

Sygn. akt: KIO 4804/24

WYROK

Warszawa, dnia 16.01.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Emil Kuriata

Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 19 grudnia 2024 r. przez wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE „HYDROBUD” ADAM DZIK Spółka z o.o. z siedzibą w Ustroniu Morskim, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie

uczestnicy po stronie zamawiającego:

A.Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku

B.NDI S.A. z siedzibą w Sopocie

C.PORR S.A. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3. Zasądza od odwołującego PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE „HYDROBUD” ADAM DZIK Sp o.o. z siedzibą w Ustroniu Morskim na rzecz zamawiającego Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

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 4804/24

Uzasadnienie

Dyrektor Urzędu Morskiego w Szczecinie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej jako: „ustawa Pzp”, którego przedmiotem jest Wykonanie robót budowlanych dotyczących inwestycji pn. „Przebudowa falochronów w Porcie Darłowo wraz z poprawą warunków falowania wewnątrz basenu poprzez budowę nowych obiektów hydrotechnicznych” w ramach Krajowego Planu Odbudowy i Zwiększania Odporności (KPO).

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 08.08.2024 r., pod numerem 478880-2024.

W dniu 19 grudnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO HANDLOWO-USŁUGOWE „HYDROBUD” ADAM DZIK Spółka z o.o. z siedzibą w Ustroniu Morskim, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp oraz treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp – przez wybór oferty najkorzystniejszej, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, gdyż została wybrana przez Zamawiającego na skutek bezpodstawnego uznania, że wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. skalkulował cenę na rynkowym poziomie i na skutek zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy Pzp;
- 2.art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z treścią art. 224 ust. 6 ustawy Pzp przez bezpodstawne uznanie złożonych wyjaśnień, ich nieprawidłową ocenę z uwagi na to, że wyjaśnienia te potwierdzają, iż wykonawcy zaoferowali świadczenia za cenę rażąco niską, w tym bezpodstawne uznanie przez Zamawiającego, że oferty wykonawców Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o., NDI S.A. oraz PORR S.A. zostały skalkulowane r poziomie rynkowym umożliwiającym należyłą realizację przedmiotu zamówienia;
- 3.art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o., NDI S.A. oraz PORR S.A. jako niezgodnych z warunkami zamówienia wobec zastosowania przez ww. wykonawców niedozwolonej optymalizacji w odniesieniu do sposobu realizacji robót budowlanych, w tym pominięcia szeregu elementów świadczenia – a więc złożenia ofert niezgodnych z warunkami zamówienia;

alternatywnie, w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że podniesione powyżej zarzuty są przedwczesne lub zbyt daleko idące, zaś złożone przez wykonawców Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o., NDI S.A. oraz PORR S.A. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny nie rozwiewają wątpliwości Zamawiającego i procedura wyjaśnienia ceny winna być kontynuowana Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

- 4.art. 224 ust. 1 – 4 ustawy Pzp oraz/lub art. 223 ust. 1 ustawy Pzp na skutek zaniechania kontynuowania procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny oraz/lub wyjaśnienia treści oferty wobec braku wezwania wykonawców Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o., NDI S.A. oraz PORR S.A. do złożenia kolejnych (szczegółowych) wyjaśnień w przedmiocie podstaw zaniżenia poszczególnych robót w stosunku do ich wartości rynkowej, optymalizacji przebiegu robót budowlanych, zaniżenia ilości kosztorysowych oraz/lub do złożenia wyjaśnień treści oferty w powyższym zakresie.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniosł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1.nakazanie Zamawiającemu nieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej dokonanej w dniu 09.12.2024 r., tj. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. wobec złożenia przez tego wykonawcę oferty zawierającej rażąco niską cenę i braku złożenia wiarygodnych i rzetelnych wyjaśnień w tym zakresie;
- 2.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert następujących wykonawców: Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o., NDI S.A. oraz PORR S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w związku z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania realności i prawidłowości w kalkulacji wynagrodzenia oraz złożenia ofert zawierających rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 3.nakazanie Zamawiającemu odrzucenia ofert następujących wykonawców: Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o., NDI S.A. oraz PORR S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnych z warunkami zamówienia wobec zastosowania przez ww. wykonawców niedozwolonej optymalizacji w odniesieniu do sposobu realizacji robót budowlanych z pominięciem szeregu obligatoryjnych elementów świadczenia;
- 4.w ramach zarzutu alternatywnego nakazanie Zamawiającemu wezwania wykonawców Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o., NDI S.A. oraz PORR S.A. do złożenia kolejnych (szczegółowych) wyjaśnień w przedmiocie podstaw zaniżenia poszczególnych robót w stosunku do ich wartości rynkowej, optymalizacji przebiegu robót budowlanych, zaniżenia ilości kosztorysowych, pominięcia niektórych elementów robót ujętych w opisie przedmiotu zamówienia oraz/lub do złożenia wyjaśnień treści oferty w powyższym zakresie;
- 5.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wnioskowanych czynności oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując zasadność postawionych zarzutów Odwołujący w pierwszej kolejności zwrócił uwagę na zapisy dokumentów zamówienia. Kluczowym jego zdaniem są zapisy m. in. Rozdziału 3 ust. 8 SWZ, zgodnie z którym:

„Do obowiązków wykonawcy należy będzie wykonanie w sposób kompleksowy czynności przypisanych wykonawcy w SWZ, w tym w szczególności w Kontrakcie, którego wzór stanowi Załącznik nr 2 do SWZ (w tym w załącznikach do Kontraktu) oraz w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (dokumentacji projektowej i specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych), stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ, i wynikających z obowiązujących przepisów prawa, w tym w szczególności z ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tj. Dz. U. z

2024 r. poz. 725 ze zm.).”

Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę, że w zakresie OPZ wykonawcy (w tym Odwołujący) zadawali szereg pytań związanych ze sposobem realizacji przedmiotu zamówienia, w tym możliwą optymalizacją robót oraz możliwością zastosowania materiałów rozbiórkowych lub zamiennych w kontekście przebudowy falochronu oraz budowy ostrogi przy falochronie zachodnim. Za najistotniejsze odpowiedzi w tym kontekście Odwołujący uznał te oznaczone nr 27, 28, 31, 32, 36, 37, 38, 90, 91, 92, 158, 159 oraz 198.

Jak kontynuował Odwołujący, we wskazanych wyżej odpowiedziach Zamawiający wyraził zgodę na ściśle określoną optymalizację robót budowlanych, w tym częściową zamianę materiałów. Jednakże w pozostałym zakresie takiej zgody nie wyraził - a zatem do sposobu wyceny robót i samego procesu ich realizacji zastosowanie ma załącznik nr 1 do SWZ – szczegółowy opis przedmiotu zamówienia.

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że jego konkurencji zostali wezwani do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Przytoczył treść wezwania, zgodnie z którym jednym z obowiązków jakie Zamawiający nałożył na wezwanych było złożenie szczegółowej kalkulacji ceny oferty, potwierdzającą ujęcie w niej wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ, w tym wzorze umowy, wraz z dowodami potwierdzającymi założenia kosztowe przyjęte w szczegółowej kalkulacji.

Następnie Odwołujący przedstawił wstępne wnioski z analizy złożonych przez konkurentów wyjaśnień podkreślając, że stwierdził okoliczności zaniżenia wynagrodzenia przez ww. wykonawców, w tym pominięcia poszczególnych elementów robót, dokonania niedozwolonej optymalizacji procesu inwestycyjnego, a co za tym idzie, Zamawiający dokonał błędnej oceny złożonych wyjaśnień. Wskazał m. in. na stawki jednostkowe dotyczące prac czerpalnych, jakie ujawnione zostały w ofertach złożonych w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Morski w Szczecinie, który były wyższe niż zaoferowane w niniejszym postępowaniu, co świadczy zdaniem Odwołującego o zaniżeniu kwoty całkowitej za ten zakres robót.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że ze względu na objęcie przez wykonawców Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o., NDI S.A. oraz PORR S.A. powyższych wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa Odwołujący, zgodnie z przyjętą praktyką, wnosi o dokonanie przez skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej oceny złożonych wyjaśnień pod kątem uzasadnienia wynagrodzenia ww. wykonawców w zakresie objętym niniejszym uzasadnieniem. Jak wskazał Odwołujący z treści oferty wykonawców NDI S.A. i PORR S.A. wynika, że dokonali oni modyfikacji skutkujące niezgodnością treści ofert z warunkami zamówienia i prowadzącej do nieporównywalności ofert poszczególnych wykonawców. Nie jest wykluczone, że ze względu na ogólny poziom wynagrodzenia tego wykonawcy, że analogiczna optymalizacja została dokonana przez wykonawcę Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. jednakże ze względu na objęcie oferty tego wykonawcy Odwołujący ocenę w tym zakresie pozostawia Krajowej Izbie Odwoławczej rozpoznającej niniejsze odwołanie.

Odwołujący zwrócił uwagę na pisma kierowane w tej materii do Zamawiającego, których szczegółową treść przytoczył. W następnej kolejności odniósł się do elementów wyceny oraz złożonych przez konkurentów wyjaśnień, które nadal budzą uzasadnione wątpliwości w zakresie realności i prawidłowości ich wyceny.

W zakresie oferty wykonawcy DORACO stwierdził, że dostarczenie przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę jest niemożliwe. Jak wskazał: Uzyskanie wynagrodzenia na poziomie zaoferowanym przez tego wykonawcę wymusza pominięcie poszczególnych elementów robót oraz dokonanie niedozwolonej optymalizacji. Jest to bowiem oferta z najniższą ceną wśród omówionych powyżej i złożonych w ramach przedmiotowego postępowania. Niniejszym Odwołujący wnosi o rewizję i ocenę prawidłowości stanowiska Zamawiającego w przedmiocie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Kierując się analizą kosztów dokonaną dla oferty wykonawców NDI S.A. oraz PORR S.A. cena ujęta w ofercie wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. również nie pozwala na realizację robót w zakresie przewidzianym w dokumentacji postępowania.

Zdaniem Odwołującego w związku z faktem, iż w ofercie firmy PORR wystąpiła znaczna liczba błędów w obliczeniu ceny lub została wykonana optymalizacja projektu tym bardziej oferta DORACO wskazuje na potencjalne błędy w wyliczeniu ceny oferty.

Odwołujący dodał, że przedstawił jako dowód kosztorysy bez narzutów kosztów ogólnych, kosztów zakupu i zysku (o wartościach 75 373 787,90 zł netto oraz 17 346 953,14 zł netto). Kwota, która wynika z obu kosztorysów (budowa ostrogi przy falochronie zachodnim oraz przebudowa falochronu zachodniego), wynosi 92 720 741,04 zł netto i jest to kwota, która powstała na bazie aktualnych cen rynkowych, ofert dostawców i Podwykonawców. W przypadku powyższego wyliczenia do wartości tej, zgodnie z powszechnie przyjętymi metodami kosztorysowania, należy doliczyć obligatoryjnie

następujące wartości kosztorysowe (ustalone w oparciu o stawki wydawnictwa SEKOCENBUD za IV kwartał 2024 r.) koszty pośrednie (średnia 67,7%, wartość minimalna 40%, a maksymalna 80%), koszty zakupu (średnia 9,5%, wartość minimalna 2%, a maksymalna 18%), zysk (średnia 11,7%, wartość minimalna 5%, a maksymalna 18%).

Odwołujący przedstawił również dowody na poparcie swoich twierdzeń w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Odwołujący w szczególności przedstawił również swoje wątpliwości w zakresie wyjaśnień złożonych przez pozostałych wykonawców, tj. PORR S.A. oraz NDI S.A.

