
2. robocizny (wynagrodzenia personelu - stawki, etat, kosztów robót geotechnicznych, kosztów projektów technologicznych, kosztów personelu wymaganego celem spełniania warunków udziału w postępowaniu), koszty robocizny związane z pracami przygotowawczymi, wyrównaniem terenu, wykonaniem zbiornika retencyjnego;
3. transport sprzętu, osób i materiałów na plac budowy;
4. utylizacji gruntu;
5. koszty pośrednie związane z realizacją zamówienia (koszty utrzymania placu budowy, koszty magazynowe, koszt ubezpieczenia i zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koszty przygotowania dokumentacji powykonawczej).
6. marża/zysk.

17.Zamawiający w powyższym zakresie pozostawił zatem wykonawcy dowolność w wykazywaniu, że cena oferty została skalkulowana w sposób prawidłowy. Oczywiście jest fakt, że sposób kalkulacji ceny oferty jest indywidualną kwestią każdego z wykonawców, a narzucanie wykonawcy konkretnego sposobu kalkulacji ceny lub sposobu przedstawienia tej kalkulacji należałoby uznać za nadużycie czy to ze strony Zamawiającego (w wezwaniu do wyjaśnienia ceny oferty), czy to ze strony Odwołującego formułującego zarzut rażąco niskiej ceny w oparciu o takie właśnie założenie.

18.Budimex zastosował się do treści wezwania z 27.03.2024 r. i udzielił odpowiedzi na każdy z punktów wymienionych w wezwaniu, składając szczegółowe wyjaśnienia i dowody. Aktualnie Odwołujący w oderwaniu od treści wezwania próbuje wskazywać, że koszty ulepszenia gruntów nie zostały w ogóle skalkulowane, bowiem nie zostały „wyszczególnione konkretnie w żadnej z pozycji” lub „nie zostały wskazane wyliczenia dla tej pozycji”.

Przystępujący nie miał natomiast obowiązku (i taki obowiązek nie wynika z treści wezwania), aby każdy pojedynczy koszt/cena dla każdej pozycji cenowej złożonego przedmiaru robót (tabela ofertowa) miał zostać szczegółowo rozpisany, a w szczególności brak było w wezwaniu obowiązku szczegółowego wyjaśnienia kosztu/ceny ulepszenia gruntów.

19.Z treści skierowanego do Przystępującego wniosku o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny - wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie wynika także obowiązek prezentacji przedkładanej kalkulacji w oparciu o schemat „materiał, sprzęt”. Podkreślił, że w zakresie kosztów wyrównania terenów. Zamawiający w treści wezwaniu ograniczył się do wymagania wykazania kosztów robocizny które zostały szczegółowo opisane i przedstawione w ramach wyjaśnień kosztów personelu Budimex).

20.W związku z tym, w treści złożonych wyjaśnień ceny ten aspekt, został przez Przystępującego uznany za mało istotny dla Zamawiającego, który nie wymaga szczegółowego przedstawienia i rozpisania pojedynczych kosztów, w zakresie specjalnie wydzielonym. Natomiast tak jak wskazał Przystępujący w treści wyjaśnień (Ad. 4) koszty ulepszenia gruntów zostały uwzględnione i prawidłowo skalkulowane.

21.Treść wezwania kierowanego przez Zamawiającego do Budimex w zakresie przedstawienia kalkulacji ceny oferty potwierdza zatem, że koszt ulepszenia gruntu nie został uznany przez Zamawiającego za istotną część składową oferty, a tym samym za istotny koszt w realizacji tego zamówienia, jak próbuje wskazywać Odwołujący. Potwierdza to także sama treść dokumentacji postępowania, tj. pkt 2.3. STWiORB D-02.01.01 z którego jednoznacznie wynika, że „Zamawiając nie precyzuje sposobu ulepszenia gruntu ani obligatoryjności jego wykonania”.

22.Zamawiający nie zobowiązał zatem wykonawców do wykonania konkretnej ilości ulepszenia gruntu, ani też nie wskazał wymaganego spoiwa w specjalnej proporcji w stosunku do materiału nasypowego. Powyższe zostało potwierdzone przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 9 z 06.03.2024 r. (dokument znajduje się w dokumentacji postępowania) W tym miejscu pisma niniejsza odpowiedź/.

23.Nadto, zgodnie z analizą przeprowadzoną przez Przystępującego koszt ulepszenia gruntu nie przekłada się samodzielnie w istotny sposób na budowę ceny całkowitej, co jest elementem świadczącym o wadliwości wniesionego odwołania co do samej zasady.

24.Koszt ulepszenia gruntu zgodnie z metodologią kalkulacji ceny ofertowej Przystępującego stanowi część składową kilku pozycji kosztowych, ryzyko konieczności wykonania robót (ulepszenia gruntu) w tym zakresie został uwzględniony w ramach kosztów przypisanych do wyrównania terenu, tj. znajduje się w pozycji Wyrównanie terenu lp. 3 Usługi zewnętrzne

(skrótowo opisano pozycję jako „beczki wodne, nasypy” z uwzględnieniem „nasypy”) [Tabela nr 1 - Ad. 1 wyjaśnień ceny Budimex] oraz w Tabeli 2 II Wyrównanie terenu (str. 39-40 wyjaśnienia ceny Budimex), co w żaden sposób nie może być uznane za działanie nieprawidłowe, jest to bowiem kalkulacja własna oferty Budimex. Budimex przedstawił w wyjaśnieniach ceny całościowo koszty związane z wyrównaniem terenu, w tym znajdują się koszty ulepszenia gruntu. W pozycjach dotyczących kosztów wyrównania terenu znajdują się zatem całościowo koszty związane z usługami zewnętrznymi (ulepszenia gruntu), które Budimex przyjął do wykonania przez podmiot zewnętrzny oraz znajdują się wyszczególnione koszty bezpośrednie (koszty robocizny, koszty materiałów, sprzętu), koszty pośrednie i zysk.

25. Przystępujący założył do kalkulacji koszty ulepszenia gruntu (w ramach prac związanych z wyrównaniem gruntu), które będą wynikać z usługi wykonanej przez podmiot zewnętrzny (podwykonawcę). W związku z tym koszt usługi nie został wprost wyspecyfikowany w tabeli jako konkretny sprzęt, którym Budimex dysponuje bezpośrednio i zamierza użyć do realizacji zamówienia, ale jako usługa zewnętrzna (Tabela nr 1 z wyjaśnień), oraz został wkalkulowany, tj. uwzględniony w kosztach bezpośrednich Poz. II Wyrównanie terenu „*Summaryczne zestawienie kosztów dla prac grupy II: Wyrównanie terenu*” (materiały/spoiwo).

26. Budimex na etapie przygotowania i kalkulowania ceny oferty przyjął ulepszanie gruntów zasobami zewnętrznymi w cenie 1,45 PLN za m2 mieszania przy 40 cm warstwy na co przedstawia dowód w postaci oferty firmy JKML Sp. z o.o. (Załącznik nr 4 - Oferta usługodawcy) - Usługi zewnętrzne koszt 480.000,00 złotych (poniżej Budimex przedstawia wyjaśnienie w tym zakresie - założenia i wyliczenia).

27. Co istotne, w sytuacji, w której oferty/koszty podwykonawcze obejmują cenę za wykonanie większości zakresu składającego się na daną pozycję, to tak określona cena dotyczy kompleksowego wykonania robót w danym zakresie, obejmując koszty robocizny, paliwa i niezbędnego sprzętu, czyniąc *de facto* utrudnionym albo bezprzedmiotowym dalszy podział kosztu (na ceny jednostkowe). Przystępujący na kwestię posłużenia się podwykonawcami/dostawcami wskazywał i wyjaśniał w ogólnej części przedkładanych przez siebie wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Wyjaśnienia te uznał Zamawiający za wystarczające i odpowiednie.

28. Nie ulega wątpliwości, że przedstawiane wyjaśnienia ceny bazować mają na przyjętej przez wykonawcę metodzie kalkulacji, i jednocześnie przedstawiona metoda kalkulacji może być odmienna od sposobu kalkulacji zastosowanego przez Odwołującego. Przyjęta przez wykonawcę metoda kalkulacji mogła zatem opierać się na kosztach innego podmiotu (podwykonawstwa), wskazywanych w ramach wyjaśnień ceny, w zakresie współpracy z podwykonawcami/ dostawcami. Schemat rozbicia ceny ofertowej i wykazania jej realności nie musiał więc - wbrew kategoriycznym stwierdzeniom Odwołującego - bezwzględnie opierać się na podziale koszt robocizny, koszt sprzętu i koszt materiału (spoiwa), a mógł opierać się również na *wartościach wynikających z ofert/kosztów podwykonawczych. Z zastrzeżeniem, że Zamawiający w tym zakresie w ogóle nie wymagał szczegółowych wyjaśnień, kalkulacji czy przedstawienia cen jednostkowych (jak wskazano powyżej).*

29. Przystępujący podkreślił, że wyliczenia dotyczące łącznej powierzchni gruntu, która w ocenie Odwołującego, musi podlegać ulepszeniu są w opinii Przystępującego całkowicie błędne i nadmiarowe (str. 50 odwołania). Próba wskazywania, że jedyną prawidłową wartością jaką należało przyjąć do kalkulacji ceny w zakresie ulepszenia gruntów jest cała powierzchnia gruntu jest manipulacją ze strony Odwołującego, w celu pokazania wyolbrzymionej różnicy cenowej na jednej pozycji.

30. Nie jest bowiem tak, jak twierdzi Odwołującym, że do wyliczeń zakresu gruntu do ulepszenia obowiązkowo należy przyjąć całą powierzchnię gruntu określonego w pozycjach II.13, II.14 i II.15 Przedmiaru (roboty ziemne). Jest to bowiem wprost sprzeczne z treścią STWiORB („*Zamawiający nie precyzuje sposobu ulepszenia gruntu ani obligatoryjności jego wykonania*”), a do wykonania nasypów mogą zostać wykorzystane grunty z wykopów, dokopów. Potwierdza to wprost treść STWiORB D-02.03.01 WYKONANIE NASYPÓW, przywołana powyżej: *W tym miejscu pisma stosowny fragment*.

31. Nadto, Budimex z daleko posuniętej ostrożności, na etapie składania ofert, wystosował do Zamawiającego wniosek w sprawie udostępnienia dokumentami geotechnicznej. Następnie na podstawie tej dokumentacji przeanalizował i zweryfikował rodzaje gruntu, a tym samym zakres koniecznych do wykonania ulepszeń warstw nasypu. Z analizy dokumentami geotechnicznej opublikowanej przez Zamawiającego dnia 27.02.2024 r. wynika, że w obszarze wskazanego przez Zamawiającego dokopu znajduje się wiele dobrych gruntów (gruntów przydatnych), które mogą zostać wbudowane w nasyp bez konieczności ich ulepszenia (np. piaski średnie, piaski drobne). *W tym miejscu pisma stosowny fragment dokumentacji geotechnicznej*.

32. Przyjęcie zatem całej powierzchni gruntu do ulepszenia wynika albo z niewiedzy Odwołującego o zakresie przedmiotu zamówienia, braku właściwej analizy dokumentacji Postępowania lub przyjętej metodologii kalkulacji ceny z uwzględnieniem najszerszego i nadmiarowego ryzyka, która to metodologia w ocenie Budimex jest oparta na błędnych założeniach.

33. Zastosowanie w tym miejscu znajduje argumentacja Przystępującego dotycząca przydatności gruntów do wbudowania w nasyp i podziału na warstwę dolną i górną nasypu (pkt 15-24 niniejszego pisma powyżej dot. zarzutu 1). Odwołujący przyjął w sposób nieuzasadniony całą powierzchnię nasypów do ulepszenia, tj. założył ulepszanie całego nasypu bez podziału gruntów na miejsce wbudowania (dolne i górne warstwy nasypu) np. błędnie twierdząc, że gliny piaszczyste i

piaski gliniaste zawsze wymagają ulepszenia, a jak wynika z Tablicy 2 grunty te wymagają ulepszenia, ale tylko wtedy jeżeli są przeznaczone do górnych warstw nasypu. Potwierdza to także treść dokumentacji postępowania (poniżej). /W tym miejscu pisma stosowny fragment/.

34. Przystępujący skalkulował zatem finalnie potencjalny koszt ulepszenia gruntów dla niniejszej inwestycji (ryzyko realizacji takich prac) uwzględniając co następuje:

1) wartość pozycji dotyczącej usług zewnętrznych związanych z ulepszeniem gruntu (480.000,00 zł) odpowiada założeniom przyjętym przez Budimex, tj. $\pm 331\ 000\ m^2$ ulepszenia gruntu, która to powierzchnia została oszacowana na podstawie wiedzy i doświadczenia Budimex oraz analizy rodzaju gruntu jaki może zostać wykorzystany (dokumentacja geotechniczna przekazana przez Zamawiającego) bez jego ulepszenia;

2) do wyliczeń Budimex przyjął powierzchnie gruntów z następujących pozycji przedmiaru:

/W tym miejscu pisma stosowny fragment tabelaryczny/.

Łączna powierzchnia przewidzianych do ulepszenia warstw/gruntów została oszacowana jak poniżej: $2\ 878\ 605,7\ m^2 \times \sim 11\% + 20\ 438,16\ m^2 = \pm 331\ 000\ m^2$

Wartość przyjęta dla wykonania ulepszenia gruntu (zakładana powierzchnia i oferta podwykonawcy) wyniosła zatem:

$331\ 000\ m^2 \times 1,45\ zł = 479\ 950,00 \Rightarrow \pm 480\ 000,00$ (część kosztów dla wyrównania terenu, wartość z pozycji Tabeli 1 „Wyrównanie terenu” Lp. 3 Usługi zewnętrzne)

3) okres realizacji inwestycji, w ocenie Budimex w przeważającej części przypadał będzie na okres późnej wiosny i letni, tym samym wprost odwrotne do argumentacji Odwołującego nie należy zakładać ulepszania/osuszania całej powierzchni/makroniwelacji;

4) Budimex przyjął założenie i zaplanował zgodnie z wytycznymi Zamawiającego wbudowanie gruntów spoistych takich jak piaski gliniaste czy gliny piaszczyste do dolnych warstw nasypów co zgodnie z Tabelą 2 STWIORB 02.03.01 klasyfikuje te grunty jako przydatne z zastrzeżeniem. Jak wyjaśniał już Przystępujący (w ramach zarzutu dot. niezgodności oferty z warunkami zamówienia) zastrzeżenie to jednak nie wskazuje na konieczność ulepszania tych gruntów, ale spełnienie warunku czyni wprost te grunty przydatnymi do tworzenia nasypów, tj. nie wymagają one ulepszenia (tym samym poniesienia kosztów w tym zakresie) (zastrzeżenie - „gdy będą wbudowane w miejsca suche lub zabezpieczone od wód gruntowych i powierzchniowych” oraz „w miejscach suchych lub przejściowo zawilgoconych”).

Rozwiązanie techniczne przedstawione przez Zamawiającego (dokumentacja projektowa postępowania - rysunki RZ 150 i RZ 220 - znajdują się w dokumentacji postępowania) pokazuje, że w miejscu niwelacji nie występują wody powierzchniowe, ani wody gruntowe nie wypływają na powierzchnie, czyli nie ma wpływu wód gruntowych (tego rodzaju wody nie będą zatem wsiąkać i namaczać warstw nasypu). Zamawiający przewidział także wykonanie rowów powierzchniowych i otokowych celem odprowadzenia wód powierzchniowych i opadowych (powierzchnia jest odwadniana rowami). Tworzymy zatem nasyp (zabezpieczony od wód). Zakładając jednak, że w trakcie 16 tygodni wykonywania prac może dojść do opadów deszczu (wody opadowe), na podstawie wieloletnich obserwacji wynikających z monitorowania warunków pogodowych na wszystkich realizowanych inwestycjach (co jest standardem Budimexu) Przystępujący oszacował, że zagrożonych zawilgoceniem opadami jest łącznie około 11% nasypów i powierzchni dogęszczanej.

35. Budimex wskazał, że dodatkowo Tabela nr 2 (z wyjaśnień ceny Budimex) uwzględnia w wierszu *Summaryczne zestawienie kosztów dla prac grupy II: Wyrównanie terenu - (koszty bezpośrednie, wartość M)* - materiał niezbędny do wykonania prac związanych z wyrównaniem terenu, a do tych kosztów zakwalifikowany został też koszt materiału do ulepszenia gruntu tj. spoiwo. /W tym miejscu pisma stosowny fragment tabelaryczny/.

36. Tak jak wskazywał Przystępujący w treści wyjaśnień zostało skalkulowane wykonanie ulepszenia gruntu cementem lub spoiwem popiołowym. Poniżej przedstawiamy założenia przyjęte dla kalkulacji ceny spoiwa dla opcji tj. z wykorzystaniem cementu i TEFRA (50/50%)

37. Wywodząc z wcześniejszej argumentacji ilość gruntów przewidywanych do ulepszenia na poziomie około 11% co dało powierzchnię ulepszeń około $331\ 000\ m^2$ warstw nasypowych i podłoży należy skalkulować ilość spoiw w poniższy sposób.

38. Przyjmując zatem 15 kg cementu na metr kwadratowy ulepszonej (osuszanej) warstwy 40 cm (takie dane przyjął Odwołujący (str. 51 odwołania)), otrzymamy zakładaną, wymaganą ilość spoiwa dla ulepszenia gruntu przy realizacji przedmiotowej inwestycji:

$331\ 000\ m^2 \times 15\ kg/m^2 = 4\ 965\ 000\ kg$ cementu (spoiwa) co daje 4 965 ton.

39. Należy podkreślić, że większe ilości cementu nie wpłyną korzystniej niż przyjęte $15\ kg/m^2$ na osuszenie (ulepszenie) gruntów spoistych. Przystępujący w tym zakresie posiada szerokie doświadczenie z wielu realizacji w całej Polsce. Należy również dodać, że większa ilość cementu nie wpłynie na zwiększenie nośności warstw nasypu ponieważ grunty spoiste są trudno mieszalne (pozostają bryły nierozbitego gruntu) a ewentualne ponowne opady niweczą wcześniejsze osuszanie.

40. Przystępujący przyjął w ofercie spoiwa do ulepszenia/osuszenia gruntu w postaci cementu jak i TEFRY, które jak wcześniej wykazano są dopuszczone do stosowania w budownictwie. Zakres stosowania poszczególnych spoiw

dostosowany będzie do dostępności u producentów co wynika z dość krótkiego okresu realizacji i mogących się w tym czasie wydarzyć przestojów w dostawach. Takie postępowanie ma zabezpieczyć terminowe wykonanie robót. Do kalkulacji Budimex przyjął założenie wykorzystania cementu i spoiwa TEFRA w proporcji po 50%.

41. Budimex przyjął zatem następujące założenia:

1) cement w cenie 540 zł/tona (Dowód: Załącznik nr 6 - Oferta cement - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA) (tj. wyższa niż wskazana przez Odwołującego - 489 zł/tona)

2) spoiwo TEFRA w cenie 149,00 zł/tona (Dowód: Załącznik nr 5 - Oferta TEFRA)

Wynika z tego, że koszt spoiwa założonego przez Przystępującego obliczony został w następujący sposób:

$2\,482,5 \text{ tony} \times 540 \text{ zł} + 2\,482,5 \text{ tony} \times 149 \text{ zł} = 1\,710\,442,50 \text{ zł}$ (koszt został uwzględniony w kosztach materiałów dla pozycji Wyrównanie terenu Tabela nr 2 wyjaśnienie ceny oferty Budimex)

42. Podsumowując powyższe obliczenia oraz wyjaśnienia, pragniemy podkreślić, że Przystępujący w swojej ofercie, na podstawie analizy dokumentacji geotechnicznej, doświadczenia z realizacji sąsiedniej inwestycji, a także znajomości rynku spoiw, oszacował, że ulepszenia wymagać może około 11% gruntów. Na podstawie przyjętych założeń zostały wysłane zapytania do potencjalnych usługodawców, którzy będą mogli zrealizować dla Budimex ten zakres robót. Ponadto Przystępujący uwzględnił w cenie i wykazał także w wyjaśnieniach ceny, że oferta uwzględnia także koszty ulepszenie grunty, a zatem także materiału - spoiwa potrzebnego do realizacji tego zakresu prac.

43. Zamawiający nie wskazał precyzyjnie ilości ulepszeń dlatego Przystępujący Budimex musiał zatem przyjąć samodzielnie założeni do kalkulacji i ryzyko realizacji tych prac (które możliwe, że nie będą w ogóle potrzebne - na co wskazuje sam Zamawiający) na podstawie własnego doświadczenia i analizy udostępnionej dokumentacji geologicznej. Nie można zatem uznać takich założeń za nieprawidłowe, wyłącznie z uwagi na fakt, że Odwołujący przyjął odmienne założenia, tj. ulepszenia całej powierzchni gruntu i uwzględnił ceny, które on jako podmiot otrzymał od podwykonawców/dostawców.

44. Nadto, na marginesie Budimex wskazał, że przedstawione przez Odwołującego założone dozowanie spoiwa oparciu o normę PN-S-96012 nie jest wyłącznie właściwe. Przywołana norma ilości dozowania spoiw opiera się o takie dozowanie, która ma zapewniać wytrzymałość i mrozoodporność mieszanego gruntu. Natomiast, jak już wskazywał Przystępujący brak jest wprost takiego wymagania w dokumentacji Postępowania (Zamawiający nie wymaga bowiem zachowania parametru mrozoodporności nasypu), a ilość dozowanego spoiwa wpływa właśnie na wzrost szacowanych kosztów. Natomiast dozowanie w niniejszym zamówieniu ma służyć osuszeniu gruntu. Niemniej jednak Przystępujący w ramach powyższych wyliczeń pokazał, że nawet przy tak przyjętym parametrze dozowania koszty ulepszania gruntu (materiału) zostały skalkulowane i oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

45. Na bazie zestawu informacji dostarczonych przez Przystępującego w treści wyjaśnień złożonych dnia 05.04.2024 r. i mając na uwadze treść wezwania do wyjaśnień z 27.03.2024 r., nie sposób więc uznać, że Przystępujący nie dostarczył wyjaśnień rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 224 ust. 6 ustawy Pzp, a jego oferta niejako automatycznie miałaby podlegać odrzuceniu. Wskazał na wyrok KIO z 26.11.2021 r. (o sygn. KIO 3242/21).

46. Przedkładając powyższe na grunt przedmiotowego przypadku wskazał, że Przystępujący zastosował się do wezwania Zamawiającego i przedstawił kalkulacje zgodnie z punktami wezwania. Jeśli intencja Zamawiającego miałaby być inna, nie korelująca w sposób jednoznaczny z treścią wezwania, czy po stronie Zamawiającego pojawiłyby się jakiegokolwiek dalsze wątpliwości co do realności ceny ofertowej Przystępującego, to Przystępujący oczywiście pozostawałby do dyspozycji w kontekście złożenia dalszych wyjaśnień.

47. Na marginesie, w kontekście ewentualnego dalszego wyjaśniania poszczególnych kwestii przez Przystępującego w kontekście złożonej przez niego oferty i wyjaśnień rażąco niskiej ceny, jeżeli Zamawiający podjąłby jakiegokolwiek wątpliwości co do sposobu kalkulacji kosztów przedstawionych przez Przystępującego, a dotyczących kosztów wyrównania terenu (w tym ulepszenia gruntu), to miał możliwość skorzystania z kolejnego wezwania.

48. Z uwagi na fakt, iż Odwołujący nie sprecyzował możliwości do przyjęcia podstawy takiego działania, Przystępujący wskazuje, iż dopuszczalność ewentualnego wdrożenia takich mechanizmów wynika tak z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. O ile wyjaśnianie treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 ustawy w ogóle nie jest limitowane przez ustawodawcę, o tyle w przypadku art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, orzecznictwo dopuszcza jego wielokrotne stosowanie w sytuacjach, w których w odpowiedzi na pierwotne wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, wykonawca nie porzucił na ogólnikowych wyjaśnieniach, co nie miało miejsca w przedmiotowym przypadku.

49. Przystępujący w wymaganym terminie przedstawił Zamawiającemu szczegółowe wyjaśnienia ceny obrazujące przyjmowane przez niego założenia cenowe, dostosowując się do treści wezwania, przedstawiając też posłankowo przykładowe oferty. Wezwanie z 27.03.2024 r. nie obejmowało obowiązku szczegółowego rozpisania tych kosztów wyrównania terenu, a jedynie przedstawienie jakie są koszty robocizny (koszty osobowe) zakładane przez Budimex.

50. Jeśli dostarczone w ten sposób dane miałyby budzić jakiegokolwiek wątpliwości, to ich wyjaśnienia mogą być dokonywane również poprzez procedurę z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp, co potwierdzają przykładowo tezy wyroku KIO z 07.05.2018 r. (sygn. akt KIO 749/18).

51. Przedstawione wyjaśnienia z pewnością nie dawały zatem podstaw do stwierdzenia, że Przystępujący nie udzielił

żądanych wyjaśnień i jego oferta - zgodnie z założeniem Odwołującego - miałyby podlegać z tego powodu automatycznemu odrzuceniu.

52. Wbrew twierdzeniom Odwołującego Budimex oszacował koszty ulepszenia gruntu (w tym sprzęt, materiał i roboty z tym związane) tylko w odmienny sposób niż zrobił to Odwołujący, co nie oznacza, że jest to błędny sposób realizacji zamówienia (w tym kalkulacji ceny oferty). Przystępujący wskazał, że koszty te zostały uwzględnione, co wynika też bezspornie z treści wyjaśnień ceny złożonych przez Budimex, a Zamawiający nie wymagał przedstawienia szczegółowej kalkulacji (kosztów/cen jednostkowych) w tym zakresie. Brak jest zatem podstaw do uznania, że oferta Budimex zawiera rażąco niską cenę i powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących (w tym STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wnoszącego sprzeciw do sprawy o sygn. akt: KIO 1643/24) do obu odwołań złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 528 Pzp, a Wykonawcy posiadają legitymację procesową w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp uprawniającą do ich złożenia.