Odwołujący podsumował, że w treści złożonych jako dowód kosztorysów przedstawił minimalne wartości wykonania przedmiotowych robót budowlanych. Wartości ujęte w tych dokumentach zawierają koszty materiałów, koszty robocizny oraz pracy sprzętu. Jest to więc minimalna wartość podstawowych składowych kosztorysowych nie uwzględniających innych obligatoryjnych elementów wynagrodzenia wykonawcy.

Dodał, że przedstawione analizy mikroekonomiczne i przyjęte wskaźniki zawarte w opracowanych przez Odwołującego kosztorysach dla zobrazowania założeń przyjętych przez wykonawcę PORR S.A. ewidentnie widać, że:

- już na etapie robót rozbiórkowych (zgodnie z wyjaśnieniami) widać niedozwoloną optymalizację projektu lub błąd przy wyliczeniach, tj. wykonawca PORR S.A. nie założył rozbiórki wskazanego w dokumentacji kamienia hydrotechnicznego,
- powyższe widać także w kwocie za roboty czepalne, które zostały ujęte w bardzo niewielkim zakresie, dużo mniejszym niż zakłada dokumentacja projektowa,
- stąd też widoczne są dużo mniejsze kwoty związane z ułożeniem nowego narzutu kamiennego, prawdopodobnie wykonawca PORR S.A. nie zakłada wbudowania ilości wynikających z dokumentacji projektowej.

Podobna sytuacja dotyczy także robót żelbetowych związanych z nadbudową falochronu i ostrogi - zgodnie z wyjaśnieniami i powyżej ujętą argumentacją. Analogiczna sytuacja ma miejsce w przypadku oferty NDI S.A., która jest niezgodna z warunkami zamówienia i zawiera nieuprawnioną optymalizację wykonania robót (zgodnie z opisem zawartym w uzasadnieniu faktycznym odwołania). Oferta wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. jest ofertą pozostającą poza jakimkolwiek poziomem kosztów koniecznych do realizacji przedmiotu zamówienia. Jak wynika z kosztorysów przedstawionych przez Odwołującego jest to oferta na poziomie uwzględniającym jedynie koszty robocizny, koszty pracy sprzętu i koszty materiałów – bez uwzględnienia jakichkolwiek narzutów kosztorysowych w postaci kosztów pośrednich, kosztów zakupu oraz zysku.

Dodatkowo Odwołujący przedstawił również uzasadnienie prawne swojego wyводу, powołując się na poglądy orzecznictwa oraz podając argumenty za dopuszczeniem dowodu z opinii biegłego, o przeprowadzenie którego zawnioskował.

Dokładna treść odwołania znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

W piśmie z dnia 13 stycznia 2025 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił stosowną argumentację.

Przed wszystkim Zamawiający wskazywał, że zarzuty odwołania są w dużej mierze oparte na pewnym wyobrażeniu Odwołującego jaka powinna być w jego ocenie cena ofertowa, nie jest natomiast oparte na jakichkolwiek realnych zarzutach w stosunku do ofert złożonych przez innych wykonawców. Zamawiający dodał, że Odwołujący nie sformułował w odwołaniu żadnych konkretnych zarzutów w stosunku do oferty i wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny złożonych przez Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., której oferta została wybrana w Postępowaniu jako najkorzystniejsza.

Dodał, że po analizie złożonych wyjaśnień oraz dołączonych do nich dowodów Zamawiający uznał, że każdy z wykonawców prawidłowo wykonał skierowane do niego wezwanie, a złożone wyjaśnienia wraz z dowodami uzasadniają podaną w ofercie cenę. Wykonawcy oprócz wyjaśnień przedstawili kalkulacje ceny ofertowej oraz dowody w postaci kalkulacji szczegółowych, ofert podwykonawców/dostawców, wykazu sprzętu własnego itp. Tym samym Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw ani do kontynuowania procedury wyjaśnień w zakresie ceny ofert, ani tym bardziej do odrzucenia którejkolwiek z ofert.

Jak kontynuował Zamawiający, aż trzy profesjonalne podmioty (z pięciu biorących udział w Postępowaniu) zaoferowały cenę za realizację zamówienia na poziomie niższym niż 130 mln zł brutto. Co przy tym istotne, ceny te zostały

skalkulowane i zaoferowane przez podmioty prowadzące od wielu lat działalność budowlaną, mające doświadczenie w branży robót hydrotechnicznych, a więc dysponujące z całą pewnością szeroką wiedzą i doświadczeniem na temat sposobu realizacji zamówienia, ryzyk związanych z takim rodzajem robót jakie są przedmiotem zamówienia w Postępowaniu, uwarunkowań rynkowych, ale i dysponujące wszelkimi zasobami, w tym sprawdzonymi podwykonawcami, aby przedmiot zamówienia zrealizować prawidłowo, terminowo i efektywnie.

Zdaniem Zamawiającego w przypadku ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca, przygotowując odpowiedź na takie wezwanie, ma szerokie możliwości co do sposobu wyboru argumentacji służącej obronie jego oferty. Nie ma jednego sposobu składania wyjaśnień. Inaczej mówiąc, w przypadku procedury rażąco niskiej ceny co do zasady sposób przedstawienia wyjaśnień cenowych oraz założeń kalkulacyjnych pozostaje w gestii wykonawcy, przy czym stopień szczegółowości wyjaśnień determinowany jest wezwaniem zamawiającego. Za całkowicie prawidłową należy więc uznać sytuację gdy każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w nieco inny sposób sformułował wyjaśnienia i położył nacisk na wybrane, w jego ocenie najistotniejsze, elementy przedmiotu zamówienia. Co równie istotne, o ile ustawodawca przesądził, że wyjaśnienia muszą być poparte dowodami, to jednak zostawił wykonawcy swobodę w ich doborze. Jest przy tym oczywiste, że każdy wykonawca skalkulował swoją cenę na podstawie własnego doświadczenia i na własnych wyliczeniach i dlatego ceny te (i ich poszczególne elementy składowe) mogą się różnić, niekiedy nawet znacznie.