BUDIMEX S.A. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24) w rankingu złożonych ofert zajął – drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

SKANSKA S.A. (Odwołujący w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24) w rankingu złożonych ofert zajął trzecie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów odnoszących się tak do Wykonawcy wybranego, jak i BUDIMEX S.A., ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Przystępujący po stronie Zamawiającego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24 wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu 1 ewentualnego (odwołanie KIO 1643/24) wniósł na posiedzeniu sprzeciw. Jednocześnie Przystępujący po stronie Zamawiającego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24 wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutu 7 ewentualnego (odwołanie o sygn. akt: KIO 1651/24) nie wniósł sprzeciwu. W konsekwencji wobec uwzględnienia zarzutu 7 ewentualnego (odwołanie o sygn. akt: KIO 1651/24) i braku sprzeciwu w tym zakresie postępowanie odwoławcze względem niniejszego zarzutu podlega umorzeniu.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej w formie elektronicznej w sprawie sygn. akt: KIO 1643/21, KIO 1651/21, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” /stan na 12.03.2024 r./, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót zwana dalej „STWIOR”, dokumentacji projektowej cz. 1 i cz. 2, odpowiedzi na pytania, oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., w tym formularza ofertowego (wypełnionego załącznika nr 10 do SWZ), przedmiaru – tabeli ofertowej, oferty Budimex S.A. w tym formularza ofertowego (wypełnionego załącznika nr 10 do SWZ), przedmiaru – tabeli ofertowej, wezwania z 27.03.2024 r. skierowanego przez Zamawiającego do STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w trybie art. 223 ust. 1 Pzp w celu potwierdzenia terminu realizacji Etapu I i II zamówienia, odpowiedzi STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z 03.04.2024 r., wezwania z 27.03.2024 r. skierowanego przez Zamawiającego do STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w trybie 224 ust. 2 Pzp w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, odpowiedzi STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z 05.04.2024 r. (wyjaśnienia część jawna i część tajna wraz z załącznikami /część jawna i część tajna/ „odtajnione w całości przez Zamawiającego 12.04.2024 r.”), wezwania z 27.03.2024 r. skierowanego przez Zamawiającego do Budimex S.A. w trybie 224 ust. 2 Pzp w celu wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, odpowiedzi Budimex S.A. z 05.04.2024 r. wraz z załącznikami (całość zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa „odtajnione w całości przez Zamawiającego 12.04.2024 r.”), wezwania z 09.04.2024 r. skierowanego przez Zamawiającego do STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w trybie art. 126 ust. 1 Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych i JEDZ, odpowiedzi STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z 22.04.2024 r. wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi i JEDZ, w tym wykazu osób (wypełniony załącznik nr 6 do SWZ) oraz wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.04.2024 r.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24 załączniki do odwołania na okoliczności tam wskazane:

1. Informacje z Dolnośląskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;
2. Informacje z Wielkopolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;
3. Informacje z Lubuskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;
4. Informacje z Podkarpackiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;
5. Informacje z Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;
6. Informacje z Pomorskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;

7. Informacje z Podlaskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;
8. Tabele sprzętu („Zestawienie użytego sprzętu i jego wydajności na podstawie wyjaśnień STRABAG”);
9. Określenie ilości maszyn („Określenie ilości potrzebnego sprzętu w oparciu o wydajności wskazane przez STRABAG”);
10. Harmonogram nr 1 („Harmonogram prac wynikający z założonych przez STRABAG 10 tygodni realizacji oraz wydajności sprzętu”);
11. Harmonogram nr 2 („Harmonogram prac wynikający z założonych przez STRABAG wydajności sprzętu skorygowany przez Budimex uwzględniając miejsce pracy maszyn”);
12. Informacje ze Świętokrzyskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa;
13. Informacje ze Opolskiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24 załączniki do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego na okoliczności tam wskazane:

1. Wezwania Zamawiającego wystosowane do wykonawców STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. BUDIMEX S.A. z 15.05.2024 r.;
2. Odpowiedzi STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. i BUDIMEX S.A. z 24.05.2024 r. (wraz z załącznikami: 1) Informacja o produkcie TEFRA 15, 2) Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych dla TEFRA 15, 3) Informacja o produkcie (CEM)).

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24 załączniki do pisma procesowego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. na okoliczności tam wskazane:

1. Załącznik nr 1A - Obliczenie czasu trwania poszczególnych robót;
2. Załącznik nr 2A - Harmonogram wykonywania prac wraz z zestawieniem sprzętów.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 1643/24, jak i KIO 1651/24 Izba zaliczy~~ła~~ła złożone na rozprawie przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24, jak i Przystępującego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24:

- Materiały meteorologiczne z IMGW z okresu maj-listopad 2021, 2022 i 2023 na okoliczność, iż dokumenty te zaprzeczają tezie STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. o tym, że lato w tym okresie będzie ciepłe i suche.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 1643/24, jak i KIO 1651/24 Izba zaliczy~~ła~~ła złożone na rozprawie przez Przystępującego po stronie Zamawiającego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24, jak i KIO 1651/24:

- Świadectwo pracy pani R.S. od poprzedniego pracodawcy wykonywania pracy na stanowisku inżyniera budowy, kierownika robót.

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24 załączniki do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego na okoliczności tam wskazane:

1. Wezwania Zamawiającego wystosowane do wykonawców STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. i BUDIMEX S.A. z 15.05.2024 r.;
2. Odpowiedzi STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. i BUDIMEX S.A. z 24.05.2024 r. (wraz z załącznikami: 1) Informacja o produkcie TEFRA 15, 2) Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych dla TEFRA 15, 3) Informacja o produkcie (CEM)).

Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24 załączniki do pisma procesowego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. na okoliczności tam wskazane:

1. Załącznik nr 1A - Obliczenie czasu trwania poszczególnych robót;
2. Załącznik nr 2A - Harmonogram wykonywania prac wraz z zestawieniem sprzętów.

Nadto, Izba dopuściła dodatkowo, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24 załączniki do pisma procesowego BUDIMEX S.A. na okoliczności tam wskazane:

1. Informacje o produkcie TEFRA 15;
2. Krajową Deklarację Właściwości Użytkowych dla TEFRA 15;
3. Informacje o produkcie (CEM);
4. Ofertę usługodawcy;
5. Ofertę TEFRA;
6. Ofertę cement - TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA.

Odnośnie złożonych na rozprawie przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24 1) Opinii Sidir z 03.06.2024 r. złożonej na okoliczność niezgodności BAUWEGz warunkami zamówienia, 2) Opinii Sidir z 07.05.2024 r. złożonej na okoliczność potrzeby stosowania spoiw celem doprowadzenia gruntu do wymaganych parametrów (zagęszczenia i nośności), jak i 3) Opinii GEOTECH na okoliczność potrzeby stosowania spoiw celem doprowadzenia gruntu do wymaganych parametrów (zagęszczenia i nośności) Izba przypomina za judykaturą, że mają one charakter opinii prywatnych, które jednakże nie mogą stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278

k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsze opinie prywatne, w takich okolicznościach sprawy, stanowią stanowisko strony, stanowią one jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażonotakże stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z 29.09.1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16).

Jednocześnie, Izba dopuściła, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24~~załączniki do Opinii Sidir z 03.06.2024 r. złożonej przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24:~~

- 1) Krajowa Ocena Techniczna nr IBDiM-KOT-202010547 wydana przez Instytut Badawczy Dróg i Mostów dla wyrobu budowlanego określonego jako Spoiwo hydrauliczne do mieszanek stosowanych na podbudowy oraz do stabilizacji podłoża, o nazwie handlowej „Spoiwo Cement Bauweg; Spoiwo Bauweg PSD”;
- 2) Krajowa Deklaracja Właściwości Użytkowych nr 6/2020/PDS 12,5;
- 3) Karta Charakterystyki dla wyrobu „Spoiwo drogowe Bauweg PSD 5, PSD 12,5 i PSD 22,5.

Dodatkowo, Izba dopuściła, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24~~załączniki do pisma procesowego z 12.06.2024 r. Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24:~~

•Wydruki ze stron producenta spoiwa TEFRA, na okoliczność, że jest to spoiwo wykorzystywane w budownictwie komunikacyjnych, melioracyjnym i geotechnicznym.

Poza tym, Izba dopuściła, jako dowód w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24~~złożone na rozprawie przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24:~~

1. Oświadczenie z 28.05.2024 r., iż cement, który zamierza wykorzystać SKANSKA S.A. nie jest zabroniony w budownictwie kubaturowym przeznaczonym na stały pobyt ludzi;
2. Kosztorys inwestorski na okoliczność niedoszacowania kosztów spoiwa (poz. II.13-II.15 oraz III.11) przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. na wartość rzędu 46 mln zł;
3. Dokumentację z przekopów kontrolnych na okoliczność tego, że należy ulepszyć grunt znajdujący się na obszarze inwestycji odpowiednim spoiwem;
4. Trzy receptury na okoliczność potwierdzenia skalkulowanego spoiwa, tj. właściwej ilości przez SKANSKA S.A. w oparciu o dokumentację geologiczną i dokonane przekopy;
5. Ofertę firmy Kruszywa Skalne Sp. z o.o. na okoliczność tego, że każdy z wykonawców mógł otrzymać taką ofertę z tej firmy jaką otrzymał Budimex S.A.;
6. Tabelę ofertową przedmiar z tabelą ofertową stanowiącą zestawienie kosztorysu inwestorskiego z wyceną m. in. Budimex S.A. w pozycji II.13-II.15 oraz III.11 na okoliczność niedoszacowania spoiwa w tych pozycjach przez Budimex S.A. (ceny cementu, TEFRY, spoiwa co do zasady, kosztów sprzętu).

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 1651/24 Izba zaliczyła również~~złożone na rozprawie przez Przystępującego po stronie Zamawiającego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24, jak i KIO 1651/24:~~

1. Zestawienie swoich przedmiarów złożonych w postępowaniu wraz z wyliczeniem cen zakwestionowanych pozycji przedstawionych w ofertach podwykonawców celem wykazania, że gdyby skorzystał w ramach tych pozycji z cen zaoferowanych przez podwykonawców uzyskałby oszczędność, która by w sumie przekraczała ponad 1 mln zł, względem ceny przedstawionej w przedmiarach;
2. Wydruk z folderu firmy WIRTGEN Group na potwierdzenie, iż na rynku są maszyny, które mogą dozować cement rzędu 2 kg/m² (Wskazuje na pierwszy z rozsypywaczy w załączonym folderze);
3. Oświadczenie z 12.06.2024 r. producenta materiału BAUWEG zgodnie z którym spoiwa BAUWEG nie są zabronione w budownictwie kubaturowym na stały pobyt ludzi;
4. Wydruki z dokumentów geologicznych, które były załączone do postępowania na okoliczność ilości gruntów spoistych i nie spoistych na terenie inwestycji.

W poczet materiału dowodowego do sprawy o sygn. akt: KIO 1651/24 Izba zaliczyła również~~złożone na rozprawie przez Przystępującego po stronie Zamawiającego BUDIMEX S.A. w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24:~~

1. Wydruki ze strony internetowej dystrybutora, który złożył oświadczenie z 28.05.2024 r. wraz z deklaracją właściwości użytkowej na okoliczność wykazania, że także cement ma pewnego rodzaju właściwości, które mogą stanowić zagrożenie dla życia i zawiera pewien procent popiołu, który jest wykorzystany;
2. Dalszą część wydruku ze strony producenta TEFRY złożonego przez SKANSKA S.A. wraz z pismem procesowym z

12.06.2024 r., tj. tzw. dalszej części CASE STUDIES (wyciąg z tej strony) na okoliczność, że TEFRA jest stosowana w inwestycjach kubaturowych.;

3. Oświadczenie z 05.06.2024 r. ECOTECH Trade Sp. z o.o., tj. producenta TEFRY, że to spoiwo można wykorzystać w budownictwie kubaturowym przeznaczonym na stały pobyt ludzi;

4. Wyliczenia (Zestawienie) z których wynika, że w ramach wyrównania terenu przewiduje zastosowanie spoiwa cementu oraz TEFRA, jak i innych materiałów (1 710 442, 50 zł na spoiwo, a pozostałe to materiały na ponad 800 000 zł);

5. Raporty z odcinków próbnych na okoliczność potwierdzenia zagęszczalności gruntów o wskaźniku pomiędzy 3 a 4 (Dokumenty pochodzą z innej inwestycji).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby miał na uwadze zakres zaskarżenia w obu odwołaniach, odpowiedzi na odwołania o sygn. akt: KIO 1643/24, jak i KIO 1651/24 stanowiska pisemne STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24, jak i KIO 1651/24, stanowisko pisemne BUDIMEX S.A. w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24 stanowisko pisemne SKANSKA S.A. z 12.06.2024 r. złożone nał terminie rozprawy w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępujących (w tym Wnoszącego Sprzeciw STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24) złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołań zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie o sygn. akt: KIO 1643/24 podlega oddaleniu w całości, a odwołanie o sygn. akt: KIO 1651/24 zasługuje na uwzględnienie w części.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24:

BUDIMEX S.A. sformułowało w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uznk") w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp, w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, polegających na podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskaniu zamówienia) w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami informacji niezgodnych z prawdą (wprowadzających w błąd) w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w Wykazie osób złożonym w postępowaniu dotyczących doświadczenia Pani R.S., co zagraża lub narusza interes wykonawców (w tym Odwołującego) składających ofertę w postępowaniu i zamawiającego, podczas gdy Pani R.S. w rzeczywistości nie posiada 5 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi, bowiem jest członkiem Izby Inżynierów Budownictwa dopiero od 01.10.2021 r., tym samym dopiero od momentu posiadania statusu członka izby (a nie samego momentu uzyskania uprawnień budowlanych) mogła kierować robotami budowlanymi, alternatywnie
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, co do dysponowania Kierownikiem robót posiadającym 5 letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, określonego w pkt 5.1.1.1. SWZ, podczas gdy wskazana w tym zakresie Pani R.S., wskazana w Wykazie osób, nie posiada 5 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi, bowiem jest członkiem Izby Inżynierów Budownictwa dopiero od 1 października 2021 r., tym samym dopiero od momentu posiadania statusu członka izby (a nie samego momentu uzyskania uprawnień budowlanych) mogła kierować robotami budowlanymi.
- 3) art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp i art. 462 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo, że treść oferty jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, bowiem z treści oferty (oświadczenia złożonego w Formularzu ofertowym — Załącznik nr 10 do SWZ) złożonej przez STRABAG wynika, że całość zamówienia ma zostać powierzona i zrealizowana przez podwykonawców, co jest niedopuszczalne w myśl art. 462 ust. 1 ustawy Pzp;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 uznk i art. 14 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 5) i art. 15 ust. 2 uznk w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo, że jego oferta została złożona w warunkach nieuczciwej konkurencji polegających na: a) podaniu w celu przysporzenia korzyści majątkowej (tj. uzyskaniu zamówienia) w sposób sprzeczny z prawem i dobrymi obyczajami informacji niezgodnych z prawdą w Formularzu ofertowym i w wyjaśnieniach treści oferty złożonych przez STRABAG dotyczących przedstawienia nierealnego, niemożliwego do dotrzymania terminu realizacji Etapu II w ciągu zaledwie 10 tygodni od przekazania placu budowy, co zagraża lub narusza interes wykonawców (w tym Odwołującego) składających ofertę w postępowaniu i zamawiającego; b) utrudnianie dostępu do rynku innym przedsiębiorcom, poprzez manipulację kryteriami oceny ofert, która doprowadziła do przyznania STRABAG maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert określonego w pkt 13 ppk 2.2) SWZ i wyboru oferty STRABAG jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że jest ona pozornie najkorzystniejsza, gdyż zaoferowany termin realizacji Etapu II jest nierealny, niemożliwy do dotrzymania, co zagraża lub narusza interes wykonawców (w tym Odwołującego) składających ofertę w postępowaniu i zamawiającego, alternatywnie

5) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 240 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez nieprawidłowe dokonanie oceny oferty STRABAG w ramach kryterium pozacenowego dotyczącego nierealnego terminu realizacji Etapu II (pkt 13 ppkt 2.2) SWZ), który został określony przez STRABAG na zaledwie 10 tygodni od przekazania placu budowy, a tym samym nieprawidłowe przyznanie najwyższej liczby punktów (15 pkt) temu wykonawcy w ramach tego kryterium i wyboru oferty STRABAG jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo, że jest ona pozornie najkorzystniejsza, gdyż zaoferowany termin realizacji Etapu II jest nierealny, niemożliwy do dotrzymania, a w konsekwencji niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza dla Zamawiającego;

6) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie szczegółowo opisanym w treści uzasadnienia niniejszego odwołania;

7) art. 226 ust. 1 pkt 8) ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty STRABAG, a w konsekwencji wybór oferty tego Wykonawcy, pomimo, że jego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, w zakresie szczegółowo opisanym w treści uzasadnienia niniejszego odwołania; co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania, a co zostało szczegółowo opisane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1643/24 Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz załączników wskazanych w nim i załączonych do niego. Nadto, stan faktyczny wynikający z treści odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska pisemnego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24. Dodatkowo, Izba wskazuje na pkt 5.1.1.1 SWZ /dysponują lub będą dysponowali co najmniej następującymi osobami: „(...)”

Z kolei, Zamawiający wskazał w dalszej części w pkt - 6.19. Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, niżej wymienionych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień ich złożenia: (...) 6.19.9. Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami Załącznik nr 6 do SWZ. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. przedstawił wykaz osób, tj. w pkt 3 Panią.R. –

Z kolei w poz. 4 wykaz osób wskazał projektanta, którym będzie dysponował na podstawie umowy o pracę.

Wraz z ofertą Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. złożył przedmiar - tabelę ofertową dla poszczególnych pozycji (zawierała opis poszczególnych pozycji) wraz z ceną jednostkową i ceną łączną dla tych pozycji.

W dalszej kolejności, Zamawiający wymagał wskazania w pkt 7 Formularza ofertowego (Załącznik nr 10 do SWZ) części zamówienia, którą wykonawcy zamierzają powierzyć podwykonawcom. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w złożonym Formularzu ofertowym wskazał:

Zakres	Podwykonawca (nazwa i adres, jeżeli jest znany)
prace przygotowawcze, gospodarka humusem, wody opadowe, zarurowanie rowu, roboty ziemne, rowy, roboty ziemne pod zbiornik, konstrukcja zbiornika, wloty i wyloty dla zbiornika	na etapie składania oferty nie jest znany

Zamawiający pismem z 27.03.2024 r. wezwał STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. do wyjaśnień odnośnie zaoferowanego terminu dla I i II etapu: „W rozdziale 4 SWZ Zamawiający wskazał termin realizacji zamówienia: Maksymalny termin realizacji zamówienia: prace projektowe, prace przygotowawcze, prace budowlane etap I: 8 tygodni od daty przekazania placu budowy. Maksymalny termin realizacji zamówienia prace budowlane etap II: 20 tygodni od daty przekazania placu budowy. W związku z zaoferowanym przez Państwa terminem realizacji obejmującym łącznie 10 tygodni realizacji umowy proszę o potwierdzenie, że prawidłowo rozumieją Państwo termin wykonania – tak jak to wskazał Zamawiający w SWZ, tzn. na wykonanie I etapu jest 6 tygodni od daty przekazania placu budowy, a na wykonanie II etapu 10 tygodni od daty przekazania placu budowy. Zamawiający ma obawę, że mogło dojść do nieprawidłowego zrozumienia zapisów i założenia, że liczenie terminu II etapu rozpoczyna się po zakończeniu I etapu, co byłoby sprzeczne z literalnym zapisem zawartym w SWZ.”

W odpowiedzi pismem z 03.04.2024 r. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. stwierdził: „(...)potwierdzamy terminy realizacji zamówienia wskazane w Ofercie w następujący sposób: a) prace projektowe, prace przygotowawcze, prace budowlane etap I – etap I wykonany zostanie przez STRABAG w terminie 6 tygodni od daty przekazania placu

budowy; b) prace budowlane etap II – etap II wykonany zostanie przez STRABAG w terminie 10 tygodni od daty przekazania placu budowy. (...)'.

Jednocześnie Zamawiający wezwał 27.03.2024 r. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Pełna treść wezwania przytoczona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie powyżej. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. odpowiedział pismem z 05.04.2024 r. - wyjaśnienia część jawna i część tajna wraz z załącznikami /część jawna i część tajna/ „odtajnione w całości przez Zamawiającego 12.04.2024 r.”. Załączył do wyjaśnień: 1) Załącznik nr 1 - Szczegółowa kalkulacja pozycji; 2) Załącznik nr 2 - Zestawienie kosztów bezpośrednich i pośrednich; 3) Załącznik nr 3 - Materiały; 4) Załącznik nr 4 - Oferty podwykonawców; 5) Załącznik nr 5 - Zestawienie sprzętu; 6) Załącznik nr 6 - Lista pracowników fizycznych; 7) Załącznik nr 7 - Oświadczenie dotyczące zatrudnienia pracowników fizycznych; 8) Załącznik nr 8 - Oświadczenie dotyczące kosztów zatrudnienia personelu wymaganego celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu; 9) Załącznik nr 9 - Oferta TU UNIQA dotycząca polisy ubezpieczeniowej. W ramach załącznika nr 3 (Lp. 4) wskazał „Spoiwa drogowe” Bauweg (oferta podwykonawcy z 14.03.2024 r.). Nadto, w ramach Załącznika nr 1 - Szczegółowa kalkulacja pozycji (w poz. I.6, I.7, II.13, II.14, II.15 /Bauweg PSD 2,5+P/, a w poz. III.11 /Bauweg PSD 5+/. W ramach załącznika nr 4 (w Lp. 4 oferta podwykonawcy Czechanowicz Ekologia i Zieleń Sp. z o.o., ul. Bytomska 41, 41-103 Siemianowice Śląskie, w Lp. 5 oferta podwykonawcy Nawrocki Budownictwo Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 7, 63-900 Rawicz, w Lp. 6 oferta podwykonawcy K.K., ul. Zbytowa 19a, 56-420 Zbytowa, w Lp. 7 oferta podwykonawcy G.J., ul. Hubala 19, 63-910 Miejska Górka – wszystkie oferty n - Wykonanie części zakresu robót: - II (gospodarka humusem, roboty ziemne) - III (gospodarka humusem, roboty ziemne pod zbiornik) Wynajem sprzętów wraz z obsługą operatorską) (w Lp. 12 oferta podwykonawcy Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych "OSTROGA" L.B., B.C., ul. Magazynowa 3, 56-300 Milicz - na Wykonanie zakresu branżowego /roboty sanitarne/melioracyjne/).

Do pozostałych kwestii Izba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

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

Odnosnie pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Izba przychyliła się do stanowiska Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., że treść wymogu z pkt 5.1.1.1 SWZ dawała prawo do uznania, że tylko odnośnie do Kierownika Budowy była wskazana funkcja w zakresie, której należało się wykazać stosownym doświadczeniem na tej funkcji. W zakresie pozostałych osób nie wskazani bowiem stanowiska lub funkcji, w sprawowaniu której takie osoby powinny posiadać doświadczenie (np. Kierownik robót lub Kierownik budowy), aby spełniać warunki udziału w postępowaniu. Dla pozostałych osób, w tym także odnośnie wymaganego 5 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej nie wskazano także, aby doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi miało się odnosić do formalnego sprawowaniu funkcji kierownika w rozumieniu przepisów ustawy Prawo Budowlane. Zamawiający nie wymagał aby wykazana osoba posiadała doświadczenie w sprawowaniu konkretnie określonej samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. Podobnie w wyroku KIO z 05.11.2018 r., sygn. akt: KIO 2136/18; (...) Treść ppkt. 5.3.1. wskazuje, że nie było wymogiem Zamawiającego, by osoba wskazana do pełnienia funkcji kierownika robót drogowych posiadała doświadczenie w wykonywaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie w rozumieniu art. 12 ust. 1 PrBud. Zwrot „kierowała więcej niż dwoma robotami budowlanymi” nie jest - wbrew stanowisku Zamawiającego - jednoznacznym wskazaniem na konieczność posiadania doświadczenia w wykonywaniu samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie. (...). Dodatkowo należy wskazać, iż: zastosowane ma wykładnia językowa: „(...) Zgodnie z ustalonymi na gruncie orzecznictwa zasadami wykładni opisu warunku udziału w postępowaniu pierwszeństwo ma wykładnia językowa. Niedopuszczalne jest stosowanie na etapie badania i oceny ofert wykładni rozszerzającej, prowadzącej do stawiania wobec wykonawcy wymagań, które wprost oraz jednoznacznie nie zostały przez zamawiającego zawarte w opisie warunku udziału w postępowaniu. (...)” (za wyrokiem KIOz 09.07.2021 r., sygn. akt: KIO 1506/21). W konsekwencji dokonana wykładnia Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. była dopuszczalna. Nie można twierdzić, że zamiarem Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. poprzez przedstawienie doświadczenia Pani R.S. było wprowadzenie w błąd i poświadczenie nieprawdy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Względem kolejnego zarzutu o charakterze ewentualnym, to w świetle przyjętej wykładni warunku wskazanej powyżej w poprzednim zarzucie, zarzut niniejszy podlega oddalaniu. Jednocześnie należy wskazać, że w zakresie tego zarzutu Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wniósł sprzeciw. Nie wniósł, zaś sprzeciwu w zakresie drugiego odwołania (KIO 1651/24). Niniejsze, jednakże nie wpływać procesowo, gdyż są to dwa oddzielne odwołania. Nadto, Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. sprzeciwił się skutkowi dalej idącemu (w tym odwołaniu – byłby to brak spełniania warunku udziału w postępowaniu, w drugim zaniechanie wezwania do uzupełnienia) i było to dla Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. korzystne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie trzeciego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W tym wypadku, Izba wzięła pod uwagę ofertę, wyjaśnienia STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z 24.05.2024 r. udzielone Zamawiającemu przed rozprawą, jak i to że są one oparte na wyjaśnieniach STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z 05.04.2024 r. w zakresie ceny rażąco niskiej (przytoczone fragmenty na str. od 4 do 7, wskazane także w piśmie procesowym STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z 31.05.2024 r.). Nadto, wyjaśnienia Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z 03.04.2024 r. odnośnie terminu. Na ich podstawie można przyjąć, że Przystępujący będzie także wykonywał pewien zakres prac i nie zleci całości tych prac podwykonawcy. Generalne przyjęcie, że wskazanie w ofercie, iż prace przygotowawcze będą zlecone podwykonawcy nie oznacza, że będą to także prace projektowe. Charakter oświadczenia w ofercie ma zbyt ogólny charakter i nie można przyjąć tak daleko idącej wykładni jaką przedstawił na rozprawie Odwołujący, iż prace projektowe są częścią prac przygotowawczych. Izba zwraca uwagę, że w wyjaśnieniach z 03.04.2024 r. Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. odnośnie terminu wyraźnie wskazał, że prace projektowe, prace przygotowawcze będą realizowane w I etapie, czyli wydzielił prace projektowe z prac przygotowawczych. Nadto, w wykazie osób wskazał projektanta (poz. 4 wykazu) i stwierdził, że będzie nim dysponował na podstawie umowy o pracę.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie czwartego i piątego zarzutu, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

W tym zakresie, Izba wzięła pod uwagę, że w toku postępowania odwoławczego Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. załączył do pisma procesowego z 31.05.2024 r. (tak do odwołania KIO 1643/24, jak i KIO 1651/24): 1) Załącznik nr 1A - Obliczenie czasu trwania poszczególnych robót oraz 2) Załącznik nr 2A - Harmonogram wykonywania prac wraz z zestawieniem sprzętów. Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. uczynił to w odpowiedzi do harmonogramów załączonych do odwołania przez Odwołującego Budimex S.A., jak i w odpowiedzi na Tabele 1 Analiza niezbędnego czasu trwania dla poszczególnych asortymentów robót i Tabele 2 Harmonogram graficzny – analiza zawartą w odwołaniu SKANSKA S.A. (o sygn. akt: KIO 1651/24).