Zamawiający odniósł się również w szczegółach do argumentów merytorycznych przedstawianych przez Odwołującego w treści odwołania, tj. dotyczących ofert poszczególnych wykonawców.

Podsumowując stwierdził, że w sposób prawidłowy i zgodny z przepisami PZP dokonał badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a zarzuty podniesione przez Odwołującego są całkowicie pozbawione podstaw.

Dodatkowe stanowiska procesowe:

W dniu 14.01.2025 r. dodatkowe pismo w sprawie złożył Odwołujący – zawierało ono wniosek dowodowy wraz z uzasadnieniem.

Wykonawca PORR S.A. w dniu 14.01.2025 r. również przedstawił stanowisko procesowe, przytaczając argumentację dla odparcia zarzutów odwołania i wnosząc o jego oddalenie.

Treść ww. stanowisk znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła istnienia podstaw do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego następujących wykonawców:

A.Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku

B.NDI S.A. z siedzibą w Sopocie

C.PORR S.A. z siedzibą w Warszawie

Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonymi przystąpieniami zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść miała przesądzające znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz na podstawie oświadczeń stron i uczestników. Strony oraz uczestnicy wnosili również o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego. W sytuacji, w której Izba uznawała określony dowód za mający znaczenie dla rozstrzygnięcia, znajdzie to wyraz w dalszej części uzasadnienia.

Uzasadnienie oddalenia wniosku o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego:

Zdaniem Izby dopuszczenie dowodu z opinii biegłego nie było konieczne dla rozstrzygnięcia sprawy. Izba zgodziła się w tym zakresie ze stanowiskiem prezentowanym przez Zamawiającego i Przystępujących. Zgłoszonym wnioskiem dowodowym Odwołujący dąży do wykreowania dowodów mających potwierdzać poniesione zarzuty i twierdzenia, np.

ustalenie rzekomych optymalizacji w ofertach innych wykonawców, w sytuacji w której sam operuje ogólnikami i przypuszczeniami. Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego wyręczyłoby Odwołującego z obowiązku nałożonego na niego w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący sam powinien sformułować na tyle przekonującą argumentację, by przynajmniej w zasadniczym stopniu uprawdopodobnić tezy odwołania, a dowód z opinii biegłego mógłby ewentualnie stanowić potwierdzenie dla stawianych zarzutów w sytuacji, gdyby były do tego potrzebne wiadomości specjalne. Taka sytuacja zdaniem Izby nie zaistniała. W szczególności zaś sam Odwołujący pozbawił się ewentualnej możliwości podniesienia szerszej argumentacji, gdyż zaniechał próby zakwestionowania utajnienia wyjaśnień składanych przez wykonawców jako tajemnicy przedsiębiorstwa. Wnioskowanie o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego na obecnym etapie jest jedynie próbą uzupełnienia braków w argumentacji odwołania, co przesądza o konieczności oddalenia wniosku.

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania w zakresie mającym znaczenie dla podniesionych zarzutów nie były pomiędzy stronami sporne. Ww. okoliczności faktyczne przedstawione przez strony znajdują ponadto potwierdzenie w dokumentacji postępowania. Mając na uwadze powyższe, skład orzekający Izby nie będzie w tym miejscu powtarzać okoliczności faktycznych dotyczących przebiegu postępowania, które nie były pomiędzy stronami sporne.

Na potrzeby niniejszego uzasadnienia należy jedynie wskazać, że:

W postępowaniu wpłynęło 5 ofert. Ceny zaoferowane za wykonanie przedmiotu zamówienia kształtowały się następująco:

119 808 855,44 zł – Przystępujący PORR S.A.

149 662 077,13 zł

118 874 354,07 zł – Przystępujący Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.

126 677 568,43 zł – Przystępujący NDI S.A.

140 363 049,00 zł – Odwołujący

W dniu 17.10.2024 r. ww. wykonawcy zostali wezwani przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień ceny.

Zgodnie z treścią wezwań:

„W wyniku badania oferty w zakresie wystąpienia przesłanek z art. 224 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 1 ustawy PZP ustalono, że cena całkowita Państwa oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem Postępowania.

Udzielane wyjaśnienia i składane dowody powinny dotyczyć elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny i zgodnie z art. 224 ust. 3 ustawy PZP oraz mając na uwadze przedmiot Postępowania mogą dotyczyć w szczególności:

- 1)zarządzania procesem metody budowy;*
- 2)wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;*
- 3)oryginalności robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę;*
- 4)zgodności z przepisami dotyczącymi kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207 oraz z 2023 r. poz. 1667) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;*
- 5)zgodności z prawem w rozumieniu przepisów o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej;*
- 6)zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;*
- 7)zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska,*
- 8)wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.*

W przypadku zamówienia będącego przedmiotem Postępowania konieczne jest złożenie wyjaśnień co najmniej w zakresie określonym w punktach 4 i 6 powyżej.

Zamawiający wskazuje, że wyjaśnienia powinny zawierać szczegółową kalkulację ceny oferty, potwierdzającą ujęcie w niej wszystkich kosztów związanych z realizacją zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SWZ, w

tym wzorze umowy, wraz
z dowodami potwierdzającymi założenia kosztowe przyjęte w szczegółowej kalkulacji.

Zgodnie z art. 224 ust. 5 ustawy PZP, obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Na podstawie art. 224 ust. 6 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny."

Wszyscy wykonawcy udzielili wyjaśnień w terminie, jednocześnie zastrzegając część wyjaśnień jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

W dniu 9 grudnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.