Należy także w tym miejscu zauważyć, że Odwołujący Budimex S.A. przyjął swoje założenia w odwołaniu co do nierealności terminu w oparciu o załącznik do wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej złożony przez Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z 03.04.2024 r., tj. załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji dla poszczególnych pozycji dokumentu Przedmiar – Tabela ofertowa, gdzie podano wydajność pracy sprzętu, czy też załącznika nr 5 zestawienie sprzętów Wykonawcy. Z kolei, Odwołujący SKANSKA S.A. (KIO 1651/24) podobnie w oparciu o załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji dla poszczególnych pozycji dokumentu Przedmiar – Tabela ofertowa.

Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. przedstawił z kolei załącznik nr 1A, gdzie dokonał szczegółowych obliczeń czasu trwania każdego asortymentu robót w odniesieniu do planowanego rzeczywistego zaangażowania i ilości sprzętu. Na podstawie tych danych sporządzono Załącznik nr 2A przedstawiający w sposób graficzny harmonogram prowadzenia prac w czasie. Punktem wyjścia w zakresie Załącznika nr 1A były wyliczenia wynikające z załącznika nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji. Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. dokonał wyliczenia czasu wykonywania roboty dla każdej pozycji dla której przedstawił załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji wraz z wyjaśnieniami odnośnie ceny rażąco niskiej.

Wynika z przedstawionych przez Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. dokumentów, że przyjął ten Wykonawca odmienne założenia na podstawie tego samego dokumentu pierwotnego (załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji) niż Odwołujący Budimex S.A. dotyczy to pracy dwu, a nie jednozmianowej, liczby sprzętu, czy też pracy 6 dni w tygodniu. Podobnie, inne założenia w tabelach Odwołującego SKANSKA S.A. (KIO 1651/24). Podczas rozprawy Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w ocenie Izby skutecznie obronił przedstawione załączniki (Załącznik 1 A i 2A), w tym w szczególności harmonogram. Odwołujący (tak Budimex S.A., jak SKANSKA S.A.) nie wykazał w jaki sposób określone prace przywołane przez niego podczas rozprawy mogłyby przełożyć się na niedotrzymanie założonego terminu realizacji II etapu. W ocenie Izby, wskazany termin jest możliwy do dotrzymania, co Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. uowodnił złożonymi załącznikami, na obecnym etapie nie można w sposób obiektywnie wiarygodny i jednoznaczny uznać, że zaoferowany termin realizacji II etapu jest nierealny. Wykonawca przyjmując określony termin przyjął na siebie określone ryzyko z tym związane (skalkulował to ryzyko). Dopiero praktyka mogłaby potwierdzić (zweryfikować), że termin jest niemożliwy do dotrzymania. Obecnie przy założeniach przyjętych przez Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. termin jest osiągalny. Warunki atmosferyczne mogą zarówno zaszkodzić (deszcz w nadmiarze), jak i pomóc (grunty niespoiste). W ocenie Izby istnieje rezerwa na ewentualne zaangażowanie dodatkowych grup roboczych, czy też rezerwa czasowa (na prace w niedzielę, jeśli będzie taka konieczność), zachowane zostanie etapowanie prac, płynność transportowa nie została skutecznie podważona podczas rozprawy. Podobnie kwestia związana z budową drogi tymczasowej, czy też wykorzystaniem drogi gruntowej, tudzież pasem technologicznym. Należy także zauważyć, że Odwołujący Budimex S.A. stwierdził na rozprawie, iż termin zaoferowany przez Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. nie jest terminem bezpiecznym. Izba zauważa, że stwierdzenie, że nie jest to termin bezpieczny wcale nie oznacza, że jest to termin

nierealny dla II etapu.

Dodatkowo należy zauważyć, że skoro tak Odwołujący Budimex S.A. (też SKANSKA S.A.), jak i Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. przedstawili harmonogramy i dokonali stosownych założeń odnośnie terminu dla II etapu, w oparciu o wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej, w szczególności załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji, to twierdzenia Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, że złożone wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej uwiarygodniły zaoferowany przez Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. termin dla II etapu należy uznać za mające oparcie w dokumentacji postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie szóstego i siódmego zarzutu, Izba uznała w/w zarzuty za niezasadne.

W tym zakresie, Izba uznała, że zarzuty dotyczące ceny rażąco niskiej należy oddalić, po pierwsze dlatego, że ewentualny brakujący koszt w objętych zarzutem pozycjach w stosunku do ceny jako całości jest marginalny i nie ma realnego znaczenia dla zaoferowanej ceny. Po drugie, mimo, że całe pozycje są ważne z punktu widzenia technologicznego, to jednak same brakujące elementy na które wskazywano w odwołaniu nie są istotne, nadto zastosowanie danej technologii leżało w gestii Wykonawcy. Po trzecie, koszt oferty podwykonawczej (Zakład Budownictwa i Melioracji Wodnych "OSTROGA" L.B., B.C., ul. Magazynowa 3, 56-300 Milicz)j. zaoferowana cen jednostkowa jest niższa dla wszystkich spornych pozycji niż cena jednostkowa przedstawiona w załączniku nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji dla rozpatrywanych pozycji. W konsekwencji Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wykazał realność ceny, która ma oparcie w ofercie podwykonawczej (załączonej do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej – załącznik nr 4 Lp. 12). W tym kontekście należy wskazać, że oferta podwykonawcza ma charakter kompleksowy, tzn. dotyczy całej pozycji wraz ze wszystkim jego elementami, w konsekwencji dopuszczalne jest uznanie tego dokumentu jako potwierdzającego zgodność z przedmiotem zamówienia oferty Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w zakresie spornych pozycji /56 (III.13), 57 (III.14), 58 (III.15) i 59 (III.16)/. Tym bardziej, że zakres wyceniony przez podwykonawcę dla danych pozycji pokrywa się z przedmiotem - tabelą ofertową złożoną do oferty przez Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (i wskazanym tam całym wymaganym przez Zamawiającego zakresem – w ramach opisu poszczególnych pozycji). Należy też zauważyć, że oferta podwykonawcy także została załączona do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej. Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. z uwagi na kompleksowy charakter oferty podwykonawcy dla całych pozycji (w wymaganym zakresie) będzie zlecał wykonanie całych pozycji (w tym spornych), a nie tylko pewnych jednostkowych elementów. W konsekwencji należy uznać, że w zakresie spornych pozycji Przystępujący STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. przedstawił wycenę obejmującą cały przedmiot, co potwierdza dodatkowo przedmiar - tabela ofertowa załączony do oferty, a przesadza na korzyść Przystępującego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. oferta podwykonawcy, która ma charakter kompleksowy. Izba wskazuje także, że wycena oferty podwykonawczej obejmuje także robociznę w spornych pozycjach, gdyż stwierdza się w niej, że: „(...) przesyłamy wycenę kompleksowego wykonania elementów zakresu branżowego (zgodnie z poniższą tabelą przedmiarową) (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie o sygn. akt: KIO 1643/24 na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Odwołanie w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24:

SKANSKA S.A. sformułowało w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 252 ust.1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą,

Odnośnie oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Strabag wynika, że zaoferował (wycenił) on materiał niezgodny z dokumentami zamówienia, zaoferował on materiał niedopuszczony w budownictwie kubaturowym, a Zamawiający nie dopuścił do tego, aby wykonawcy oferowali materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym,

2) art. 224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, która zawiera rażąco niską cenę, co potwierdzają jednoznacznie wyjaśnienia Strabag w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż wynika z nich, że Strabag wręcz nie wziął pod uwagę kosztów niektórych pozycji, a w zakresie materiału do zagęszczenia gruntu zaoferował materiał tańszy, co przy zaoferowaniu materiału zgodnego z swz pokazuje ewidentnie niedoszacowanie,

3) art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez zaoferowanie terminu, który jest niemożliwy do dotrzymania oraz został celowo zaoferowany przez Strabag, aby uzyskać lepszą punktację w kryterium oceny ofert, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

4) zarzut ewentualny - art. 233 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Strabag do wyjaśnień (rozszerzenia wyjaśnień) w zakresie zaoferowanego terminu, chociaż w ocenie Odwołującego jest to termin niemożliwy do osiągnięcia, być może wyjaśnienia Strabag potwierdziłyby powyższe, bowiem póki co Zamawiający uzyskał

tylko oświadczenie o potwierdzeniu realizacji w zakresie zaoferowanego terminu, ale nie wyjaśniał nierealnego terminu zaoferowanego przez Strabag.

5) art. 226 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust.1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez wskazanie nieprawdziwych informacji, co do Pani R.S., iż posiada ona 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno – budowlanej, podczas gdy osoba ta uprawniona jest do pełnienia samodzielnej funkcji technicznej w budownictwie od 2021 roku, a zatem nie może posiadać 5 letniego doświadczenia w kierowaniu robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno- budowlanej, co jest czynem nieuczciwej konkurencji, bowiem wykonawca wprowadził w błąd Zamawiającego w celu uzyskania zamówienia, naruszając przy tym dobre obyczaje i zasady współżycia społecznego, co naraziło interes Odwołującego w tym postępowaniu, ale pośrednio i także w przyszłych postępowaniach,

6) zarzut ewentualny - art. 128 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia Strabag w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu co do kadry, a zatem co dysponowania kierownikiem posiadającym 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno- budowlanej.

Odnosnie oferty Budimex S.A.

1) art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bowiem z wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Budimex wynika, że zaoferował (wycenił) on rozwiązanie projektowe niezgodne z dokumentami zamówienia lub zaoferował on materiał niedopuszczony w budownictwie kubaturowym, a Zamawiający nie dopuścił do tego, aby wykonawcy oferowali materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym,

2) art.224 ust. 6 w zw. z art. 226 ust.1 pkt 8) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Budimex która zawiera rażąco niską cenę, co potwierdzają jednoznacznie wyjaśnienia Budimex w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż wynika z nich, że Budimex przewidział ulepszanie gruntów, jednakże nie uwzględnił zarówno sprzętu jak i materiałów niezbędnych do tego ulepszania.

Izba dokonała następujących ustaleń:

W zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1651/24 Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Nadto, stan faktyczny wynikający z treści odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska pisemnego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24 jak i stanowiska pisemnego BUDIMEX S.A. w sprawie o sygn. akt: KIO 1651/24. Dodatkowo, Izba przywołuje stanowisko (stan faktyczny) wynikające z pisma procesowego z 12.06.2024 r. SKANSKA S.A. (21 stron, z uwagi na obszerność uzasadnienia orzeczenia, Izba nie przytacza jego treści, wskazywanej na II terminie rozprawy). W zakresie zarzutów wspólnych dla odwołania o sygn. akt: KIO 1651/24, jak i o sygn. akt: KIO 1643/24, Izba przywołuje ustalenia poczynione w ramach odwołania o sygn. akt: KIO 1643/24. Podobnie, Izba przywołuje ustalenia poczynione w ramach odwołania o sygn. akt: KIO 1643/24, co do wyjaśnień z 05.04.2024 r. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.w zakresie ceny rażąco niskiej, w szczególności co do zastosowania (zaoferowania) w ramach przedstawionych wyliczeń spoiwa Bauweg (w ramach Załącznika nr 1 - Szczegółowa kalkulacja pozycji). Argumentacja i zarzuty odnośnie niedoszacowania poszczególnych pozycji (w ramach zarzutu drugiego od A do L) jest także oparta o Załącznik nr 1 - Szczegółowa kalkulacja pozycji załączony przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. do wyjaśnień 05.04.2024 r. Izba wskazuje także na wezwanie z 27.03.2024 r. skierowanego przez Zamawiającego do Budimex S.A. w zakresie ceny rażąco niskiej. Pełna treść wezwania przytoczona przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie powyżej. Nadto, na niniejsze wezwanie Budimex S.A. złożył wyjaśnienia z 05.04.2024 r. odnośnie ceny rażąco niskiej wraz z załącznikami (całość zastrzeżonej jako tajemnica przedsiębiorstwa „odtajnione w całości przez Zamawiającego 12.04.2024 r.”). Budimex S.A. załączył do nich m.in.: 1) Ofertę na materiały branży sanitarnej; 2) Ofertę na ogrodzenia; 3) Ofertę na furtkę bramę; 4) Ofertę na kruszywo; 5) Skrócony Projekt Technologiczny – schemat graficzny.