Uzasadnienie prawne:

Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę na okoliczność mającą znaczenie dla rozstrzygnięcia, a mianowicie sposób konstrukcji zarzutów i wniosków odwołania. Odwołujący postawił bowiem zarzuty rażąco niskiej ceny (dalej: RNC) wobec każdego z uczestników, nie znając pełnej treści wyjaśnień przez nich składanych. Podkreślić należy, że wyjaśnienia ceny rażąco niskiej składane przez Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o., NDI S.A. oraz PORR S.A. w części zostały utajnione jako tajemnica przedsiębiorstwa. Konsekwencją powyższego jest to, że Odwołujący zna wyjaśnienia tylko w części jawnej, a co za tym idzie, zarzuty odwołania cechują się dużą ogólnością – są stawiane niejako „w ciemno”.

Oczywiście tego typu konstrukcja zarzutów odwołania nie jest zabroniona, jednak wydaje się, że zasadnym byłaby uprzednia próba zakwestionowania samej tajemnicy przedsiębiorstwa, a w razie ewentualnego niepowodzenia, stawianie zarzutów ewentualnych dotyczących RNC. W tym zakresie warto przywołać wyrok Izby z dnia 26 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 260/19, gdzie wskazano, iż „to od decyzji Odwołującego zależy, jakie zarzuty podnosi w odwołaniu i w jaki sposób je formułuje. W ocenie Izby żader przepis ustawy Pzp nie stoi na przeszkodzie temu, aby w odwołaniu podnieść zarzut główny oraz - na wypadek jego nieuwzględnienia - zarzut ewentualny. Co więcej, w przypadku nieujawnienia przez zamawiającego określonego dokumentu konkurenta sformułowanie zarzutu zaniechania jego ujawnienia oraz zarzutu ewentualnego dotyczącego skutków ewentualnej wadliwości takiego dokumentu (tj. zaniechania odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania), jest działaniem racjonalnym i uzasadnionym. Trudno bowiem wykazać na zasadność stawiania zarzutu sformułowanego tylko na bazie domysłów i wątpliwości co do wielkości zaoferowanej ceny. Jednocześnie podniesienie takiego zarzutu bez wskazania na jego ewentualny charakter zobowiązywałoby Izbę do jego rozpatrzenia, co z kolei narażałoby Odwołującego na odrzucenie ewentualnego kolejnego odwołania wniesionego po zapoznaniu się z wyjaśnieniami, z uwagi na powagę rzeczy osądzonej. W takich sytuacjach za właściwą decyzję wykonawcy należy uznać zaskarżenie w pierwszej kolejności zaniechania ujawnienia wyjaśnień kalkulacji ceny oferty Przystępującego, a następnie po zapoznaniu się z ich treścią podjęcie decyzji w przedmiocie ewentualnego wniesienia odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty z rażąco niską ceną.”

W sytuacji, która ma miejsce w niniejszym postępowaniu, Odwołujący domagając się merytorycznego rozpoznania przez Izbę, już na obecnym etapie, zarzutów dotyczących dokonanej przez Zamawiającego oceny wyjaśnień Przystępujących w zakresie ceny oferty, sam pozbawił się potencjalnej możliwości podniesienia takich zarzutów po ewentualnym uzyskaniu dostępu do pełnej treści dokumentów objętych tajemnicą przedsiębiorstwa.

Jednocześnie podkreślenia wymaga, że wniosek Odwołującego zawarty na stronie 17 odwołania, by zgodnie z przyjętą praktyką, ze względu na objęcie przez Przystępujących wyjaśnień jako tajemnicy przedsiębiorstwa, to skład orzekający dokonał ich oceny pod kątem uzasadnienia wynagrodzenia w zakresie objętym odwołaniem, jest wnioskiem oczywiście nieuprawnionym. Rację ma Odwołujący, że zgodnie z art. 537 pkt 1 ustawy Pzp, ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego. Na gruncie orzecznictwa wykształciła się jednak jednolita zasada, zgodnie z którą ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie ma charakteru absolutnego i nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności dot. rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z 534 ust. 1 ww. ustawy, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty. Przepis art. 537 ww. ustawy nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na samych twierdzeniach i kwestionować wyłącznie formalny aspekt procedury wyjaśnienia rażąco niskiej ceny bez merytorycznego wykazania zasadności swoich twierdzeń i przerzucić na uczestnika postępowania lub zamawiającego ciężar dowodowy (tak: wyrok KIO z dnia 28 września 2022 r., KIO 2382/22).

Rozwinięcie tej zasady zostało potwierdzone w orzecznictwie Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień

Publicznych. W wyroku z dnia 9 czerwca 2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 19/22 Sąd wskazał następująco, „Pomimo jednak przeniesienia ciężaru dowodu na wykonawcę, którego oferty dotyczy zarzut rażąco niskiej ceny, w orzecznictwie przyjęło się, że odwołujący nie może pozostać dowodowo bierny i ograniczyć się jedynie do postawienia zarzutu. Rolą odwołującego w takim przypadku jest udowodnienie, że wyjaśnienia udzielone w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są niewystarczające, nierzetelne lub z innych względów wadliwe.

Reasumując, pomimo że ciężar dowodu, że oferta nie zawierała niskiej ceny, spoczywa na przystępującym wykonawcy, to nie oznacza, że odwołujący w ogóle jest zwolniony z przedstawiania dowodów w odwołaniu lub podczas rozprawy i może jedynie w odwołaniu „rzucić” ogólnikowy zarzut zamiast go prawidłowo sformułować, tj. m.in. prawidłowo uzasadnić i chociaż uprawdopodobnić.

(...)

Reasumując tę część rozważań, ciężar dowodu wykazania, że złożone przez Przystępującego wyjaśnienia wraz z dowodami nie są wystarczające dla obalenia domniemania rażąco niskiej ceny co do zasady spoczywa na Zamawiającym, a jeśli Wykonawca przystąpił do odwołania to na nim. Jednocześnie zasadnym jest twierdzenie, że Odwołujący nie może ograniczyć się wyłącznie do postawienia zarzutu ale winien przedstawić dowody na potwierdzenie swoich twierdzeń”.

W przywołanym wyroku Sąd potwierdził również, że dążąc do skutecznego zakwestionowania wyjaśnień ceny odwołujący winien w pierwszej kolejności zażądać odtajnienia wyjaśnień. W razie zaniechania w tym zakresie skarżący pozbawia się de facto możliwości podnoszenia argumentów mających na celu wykazanie rażąco niskiej ceny konkurenta.

Wobec powyższego Odwołujący nie mógł w całości przerzucić na skład orzekający ciężaru poszukiwania w wyjaśnieniach nieprawidłowości, których istnienie opiera w zasadzie jedynie na domysłach. Pomimo utajnienia wyjaśnień konkurentów, Odwołujący musi w treści środka ochrony prawnej podnieść zindywidualizowane argumenty, na których – w razie uwzględnienia odwołania, Izba może się oprzeć. Przeciwnie podejście kłóci się z zasadą kontrydiktoryjności postępowania. Co więcej, Odwołujący miał środki, z których mógł skorzystać, by mieć choćby potencjalną możliwość takiego działania, ale świadomie z nich nie skorzystał. Zaniechanie w tym zakresie musi obciążać tylko i wyłącznie Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba oceniła wyjaśnienia ceny Przystępujących tylko i wyłącznie przez pryzmat argumentów zawartych w treści odwołania uznając, że nie zasługują one na uwzględnienie. Odwołujący operuje w przeważającej części odwołania ogólnikami o niedozwolonej optymalizacji, zaniżeniu wynagrodzenia, pominięciu określonych elementów robót, ale twierdzenia te są w zasadzie rzucane „w ciemno” lub poparte dowodami/kalkulacjami, które nie mają wartości obiektywnej. Odwołujący oczekuje, że to Izba przeanalizuje złożone wyjaśnienia pod kątem bliżej niesprecyzowanej „optymalizacji”, ale podejście takie jest oczywiście nieprawidłowe, o czym we wcześniejszej części uzasadnienia.

Wspólnym argumentem Odwołującego dla poparcia zarzutu o zaniżeniu stawek w ofertach Przystępujących w zakresie robót czernalnych, jest fakt, że w postępowaniach na tożsame prace realizowane dla Urzędu Morskiego w Szczecinie oraz Gdyni w latach 2021-2023, zaoferowano wyższe stawki. Wskazać jednak należy, że argument ten nie może być przesądzający. To, że takie same prace w różnych postępowaniach wyceniane są odmiennie, jest normalne. Zwłaszcza, że chodzi o tak specyficzne roboty jak prace czernalne, które polegają na pogłębianiu torów wodnych. Nawet dla osób nie posiadających w tym względzie specjalistycznej wiedzy oczywistym jest, że wycena tego rodzaju prac zależy w szczególności od warunków panujących na terenie, w którym mają być one wykonywane. Im trudniejsze warunki, tym wyższa wycena. Dlatego wywodzenie zaniżenia stawek tylko i wyłącznie dlatego, że w innym postępowaniu, prowadzonym na innym terenie, zaoferowano stawki wyższe, nie stanowi argumentu uzasadniającego postawione zarzuty. Co więcej, każde postępowanie ma inne warunki szczegółowe związane z opisem przedmiotu zamówienia, a w związku z tym, również podejście wykonawców przy kalkulowaniu stawek może się różnić. Odwołujący powinien raczej próbować kwestionować zaoferowane stawki w związku np. ze specyfiką prowadzonego postępowania, która wymusza kalkulację stawek na wyższym poziomie. Samo porównywanie cen bez odniesienia się do specyfiki postępowania nie stanowi argumentu przemawiającego na korzyść Odwołującego.

Dalej, zgodnie z systematyką odwołania, zasadnym jest omówienie argumentów Odwołującego w odniesieniu do poszczególnych ofert.

Na wstępie należy wskazać na okoliczność co najmniej zastanawiającą. Oferta wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. została przez Zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, tymczasem treść odwołania do

niniejszej oferty odnosi się w największym zakresie. Wydaje się, mając na uwadze treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, że argumentacja dotycząca oferty znajdującej się na pierwszym miejscu w rankingu ofert, powinna być najbardziej rozbudowana. W razie bowiem ewentualnego oddalenia zarzutów dotyczących tejże oferty, nawet zasadność tych skierowanych wobec pozostałych wykonawców, pozostaje bez wpływu na wynik postępowania, czego koniecznością jest oddalenie odwołania w całości. Tymczasem wobec oferty ww. wykonawcy Odwołujący w zasadzie nie stawia żadnych zarzutów, odwołując się jedynie przez analogię do wyjaśnień składanych przez pozostałych dwóch konkurentów oraz wnosząc o „rewizję i ocenę prawidłowości stanowiska Zamawiającego w przedmiocie oceny wyjaśnień rażąco niskiej ceny.”

Jak wskazuje Odwołujący „Kierując się analizą kosztów dokonaną dla oferty wykonawców NDI S.A. oraz PORR S.A. cena ujęta w ofercie wykonawcy Korporacja Budowlana DORACO Spółka z o.o. również nie pozwala na realizację robót w zakresie przewidzianym w dokumentacji postępowania. W związku z faktem, iż w ofercie firmy PORR wystąpiła znaczna liczba błędów w obliczeniu ceny lub została wykonana optymalizacja projektu tym bardziej oferta DORACO wskazuje na potencjalne błędy w wyliczeniu ceny oferty”.