Dodatkowo, Izba wskazuje na STWIOR „Generalnie Zamawiający dopuszcza do stosowania jedynie materiały które dopuszczone są do stosowania w budownictwie kubaturowym a przeznaczone są dla pomieszczeń przeznaczonych na stały pobyt ludzi.” (w cz. I pkt 1.5.6 Wyroby i materiały szkodliwe dla otoczenia, D-M-00.00.00 część ogólna); „Uwaga: Ograniczenia materiałowe - Zamawiający nie dopuszcza aby w ramach prowadzonych prac stosowane były materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym - przeznaczonym na stały pobyt ludzi” (w cz. IV pkt 2.3, D-02.01.01 Wykonanie Wykopów); „Uwaga: Ograniczenia materiałowe - Zamawiający nie dopuszcza aby w ramach prowadzonych prac stosowane były materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym - przeznaczonym na stały pobyt ludzi” (w cz. V pkt 5, D-02.03.01 Wykonanie Nasypów). Z kolei, w projekcie wykonawczym (str. 7, Zał. 1A.2.4): „Ograniczenia materiałowe - Zamawiający nie dopuszcza aby w ramach robót wyrównawczych stosowane były materiały niedopuszczone do stosowania w budownictwie kubaturowym - przeznaczonym na stały pobyt ludzi”. Nadto, w cz. IV pkt: 2.2. D-02.01.01 Wykonanie Wykopów „Zasady wykorzystania gruntów z wykopów i dokopów. Grunty z wykopów i dokopów wykorzystane zostaną do wznoszenia nasypów. Grunty dopuszczone do budowy nasypów winny spełniać wymagania określone w PN-S-02205:1998, p. 2.8. Charakterystyka gruntów występujących obszarze inwestycji została określona w załączonych do Dokumentacji Projektowej dokumentacjach geotechnicznych. Wykonawca

składając ofertę winien założyć, że pozyskane grunty celem uzyskania w nasypach wymaganych parametrów powinny zostać ulepszone. Zamawiający nie precyzuje sposobu ulepszenia gruntu ani obligatoryjności jego wykonania - Wykonawca zgodnie z zapisami STWiORB D-M.00.00.00 "Wymagania ogólne" pkt. 1.5.2 opracuje recepty robocze ustalające technologię: • wbudowania gruntów rodzimych z wykopu (dokopu) w nasyp z ulepszeniem lub bez celem uzyskania dla każdej z warstw nasypu minimalnych parametrów: $E_2 \geq 60 \text{ MPa}$, $I_0 \leq 2,4$, $I_s \geq 0,97$. (...)” Podobnie, w cz. IV pkt: 2.3, D-02.01.01 Wykonanie Wykopów: „Zasady przygotowania podłoża budowli ziemnej. Po wykonaniu wykopów Wykonawca winien doprowadzić podłoże budowli ziemnej do parametrów wymaganych w Dokumentacji Projektowej. Charakterystyka gruntów występujących na obszarze inwestycji została określona w załączonych do Dokumentacji Projektowej dokumentacjach geotechnicznych. Wykonawca składając ofertę winien założyć, że podłoże budowli ziemnej celem uzyskania wymaganych parametrów powinno zostać ulepszone. Zamawiający nie precyzuje sposobu ulepszenia gruntu ani obligatoryjności jego wykonania - Wykonawca zgodnie z zapisami STWiORB D-M.00.00.00 "Wymagania ogólne" pkt. 1.5.2 opracuje recepty robocze ustalające technologię: • przygotowania podłoża gruntowego - wymagane minimalne parametry dla podłoża gruntowego to: $E_2 \geq 40 \text{ MPa}$, $I_0 \leq 2,4$. • przygotowania podłoża gruntowego - konstrukcja dna zbiornika retencyjnego - wymagane minimalne parametry dla podłoża gruntowego to: $E_2 \geq 80 \text{ MPa}$, $I_0 \leq 2,2$, $I_s \geq 1,00$. (...)”. W projekcie wykonawczym (str. 6, Zał. 1A.2.4): „Uwaga: Sposób doprowadzenia materiału do wymaganych parametrów - technologię prowadzenia prac ziemnych wymagany sprzęt, wymaganą ilość wody, środki i dodatki ulepszące określa Wykonawca. Zamawiający nie narzuca rozwiązań technologicznych - ewentualne użycie spoiw celem ulepszenia gruntów, wykonanie doziarnienia, itp. zabiegi jeżeli są konieczne do przeprowadzenia należy ująć w cenach jednostkowych. Zamawiający nie przewiduje oddzielnych dopłat za doprowadzenie gruntów do wymaganych parametrów przedstawionych w niniejszej dokumentacji projektowej.”

Istotny jest także pkt 5 WYKONANIE ROBÓT, tiret drugi /str. 26/ STWiOR D-02.03.01 Grunty o różnych właściwościach należy w budowywać w oddzielnych warstwach, o jednakowej grubości. Grunty spójne należy w budowywać w dolne i środkowe, a grunty niespójne w górne i skrajne warstwy korpusu nasypu”. Iżba powołuje się również na pkt 3.8 lit. c SWZ „c) Wykonawca w ramach swojej oferty powinien uwzględnić wszelkie niezbędne do wykonania Zamówienia materiały, sprzęty, transport i robociznę, nawet jeśli w sposób niejednoznaczny wynikają one bezpośrednio wprost z dokumentacji przetargowej. W przypadku niezbilansowania się mas ziemnych ewentualny: nadmiar gruntu nie nadający się do wykorzystania w ramach prowadzonych prac wyrównawczych winien zostać wywieziony i zutylizowany przez Oferenta na jego koszt, niedobór gruntu - brakującą ilość gruntu winien pozyskać z dokopu położonego w obszarze pokazanym na w dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 1. Koszt dokopu oferent winien uwzględnić w cenie ofertowej.”

Iżba przywołuje także odpowiedzi na pytanie 8, 9, 10 i 12 - odpowiedzi z 06.03.2024 r. nr 8: „(...) 8. W pozycji przedmiaru II.15 "Wykonanie wykopów przygotowanie podłoża gruntowego pod wykonywanie nasypów. Wymagane parametry: $E_2 \geq 40 \text{ MPa}$, $I_0 \leq 2,4$." mowa jest o przygotowaniu podłoża pod wykonanie nasypów natomiast zgodnie z zapisami w dokumentacji wymaga się także doprowadzenie podłoża w wykopach do parametrów $E_2 \geq 40 \text{ MPa}$, $I_0 \leq 2,4$, proszę o potwierdzenia czy podana ilość robót w pozycji uwzględni także podłoża w wykopach ? 9. Dla robót ziemnych w strefie wykopowej wg. zapisów dokumentacji wymaga się parametrów $E_2 \geq 60 \text{ MPa}$, $I_0 \leq 2,4$ w dwóch warstwach miąższości 0,4m, tym samym łącznie warstwy w wymaganych parametrach oczekuje się w miąższości 0,8m od KRZ (korony robót ziemnych). W celu osiągnięcia takich parametrów należałoby przegłębić obszary wykopowe o 0,8m i doprowadzić podłoże gruntowe (poprzez ulepszenie) do parametrów $E_2 \geq 40 \text{ MPa}$, $I_0 \leq 2,4$, a następnie ponownie w budowywać odspójone warstwy 0,8m z doprowadzeniem (ulepszeniem) do oczekiwanych parametrów $E_2 \geq 60 \text{ MPa}$, $I_0 \leq 2,4$ w w budowywanych warstwach 0,4m. Proszę o potwierdzenie, że ilości robót zawarte w pozycjach przedmiaru robót ziemnych II.13 uwzględniają przytoczone działania ? 10. W związku z koniecznością prowadzenia prac ziemnych dla zbiornika retencyjnego poniżej zwierciadła wód gruntowych wnosimy o dodanie pozycji przedmiarowej dotyczącej czasowego obniżenia wody gruntowej w okresie budowy zbiornika retencyjnego. (...) 12. W związku z warunkami gruntowymi oraz wymaganiami dla warstw w budowywanych pod platformę makroniwelacji konieczne będzie wykonanie ulepszenia dla każdej warstwy nasypowej w związku z czym prosimy o dodanie pozycji przedmiarowej związanej z ulepszeniem każdej z warstw nasypowych w odniesieniu do ilości z poz. II.13 i II.14 przedmiaru. (...) Ad 8. Zamawiający potwierdza, że Wykonawca kalkulując ofertę winien uwzględnić podłoże gruntowe zarówno dla części nasypowej jak i wykopowej. Ad 9. Zamawiający potwierdza, że Wykonawca kalkulując ofertę winien uwzględnić wykonanie takich robót budowlanych. Wielkość wymaganych robót określa Wykonawca kalkulując cenę oferty dla Zamawiającego. Ad 10. Wykonanie w/w prac należy uwzględnić w cenach jednostkowych stanowiących składniki oferty. (...) Ad 12. Wykonanie w/w prac wynika z projektu technologii którego opracowanie jest zadaniem Wykonawcy. Koszt wykonani prac należy uwzględnić w cenach jednostkowych stanowiących składniki oferty. (...)”

Do pozostałych kwestii Iżba odniesie się w ramach poszczególnych zarzutów.

Zamawiający w ramach odpowiedzi na odwołanie o sygn. akt: KIO 1651/24 uwzględnił zarzut ewentualny - art. 128 ust.1 ustawy Pzp zaniechania wezwania do uzupełnienia Strabag w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu co do kadry, a zatem co dysponowania kierownikiem posiadającym 5-letnie doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi w branży konstrukcyjno - budowlanej. Odnosnie przedmiotowego zarzutu Przystępujący STRABAG

Infrastruktura Południe Sp. z o.o. nie wniósł sprzeciwu na posiedzeniu, co skutkowało umorzeniem postępowania odwoławczego w zakresie przedmiotowego zarzutu (zarzut szósty).

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

Odnosnie oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.

Względem pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za zasadny.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Zamawiający w pkt 3.6 SWZ określił, że: „Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określa Dokumentacja techniczna, na którą składa się: Dokumentacja projektowa, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, a także Przedmiar robót.” W ramach STWIOR Zamawiający zawarł ograniczenia materiałowe (w cz. I pkt 1.5.6 D-M-00.00.00 część ogólna, w cz. IV pkt 2.3 D-02.01.01 Wykonanie Wykopów, w cz. V pkt 5 D-02.03.01 Wykonanie Nasypów) podobnie ograniczenie znajduje się w projekcie wykonawczym (str. 7: „do robót wyrównawczych” Zał. 1A.2.4). W konsekwencji Izba uznała, że ograniczenie materiałowe, zgodnie z którym Zamawiający nie dopuszcza aby w ramach prowadzonych prac stosowane były materiały niedopuszczane do stosowania w budownictwie kubaturowym – przeznaczonym na stały pobyt ludzi ma charakter wiążący dla wszystkich uczestników postępowania. Izba uznała także, że ograniczenie ma charakter generalny i nie jest zasadne jego ograniczenie wyłącznie do robót wyrównawczych, odnosi się bowiem, do wszystkich prac. W tym zakresie, Izba wskazuje, że ograniczenie znajduje się w STWIOR, tak w części ogólnej (ma charakter generalny), jak i w części dotyczącej Wykonania Wykopów i Nasypów. Tak, czy inaczej ograniczenie zostało wyraźnie wyartykułowane przez Zamawiającego w kilku miejscach i jest jak Izba wcześniej wskazywała wiążące.

W dalszej kolejności, Izba wskazuje, że w jej ocenie wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej mogą być podstawą do oceny, czy dany element przedmiotu zamówienia został zaoferowany przez Wykonawcę, czy też nie. Niewątpliwie w ramach tych wyjaśnień STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. zaoferował produkt, spoiwo Bauweg. Jego wskazanie w ocenie Izby, nie miało charakteru przykładowego. Zgodnie bowiem z zał. nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. zaoferował i ujął w swojej ofercie spoiwo Bauweg dla poz. I. 6, I.7, II.13, II. 14, II.15 i III.11. Istotne jest także, że dla poz. I. 6, I.7, II.13, II. 14, II. 15 to Bauweg PSD 2,5 +P, a dla poz. III.11 Bauweg PSD 5+. Izba wskazuje, że oświadczenie producenta z 12.06.2024 r. złożone przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. na rozprawie dotyczy Bauweg PSD 5+, 12,5, 12,5+, 22,5 czy też Spoiwa Cement Bauweg 32, 5, nie obejmuje, zaś przewidzianego do użycia przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w większości pozycji Bauweg PSD 2,5 +P. W konsekwencji Izba uznała, że STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. nie przedstawił kontrdowodu na okoliczność tego, że zaoferowane (przewidziane do użycia, w toku realizacji zamówienia) spoiwa dopuszczone są do stosowania w budownictwie kubaturowym – przeznaczonym na stały pobyt ludzi. Przynajmniej w zakresie, w którym zamierza zastosować Bauweg PSD 2,5 +P. Izba wskazuje, że Odwołujący SKANSKA S.A. przedstawił wraz z opinią Sidir z 03.06.2024 r. Krajową Ocenę Techniczną nr IBDiM-KOT-202010547 z 13.08.2020 r. (generalnie: na Spoiwo hydrauliczne do mieszanek stosowanych na podbudowy oraz do stabilizacji podłoża, o nazwie handlowej „Spoiwo Cement Bauweg; Spoiwo Bauweg PSD”), Krajową Deklarację Właściwości Użytkowych nr 6/2020/PDS 12,5 z 07.01.2012 r. (do Bauweg PSD 12,5) oraz Karta Charakterystyki z 01.12.2022 r. dla wyrobu „Spoiwo drogowe Bauweg PSD 5 hydro, PSD 12,5 hydro i PSD 22,5 hydro (do Bauweg PSD 5 hydro, PSD 12,5 hydro i PSD 22,5 hydro). W tym zakresie przesądzającą jest Krajową Ocenę Techniczną nr IBDiM-KOT-202010547 z 13.08.2020 r., która odnosi się generalnie na Spoiwo hydrauliczne do mieszanek stosowanych na podbudowy oraz do stabilizacji podłoża, o nazwie handlowej „Spoiwo Cement Bauweg; Spoiwo Bauweg PSD”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

Odnosnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w zakresie spoiwa (A.). Izba wskazuje, że nie można uznać zarzutu w tym zakresie. Po pierwsze technologia użyta przez danych Wykonawców była w ich gestii (okoliczność bezsporna wynika chociażby z odpowiedzi na pytanie 12 – odpowiedzi z 06.03.2024 r. nr 8). Izba uwzględniła co prawda zarzut, co do użycia nieprawidłowego spoiwa Bauweg, ale brak jest podstaw do założenia że w wypadku użycia zamiast spoiwa Bauweg spoiwa cement należy przyjąć, jak uczynił to Odwołujący takiej samej ilości spoiwa, jak założył STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. dla Bauwegu ponad 43 tys. ton. Należy zauważyć, że ilość użytego cementu byłaby inna w konsekwencji nie można miarodajnie uznać, że jest to niedoszacowanie rzędu ponad 17 mln zł., jak twierdził Odwołujący w odwołaniu i na rozprawie. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. założył na spoiwie koszt rzędu ponad 3 mln. zł i jak przedstawił w swoim stanowisku procesowym (str. 9), co potwierdził na rozprawie: „(...) wielkości cementu, które zastosowałby przystępujący, gdyby była konieczność użycia tego spoiwa (...)”. Inaczej mówiąc STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. dobrałby odpowiednią ilość spoiwa. Odwołujący nie udowodnił, iż takie dawkowanie cementu, jakie zaproponował STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. (złożył dowód, że jest - Wydruk z folderu firmy WIRTGEN Group) w swoim piśmie procesowym jest niemożliwe. Jednocześnie,

STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. zaprzeczył na rozprawie, że ilość spoiwa byłaby 1:1 taka jak ilość powierzchni przewidziana w poz. II.13-II.15. Izba odnosi się tylko do tego zarzutu, abstrahując od stanowiska z rozprawy (które uznaje za przyjęte przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. na potrzeby rozprawy), że w ogóle nie będzie stosował spoiwa. Należy także zauważyć, że Odwołujący założył wymienienie całej powierzchni zastąpienie jej cementem (zmieszanie). Inny Wykonawca, tj. Budimex S.A. dokonał innych założeń (uznał, że wystarczy ulepszenie jedynie 11% powierzchni, oparł się na pkt 5 tiret drugi /str. 26/ STWiOR D-02.03.01). Nadto, Zamawiający nie narzucał konkretnej ilości gruntu, ani nie wskazał wymaganego spoiwa w specjalnej proporcji w stosunku do nasypu (odpowiedź na pytanie 9 – odpowiedzi z 06.03.2024 r. nr 8): „Dla robót ziemnych w strefie wykopowej wg. zapisów dokumentacji wymaga się parametrów $E2 \geq 60 \text{ MPa}$, $l_0 \leq 2,4$ w dwóch warstwach miąższości 0,4m, tym samym łącznie warstwy w wymaganych parametrach oczekuje się miąższości 0,8m od KRZ (korony robót ziemnych). W celu osiągnięcia takich parametrów należałoby przegłębić obszary wykopowe o 0,8m i doprowadzić podłoże gruntowe (poprzez ulepszenie) do parametrów $E2 \geq 40 \text{ MPa}$, $l_0 \leq 2,4$, a następnie ponownie wbudować odspojone warstwy 0,8m z doprowadzeniem (ulepszeniem) do oczekiwanych parametrów $E2 \geq 60 \text{ MPa}$, $l_0 \leq 2,4$ w wbudowywanych warstwach 0,4m. Proszę o potwierdzenie, że ilości robót zawarte w pozycjach przedmiaru robót ziemnych II.13 uwzględniają przytoczone działania ?

Ad 9. Zamawiający potwierdza, że Wykonawca kalkulując ofertę winien uwzględnić wykonanie takich robót budowlanych. Wielkość wymaganych robót określa Wykonawca kalkulując cenę oferty dla Zamawiającego. Dodatkowo, odpowiedź na pytanie 12 - odpowiedzi z 06.03.2024 r. nr 8: „W związku z warunkami gruntowymi oraz wymaganiami dla warstw wbudowywanych pod platformę makroniwelacji konieczne będzie wykonanie ulepszenia dla każdej warstwy nasypowej w związku z czym prosimy o dodanie pozycji przedmiarowej związanej z ulepszeniem każdej z warstw nasypowych w odniesieniu do ilości z poz. II.13 i II.14 przedmiaru. Ad 12. Wykonanie ww prac wynika z projektu technologii którego opracowanie jest zadaniem Wykonawcy. Koszt wykonania prac należy uwzględnić w cenach jednostkowych stanowiących składniki oferty.”

W konsekwencji każdy z Wykonawców mógł przyjąć odmienną metodologię wyliczenia ceny spoiwa w poz. II.13-II.15, III.11.

Dodatkowo powołanie się przez Odwołującego na kosztorys inwestorski Zamawiającego w tym zakresie jest irrelevantne biorąc pod uwagę, że Zamawiający musiał przyjąć maksymalne ilości prac z naddatkiem.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w zakresie zasypki i zagęszczenia gruntu po likwidacji sieci (B.). /Lp.3. (I.2); Lp. 4 (I.3); Lp. 6 (I.5)/. W tym zakresie biorąc pod uwagę stanowiska przedstawione podczas rozprawy. Izba uznała, że we wskazanych pozycjach brak jest ujęcia przywołanej na rozprawie zagęszczarki i kosztów z tym związanych (załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji do wyjaśnień z 05.04.2024 r.). Należy więc przyjąć niedoszacowanie w tych pozycjach. Jednakże nie ma to znaczenia z punktu widzenia całej zaoferowanej ceny.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w zakresie obsiewu mechanicznego (C.). /Lp. 20 (II.2); Lp. 22 (II.4)/. W tym wypadku obsiew mechaniczny został ujęty w założeniach kalkulacyjnych dla spornych pozycji. Nadto, została wskazana w kosztach tak koparka, jak i spycharka (załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji do wyjaśnień z 05.04.2024 r.). Odwołujący nie wykazał niedoszacowania w spornych pozycjach w tym zakresie.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w zakresie profilowania i przepchnięcia materiałów (D.). /Lp. 21 (II.3)/. W tym wypadku w założeniach kalkulacyjnych jest ujęte wyprofilowanie oraz przepchnięcie (załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji do wyjaśnień z 05.04.2024 r.). Nadto, biorąc pod uwagę zaoferowaną cenę przez podwykonawców należy uznać, że zaoferowana cena jest realna. W ramach ofert podwykonawców (załącznik nr 4 do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej – Lp. 4-7) zostały ujęte koszty sprzętu tak koparki, jak i spycharki. Odwołujący nie wykazał niedoszacowania w spornej pozycji w tym zakresie.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w zakresie kosztów związanych z zakupem i dostawą piasku (E.). /Lp. 25 (II.6); Lp. 26 (II.7)/. W tym wypadku, była wykazywana koparka (stanowisko więc STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. nie jest gołosłowne /załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji do wyjaśnień z 05.04.2024 r./), więc koszty na zastosowanie piasku z dokopu zostały uwzględnione w spornych pozycjach. Nadto, pkt 3.8 lit. c SWZ potwierdzał możliwość uzyskania brakującej ilości z dokopu. Odwołujący nie wykazał niedoszacowania w spornych pozycjach w tym zakresie.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w zakresie kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału podkładowego pod rurę (F.). /Lp. 28 (II.8)/. W tym wypadku, STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. powołuje się na ofertę podwykonawcy (załącznik nr 4 do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej – Lp.12). Z oferty podwykonawcy wynika dla poz. II.8 taki sam opis jak z przedmiaru - tabela ofertowa załączonego do oferty. Nie wynika jednakże z niego ujęcie kosztów użycia podkładów betonowych, czy też profilu podłużnego. Piasek z dokopu został wskazany (koszt), biorąc pod uwagę wykazaną koparkę (załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji do wyjaśnień z 05.04.2024 r.) i postanowienia z pkt 3.8 lit. c SWZ. Generalnie brakujący

koszt nie ma znaczenia z punktu widzenia całej ceny.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o w zakresie kosztów związanych z obniżeniem poziomu zwierciadła wód gruntowych (G.) /Lp. 52 (III.10)/. W tym wypadku, STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. nie ujął tych kosztów, gdyż co do wystąpienia wód gruntowych uznał, że nie ma takiego niebezpieczeństwa, mimo że takie zastrzeżenie było wyraźnie wyrażone w przedmiarze – tabela ofertowa dla tej pozycji otrzymanym przez Wykonawców od Zamawiającego (Nadto, Izba wskazuje na odpowiedź na pytanie 10 -odpowiedzi z 06.03.2024 r. nr 8). Utylizacja gruntu została ujęta w innej pozycji /Lp 8 (I.7) - załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji do wyjaśnień z 05.04.2024 r./ Potwierdzone niedoszacowanie nie ma jednak znaczenia z punktu widzenia całej zaoferowanej ceny.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o w zakresie kosztów związanych z dostawą piasku dla warstwy zabezpieczającej (H.) /Lp. 55 (III.12)/. W tym wypadku, biorąc pod uwagę wykazaną koparkę (jej koszt) /załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji do wyjaśnień z 05.04.2024 r./, jak i pkt 3.8 lit. c SWZ należy uznać, że nie ma w tym zakresie niedoszacowania.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o w zakresie kalkulacji kosztów związanych z dostawą brakującej warstwy geowłókniny (I.) /Lp. L.56 (III.13)/. W tym wypadku, biorąc pod uwagę kompleksowy charakter oferty podwykonawcy (załącznik nr 4 do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej – Lp.12 „obejmuje też wprost brakującą geowłókninę) /cena niższa niż wynikająca dla tej pozycji z zał. 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji/, przedmiary – tabela ofertowa załączone do oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. należy uznać, że koszt geowłókniny został ujęty. Odwołujący nie wykazał niedoszacowania w spornej pozycji w tym zakresie.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o w zakresie kosztów związanych z rozłożeniem balastu z kruszywa (J i K) /Lp. 60 (III.17), Lp. 61 (III.18)/. W tym wypadku Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał niedoszacowania z racji użycia (wykazania kosztów) bez spycharki /załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji do wyjaśnień z 05.04.2024 r./ . Strony przedstawiły przeciwne stanowiska, co do konieczności lub jego braku użycia spycharki.

Odnośnie niedoszacowania ceny oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o w zakresie kosztów związanych z zakupem i dostawą materiału podsypki, obsypki i nadsypki piaszkowe (L.) /Lp. 68 (III.24), Lp. 69 (III.25)/. W tym wypadku stanowisko STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. nie jest gołosłowne, jest bowiem oparte na kosztach użytej koparki /załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji do wyjaśnień z 05.04.2024 r./ i postanowieniach z pkt 3.8 lit. c SWZ (odnośnie piasku z dokopu).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem trzeciego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W zakresie przedmiotowe zarzutu dotyczącego terminu zaoferowanego w zakresie II etapu w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji, Izba oddając zarzut przywołuje odpowiednio z uwzględnieniem istniejących różnic argumentację zasadniczą przedstawioną w ramach uzasadnienia dla zarzutu czwartego (analogiczny jak w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1651/24) i piątego w odwołaniu o sygn. akt: KIO 1643/24.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem czwartego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W tym zakresie Izba podkreśla, że Zamawiający nie oczekiwał złożenia wraz z ofertą harmonogramu wykonania prac, przyznanie punktów w kryterium opierało się na oświadczeniu Wykonawcy złożonym w ofercie w zakresie zadeklarowanego terminu dla II etapu. Nadto, Zamawiający wzywając 27.03.2024 r. STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w zakresie zaoferowanego terminu, oczekiwał potwierdzenia zadeklarowanego terminu, w szczególności w zakresie terminu wykonania II etapu. W tym wypadku również nie oczekiwał złożenia harmonogramu wykonania prac. Izba uznała, że dodatkowe wzywanie do wyjaśnień wobec oddalenia zarzutu głównego jest bezprzedmiotowe i prowadziłoby do zbędnego przedłużenia postępowania w tym zakresie i sprowadzałoby się do złożenia przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., tych samych załączników, które zostały przedstawione w toku postępowania odwoławczego (także w zakresie odwołania o sygn. akt: KIO 1651/24). Izba wzięła także pod uwagę, że podstawą tak odwołania także o sygn. akt: KIO 1651/24, jaki stanowiska procesowego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. i złożonych załączników były wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej, w szczególności załącznik nr 1 – szczegółowa kalkulacja pozycji, co także uwiarygadnia zaoferowany termin dla II etapu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem piątego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W zakresie przedmiotowe zarzutu dotyczącego doświadczenia Pani R.S. podtrzymuje i przywołuje argumentację przedstawioną w ramach zarzutu pierwszego odwołania o sygn. akt: KIO 1643/24.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odniesienie oferty Budimex S.A.