Jest to w zasadzie jedyny argument Odwołującego, który wywodzi błędną ocenę wyjaśnień DORACO z zaobserwowanych przez niego braków w wyjaśnieniach PORR oraz NDI. Oczywiście takie podejście jest nieprawidłowe. W szczególności należy wskazać, że postawiony w ten sposób zarzut pozbawiony jest merytorycznych podstaw odnoszących się wprost do oferty wykonawcy DORACO. Zarzuty RNC skierowane wobec wyjaśnień niemal w całości utajnionych, odnoszone jedynie przez analogię do pewnych uchybień zaobserwowanych w wyjaśnieniach innych wykonawców, nie opierają się na żadnych konkretnych faktach dotyczącej tej oferty. Skoro Odwołujący nie ma dostępu do części oferty, którą kwestionuje, nie może w zasadzie dokonać jakiegokolwiek oceny tego, czy kwestionowane przez niego wyjaśnienia faktycznie nie zasługiwały na pozytywną ocenę Zamawiającego. Zarzut dotyczący DORACO powinien raczej dotyczyć specyfiki wyjaśnień tego właśnie wykonawcy, indywidualnie odnosząc się do ich treści. Tymczasem oparty jest na domysłach, które wywodzone są przez Odwołującego z treści wyjaśnień innych wykonawców. Wynika to oczywiście z tego, że Odwołujący nie podjął w pierwszej kolejności próby odtajnienia wyjaśnień DORACO, ale ten stan rzeczy obciąża tylko i wyłącznie jego.

Co więcej, oczywistym jest, że każdy z wykonawców w sposób unikalny dokonuje kalkulacji ceny ofertowej. Wpływ na tę kalkulację ma szereg czynników. Traktowanie przez analogię wyjaśnień innych wykonawców, zwłaszcza przy braku pełnej wiedzy na temat ich treści, prowadzi do oczywiście nieprawidłowych wniosków.

Trzeba więc uznać, że nie mając dostępu do zasadniczej części wyjaśnień ceny wykonawcy DORACO, Odwołujący praktycznie nie mógł postawić skutecznego zarzutu. Zgodnie z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp odwołanie przysługuje na niezgodną z przepisami ustawy czynność lub zaniechanie Zamawiającego. Brak dostępu do wyjaśnień wyklucza przedstawienie skutecznej argumentacji, która mogłaby poddać w wątpliwość prawidłowość czynności Zamawiającego polegającej na pozytywnej ocenie wyjaśnień ceny złożonych przez DORACO. W tym bowiem przypadku Zamawiający dokonując czynności bazuje bezpośrednio na treści wyjaśnień, oceniając je. Tak też powinna wyglądać argumentacja odwołania – bazować na treści wyjaśnień wykazując, że z pewnych powodów Zamawiający błędnie ją ocenił. Tymczasem w niniejszej sprawie Odwołujący w ogóle nie bazuje na treści wyjaśnień DORACO, jedynie przez analogię wnioskując, że skoro zaobserwował on pewne nieprawidłowości w wyjaśnieniach innych wykonawców, to wyjaśnienia tego oferenta również muszą być wadliwe. Tego typu zarzut w zasadzie nie odnosi się do czynności Zamawiającego podjętej wobec wykonawcy DORACO, a wobec czynności dotyczących pozostałych wykonawców.

Tego typu konstrukcję zarzutu odwołania skład orzekający uznał za nieprawidłową, czego skutkiem jest oddalenie odwołania w omawianym zakresie dotyczącym wykonawcy DORACO.

Powyższe przesądza również o tym, że bez względu na potencjalną zasadność zarzutów skierowanych wobec wykonawców NDI S.A. oraz PORR S.A., odwołanie i tak podlegać będzie oddaleniu z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego Izba poniżej odniesie się do argumentów wysuwanych przez Odwołującego wobec poszczególnych wykonawców, bazując jednak na pewnym poziomie ogólności z uwagi na utajnienie wyjaśnień:

I. Argument dotyczący cen za roboty czepalne w postępowaniach prowadzonych przez Urzędy Morskie w Gdyni i Szczecinie został omówiony we wcześniejszej części uzasadnienia. Odwołujący nie powołał żadnego innego dowodu, który mógłby świadczyć o tym, że stawki zaoferowane przez wykonawców w zakresie robót czepalnych są nierealne. Co więcej, jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, stawki te w przypadku zakwestionowanych wykonawców wahają się w przedziale od ok. 64 zł netto/m³ do ok. 86 zł netto/m³ - czyli są tylko nieznacznie niższe lub

mieszczą się w przedziale, o którym wspominał Odwołujący powołując się na inne postępowania.

Odwołujący powołuje się na ceny zaoferowane w innych postępowaniach również na str. 26 odwołania – w odniesieniu do robót żelbetowych oraz ponownie na str. 21 – w zakresie robót czerpalnych, przedstawiając argumentację dotyczącą wykonawcy PORR S.A. W tym zakresie oczywiście aktualne są dotychczasowe rozważania dotyczące stawek w innych postępowaniach.

Co jednak godne odnotowania, najwyższa ze stawek na które zwracał uwagę Odwołujący w zakresie prac czerpalnych, wynosiła 180 zł/m³. Jak wykazał Przystępujący dotyczy to postępowania pn. „Prace czerpane w Darłowie w 2023r.” (nr postępowania: PO-II.2610.20.23). Postępowanie to zostało jednak unieważnione z uwagi na przekroczenie budżetu Zamawiającego (informacja z dnia 29 czerwca 2023 r.).

Słusznie również wskazywał Przystępujący, że z samych dowodów Odwołującego wynika, że argument dotyczący stawek z innych postępowań nie może być przesądzający. Z informacji z otwarcia ofert UM w Szczecinie (09.05.2024 r., 29.06.2023 r.) oraz UM w Gdyni (06.10.2021 r.) wynika, że ten sam wykonawca w każdym z postępowań zaoferował różne stawki wahające się od 74,55 zł/m³ do 180 zł/m³. Tym samym potwierdza to, że każde postępowanie cechuje się różnymi warunkami prowadzenia prac, a co za tym idzie, inną ich wyceną, co świadczy o nieprzydatności argumentacji Odwołującego.