Względem pierwszego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności, Izba stwierdza, że uznaje, tak jak wskazywała w zakresie zarzutu dotyczącego STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wiążący charakter ograniczenia materiałowego. Jednakże, w ocenie Izby sytuacja Budimex S.A. jest odmienna, Budimex S.A. przedstawił w toku rozprawy oświadczenie z 05.06.2024 r. producenta spoiwa TEFRA firmy Ekotech Trade Sp. z o.o. Zgodnie z którym: „*Działając w imieniu Ekotech Trade Sp. z o.o., oświadczam, że produkowany w naszym zakładzie produkcyjnym spoiwa TEFRA, użyte zgodnie z przeznaczeniem, można stosować w budownictwie kubaturowym przeznaczonym na stały pobyt ludzi*”. W konsekwencji złożonego oświadczenia, które generalnie odnosi się do spoiwa TEFRA w l.mn., Izba przychyliła się do stanowiska Budimexu S.A., że dotyczy one całej gamy produktów TEFRA, co daje podstawę do uznania, że wszystkie spoiwa TEFRA są dopuszczone do użytku w budownictwie kubaturowym. W efekcie Budimex S.A. przedstawił kotrdowód wobec wydruków ze stron internetowych Ekotech Trade Sp. z o.o. załączonych przez Odwołującego do pisma procesowego z 12.06.2024 r. Odwołujący, zaś skutecznie nie obalił przedłożonego przez Budmiox S.A. oświadczenia producenta. Oświadczenie producenta stanowi przejaw wiedzy osoby, która je złożyła, a nie jest to oświadczenie woli. Aby skutecznie podważyć wiarygodność przedmiotowego oświadczenia (oświadczenia wiedzy w formule dokumentu prywatnego) wymagane jest przeprowadzenie kotrdowodu – na przykład na okoliczność, że osoba, która podpisała dokument nie miała, bądź nie mogła mieć, wiedzy na określony temat, bądź że w rzeczywistości zdarzenia miały inny obrót niż ten, który został udokumentowany. Przy tym ciężar obalenia rzetelności oświadczenia Przystępującego Budmiox S.A. rozłożony jest według reguł ogólnych, a zatem spoczywa na tym, kto wywodzi z tego skutki procesowe, a więc na Odwołującym (podobnie w wyroku KIO 2686/19 z 22.01.2020 r.). Izba dodatkowo wskazuje, że oświadczenie producenta nie stanowi oświadczenia woli tylko oświadczenie wiedzy. Oświadczenie woli należy odróżnić od oświadczenia wiedzy, które nie są wyrażeniem woli powołania, zmiany lub zakończenia stosunku cywilnoprawnego (tak Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z 09.02.2017 r., sygn. akt: VAca 374/16).

W dalszej kolejności, Izba także uznaje stanowisko Budimex S.A. z rozprawy, że stwierdzenia z wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej złożonych przez Budimex S.A. miały charakter ogólny dotyczący cementu lub popiołu nie precyzując konkretnego typu jednego lub drugiego spoiwa. Taki stan rzeczy był efektem takiego, a nie innego wezwania do wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej wystosowanego przez Zamawiającego (w zakresie wyrównania terenów Zamawiający ograniczył się do wymagania wykazania kosztów robocizny, brak było obowiązku prezentacji w oparciu o schemat „materiał, sprzęt”). W konsekwencji nie można wyciągać negatywnych konsekwencji względem Budimex S.A., z uwagi na tą okoliczność. Budimex S.A. sprecyzował swoje oświadczenie odnośnie cementy i popiołu dopiero w piśmie procesowym w odpowiedzi na zarzuty odwołania. Wskazał odnośnie tego ostatniego, że zamierza wykorzystać spoiwa popiołowe TEFRA 15. W konsekwencji powyższego, Izba uznała, że Budimex S.A. nie zmienił swojego stanowiska wyrażonego w wyjaśnieniach odnośnie ceny rażąco niskiej, które miało charakter ogólny i zostało doprecyzowane niejako w odpowiedzi na zrzuty odwołania. W efekcie złożonego na rozprawie oświadczenia producenta, które odnosi się do wszystkich produktów TEFRA, Budimex S.A. wykazał, że także TEFRA 15 może być stosowana w budownictwie kubaturowym przeznaczonym na stały pobyt ludzi.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Względem drugiego zarzutu, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej Budimex S.A. były odpowiedzią na wezwanie Zamawiającego. Wezwanie zawierało część ogólną i szczegółową. W części szczegółowej nie było odniesienia do ulepszenia gruntu i do przedstawienia szczegółowego szacunku w tym zakresie. Po drugie, zarzut sensu stricte odnosi się do braku oszacowania kosztów spoiwa oraz recyklera i siewnika. W tym zakresie, należy wskazać, że wezwanie wprost nie wskazywało wyjaśnienia w tym zakresie, mimo to Budimex S.A. zawarł informacje co do użytego spoiwa i ich wkalkulowania w zaoferowaną cenę. Zakładał użycie spoiwa cementu, a popiół odnosił się jedynie do ewentualnego, alternatywnego wykorzystania spoiwa TEFRA. Budimex S.A. może użyć jednego lub drugiego. Nie było w tym oświadczeniu żadnej alternatywy rozłącznej. W zakresie recyklera i siewnika Budimex S.A. przedstawił stosowne wyjaśnienia w piśmie procesowym złożonym w odpowiedzi na zarzuty odwołania, co do których nie był wprost wzywany przez Zamawiającego. Izba stoi na stanowisku, że tak jak przyznał Odwołujący Zamawiający pozostawił Wykonawcom wybór technologii jaką zastosują, żeby osiągnąć wymagane parametry /projekt wykonawczy (str. 6, Zał. 1A.2.4, czy też odpowiedzi na pytanie 12 – odpowiedzi z 06.03.2024 r. nr 8/. Nie określił czy grunt trzeba ulepszać, jakiego rodzaju spoiwa należy użyć, celowości ich użycia, recepturę należało także przedstawić w ramach projektu technologicznego. Budimex S.A. dokonał innych założeń niż Odwołujący, co było w kontekście dokumentacji technicznej i udzielanych odpowiedzi na pytania dopuszczalne. Odwołujący założył 100 % powierzchni do ulepszenia, Budimex S.A. jedynie 11 %. Budimex S.A. wskazał, że kierował się pkt 5 tiret drugi (str. 26) STWIOR D-02.03.01z którego wynika wbudowywanie warstwami (zakaz mieszania). W konsekwencji wyliczenia przedstawione w piśmie procesowym z 12.06.2024 r. przez SKANSKA S.A. są niemiernodajne, podobnie zestawienie wskazane w tym piśmie i złożone na rozprawie. Budimex S.A. także wykazał, przedstawił dowód zestawienie, że w ramach wykazanej w wyjaśnieniach w zakresie ceny rażąco niskiej wskazanej w

piśmie procesowym /Tabela nr 2 - w wierszu *Summaryczne zestawienie kosztów dla prac grupy II: Wyrównanie terenu - (koszty bezpośrednie, wartość M)*/, wartości 2 537 415, 68 znajduje się nie tylko koszt spoiwa (1700.000,-), ale także pozostałych materiałów (800.000,-). Odnośnie kwestii recyklera i siewnika Budimex S.A. przedstawił wyjaśnienia w ramach swojego pisma procesowego i na rozprawie, wskazał, że ujął wymagany koszt z tym związany w ramach wyrównania terenu (Lp.3 usługi zewnętrzne, 3.1 beczki wodne – nasypy (480.000,-) /cenę 1, 45 za m²/), gdzie ujął koszty związane z usługą zewnętrzną podwykonawcy (przedstawił ofertę podwykonawcy /JMLK Sp. z o.o. – załącznik nr 4 do pisma procesowego Budimex S.A.) /Tabela 1 – Ad. 1 wyjaśnienia w zakresie ceny rażąco niskiej/, w tym koszt sprzętu. Wyjaśnił, że w ramach kosztów związanych z ulepszeniem gruntu zawarta będzie usługa wykonana przez podmiot zewnętrzny (podwykonawcę). W związku z tym nie wskazał wprost w tabeli konkretnego sprzętu (gdyż nie dysponuje nim bezpośrednio). Podobnie, jak Izba już wskazywała, nie można przyjąć negatywnych konsekwencji wobec Budimex S.A., jak oczekuje Odwołujący z racji tego, że koszt recyklera i siewnika został wskazany w piśmie procesowym w odpowiedzi na zarzuty odwołania i nie był szczegółowo opisany w wyjaśnieniach odnośnie ceny rażąco niskiej, choć ma ostateczne oparcie w tych wyjaśnieniach i przedstawionej tabeli. Wezwanie do wyjaśnień, jak Izba już podnosiła nie odnosiło się wprost do ulepszenia gruntu i do przedstawienia szczegółowego szacunku w tym zakresie (brak było obowiązku prezentacji w oparciu o schemat „materiał, sprzęt”). Biorąc pod uwagę wezwanie, w pozostałym zakresie niż wprost wskazany Budimex S.A. miał dowolność w przedstawieniu wyjaśnień. W konsekwencji oceniając okoliczności niniejszej sprawy, należy zauważyć, że udzielając wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej Budimex S.A. podał informację, których Zamawiający wprost żądał w wezwaniu. Nawet jeśli ich treść nie pozwoliła na rozwianie wszystkich wątpliwości Zamawiającego, co do realności ceny Budimex S.A. to jest to z pewnością treść wystarczająca do tego, aby uznać, że dopuszczalne jest wezwanie Wykonawcy do złożenia ewentualnych ponownych wyjaśnień. Przy czym, w tym stanie faktycznym nie było takiego zarzutu. Tak czy inaczej, nie ma natomiast podstaw do stwierdzenia, że Budimex S.A. nie udzielił wyjaśnień w zakresie ceny rażąco niskiej lub że dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Podobnie w wyroku KIO z 26.11.2021 r., sygn. akt: KIO 3242/21. Argumentacja SKANSKA S.A. z pisma procesowego z 12.06.2024 r., jak i przedstawiona na rozprawie (na II terminie) nie zmienia stanowiska Izby w tym zakresie, tym bardziej, że w pozycji dotyczącej beczek wodnych są również nasypy, a cena sprzętu podwykonawcy podana w odwołaniu przez Odwołującego to 1, 80 za m², a cena podana przez Budimex S.A. to 1, 45 za m².

Jednocześnie, podczas rozprawy i w piśmie procesowym złożonym na rozprawie Odwołujący rozszerzył zakres zarzut do generalnie nie obalenia domniemania ceny rażąco niskiej. W ocenie Izby, odwołanie mimo, że zawierało część ogólną to sensu stricto dotyczyło nie skalkulowania kosztów spoiwa oraz recyklera i siewnika.

W konsekwencji przedstawionej argumentacji Izba przychyliła się do stanowiska Budimex S.A., że ten Przystępujący „(...) oszacował koszty ulepszenia gruntu (w tym sprzęt, materiał i roboty z tym związane) tylko w odmienny sposób niż zrobił to Odwołujący (...). (...) koszty te zostały uwzględnione, co wynika też bezspornie z treści wyjaśnień ceny złożonych przez Budimex, a Zamawiający nie wymagał przedstawienia szczegółowej kalkulacji (kosztów/cen jednostkowych) w tym zakresie (...)”.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W konsekwencji uwzględnienia zarzutu dotyczącego zaoferowanego przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. spoiwa, tj. materiału niedopuszczonego w budownictwie kubaturowym, uwzględnieniu podlega zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 252 ust. 1 Pzp, który ma charakter wynikowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba częściowo uwzględniła odwołanie o sygn. akt: KIO 1651/24 w zakresie wskazanym powyżej na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp, strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W sprawie o sygn. akt: KIO 1643/24 odwołanie okazało się niezasadne w całości. Odwołanie podlegało rozpoznaniu

częściowo w wyniku wniesienia sprzeciwu przez STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o., w pozostałym zakresie zarzuty zostały oddalone przez Zamawiającego. Izba zasądziła zwrot kosztów postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu noclegu i opłaty skarbowej na rzecz Zamawiającego proporcjonalnie do odpartych zarzutów.

Odwolaniem objęto 7 zarzutów dotyczących oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. Zamawiający uwzględnił odwołanie w zakresie 1 zarzutu, w pozostałej zaś części wniósł o oddalenie odwołania (6 zarzutów) i bronił własnej decyzji podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Mając na uwadze, iż Izba oddaliła odwołanie w całości, należy stwierdzić, że Zamawiający w części, w jakiej uwzględnił zarzuty, tj. w stosunku 1/7, był stroną przegrywającą, natomiast wygrał postępowanie odwoławcze w stosunku 6/7. Tym samym Izba zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu noclegu i opłaty skarbowej ograniczyła należne Zamawiającemu koszty do wysokości 6/7 wnioskowanej kwoty (tj. kwoty 5 234, 40 zł, stanowiącej 6/7 z 6 106,80 zł). Na kwotę 6 106, 80 zł składało się wynagrodzenie pełnomocnika 3.600,-, dojazd samochodem na I termin (kilometrówka 979,80), nocleg na I termin (1459,00) i opłata skarbowa od pełnomocnictwa dla I terminu (68,00).

STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wniósł sprzeciw, lecz nie złożył rachunku.

Stosownie bowiem do przepisu § 8 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), *w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz: zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w części, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1643/24 orzeczo stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 3 i zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020 r. poz. 2437).

W sprawie KIO 1651/ 24 odwołanie okazało się zasadne w części odnośnie oferty STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o. w pozostałym zakresie podlegało oddaleniu. Jednakże, Izba odstąpiła od stosunkowego rozdzielenia kosztów w oparciu o § 7 ust. 5 wskazanego wyżej rozporządzenia. Uznając, że przemawia za tym rodzaj uwzględnionego zarzutu, jego waga, jak i sytuacja procesowa, która zaistniała w przedmiotowym postępowaniu. Przede wszystkim uwzględniony zarzut Odwołującemu daje szansę na osiągnięcie celu wynikającego z wniesionego odwołania i przybliża go do uzyskania zamówienia. Istnieje także konieczność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z 30.04.2024 r. i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiającemu odrzuci ofertę STRABAG Infrastruktura Południe Sp. z o.o.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 1651/24 orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp 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, działając na podstawie art. 556 Pzp, wydała w sprawach sygn. akt: KIO 1643/24, sygn. akt: KIO 1651/24 orzeczenie łączne i orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący:.....

.....
.....