Co również istotne, a na co uwagę zwracał Zamawiający, w wyjaśnieniach objętych tajemnicą, wykonawca PORR wskazał na stawki robót czerpalnych za 1m³, które mieszczą się w przedziałach wskazywanych przez Odwołującego jako realne stawki (Kosztorys objęty tajemnicą przedsiębiorstwa – pozycje dotyczące falochronu zachodniego oraz ostrogi).

Z kolei jeśli chodzi o oferty podwykonawcze, to przedłożenie ich przez Odwołującego stanowi dowód jedynie tego, że był w stanie uzyskać takie stawki, jak zostały w nich wskazane. Nie wyklucza to jednak możliwości uzyskania przez innych wykonawców stawek niższych, a tym bardziej nie świadczy o tym, że cena niższa jest ceną nierealna, uniemożliwiająca wykonanie przedmiotu zamówienia.

II. Argument Odwołującego dotyczący dokonania przez wykonawców „modyfikacji skutkującej niezgodnością treści ofert z warunkami zamówienia i prowadzącej do nieporównywalności ofert” nie został w żaden sposób wykazany. Wskazać należy, że o ile w przypadku zarzutu RNC reguła ciężaru dowodu jest zmodyfikowana, o tyle w przypadku zarzutu niezgodności oferty z warunkami zamówienia pozostaje ona bez zmian, tj. w całości obciążony ciężarem dowodu jest Odwołujący. Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp możliwe jest tylko i wyłącznie w razie stwierdzenia jednoznacznej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ. Wykazanie tej niezgodności obciąża Odwołującego. Tymczasem Odwołujący w zakresie ww. zarzutu operuje głównie przypuszczeniami, ale nie wskazuje w którym miejscu oferta jego konkurentów niezgodna jest z warunkami zamówienia. Odwołujący próbował wskazanie powyższej niezgodności przerzucić na skład orzekający, co jest oczywiście nieprawidłowe i zostało omówione w pierwszej części uzasadnienia.

III. Argument skierowany wobec wykonawcy NDI, a dotyczący konieczności budowy rozpór tymczasowych/roboczych, został obalony przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie. Po pierwsze, wykonawca nie był zobowiązany do ich wykonania, gdyż zapisy dokumentacji wskazują budowę ww. elementu tylko jako przykładową. Co więcej, w treści wezwania Zamawiający nie wymagał wyjaśnienia alternatywnego sposobu zabezpieczenia grody. Wezwanie do złożenia wyjaśnień było ogólne co oznacza, że wykonawca miał dużą swobodę zarówno przy doborze argumentacji, jak też materiału dowodowego przedstawianego w ramach wyjaśnień ceny.

Z kolei jeśli chodzi o argument dotyczący nadmiaru kamienia hydrotechnicznego oraz gwiazdobloków to należy wskazać, że przedmiar robót miał charakter jedynie pomocniczy. Zamawiający wielokrotnie w toku postępowania to podkreślał (np. odpowiedź na pytanie 12 i inne z dnia 20 września 2024 r.). Oznacza to, że wartości w nim podane są orientacyjne i mają jedynie stanowić pewną wskazówkę przy kalkulowaniu cen ofert. Konsekwencją tego jest, że podane w nim wartości mogą ostatecznie ulec zmianie. Weryfikowanie wartości przedmiarowych jest wręcz wymagane od wykonawców, na których ciąży podwyższony miernik staranności.

IV. Argumentacja Odwołującego dotycząca kosztów prac rozbiórkowych wykonawcy PORR opiera się na niepełnej analizie jawnej części wyjaśnień. Wyraźnie bowiem wskazano w nich odrębną kwotę dotyczącą sprzętu pływającego, który również ma zostać wykonany do prac rozbiórkowych. Z analizy Odwołującego dotyczącej kosztów prac rozbiórkowych wynika, że koszt ww. sprzętu stanowi zasadniczy czynnik cenotwórczy ich wykonania. Powyższe przesądza o tym, że argument Odwołującego został postawiony błędnie.

To samo dotyczy oferty wykonawcy PORR złożonej w innym postępowaniu. Jak już wielokrotnie podkreślano, argument dotyczący cen w innych postępowaniach nie może być w tym przypadku przesądzający.

V. Zarzut dotyczący braku wskazania dysponowania ofert na dostawę kamienia hydrotechnicznego w ilości zgodnej z dokumentacją również należy uznać za nietrafiony. Wezwanie Zamawiającego co do zasady było ogólne, tak więc wykonawcy mieli swobodę co do tego, w jaki sposób złożyć wyjaśnienia oraz jakie dowody załączyć. Co więcej, wobec ogólnej treści wezwania nie musieli wyjaśniać każdej nawet najdrobniejszej pozycji kosztowej. Słusznie w tym zakresie wskazywał Przystępujący na orzecznictwo, z którego wynika, że:

przepisy nie określają przykładowego katalogu dowodów, które wykonawca zobowiązany jest złożyć zamawiającemu w celu uzasadnienia racjonalności i rynkowej wyceny swojej oferty. Możliwe jest przedstawienie zatem każdego dowodu, jednakże musi być on adekwatny do konkretnej sytuacji i stanowić potwierdzenie tego, co wykonawca dowodzi w swoich wyjaśnieniach" (wyrok SO w Warszawie z dnia 18.02.2022 r.; sygn. akt XXIII Zs 138/21).

Odwołujący przedstawia swoje wyliczenia, które jednak nie mogą być uznane za jedyne prawidłowe i słuszne.

VI. Zarzut dotyczący zaniżonej kwoty za pogrążenie ścianki szczelnej wraz z materiałem nie został w żaden sposób wykazany. Odwołujący opiera się jedynie na domysłach, o czym świadczy sama treść odwołania, w którym wskazuje, że: „PORR S.A. mógł pominąć (...)”.

VII. Zarzut dotyczący prac żelbetowych ponownie opiera się na kosztorysach złożonych przez PORR w innym postępowaniu lub na własnych stawkach określonych przez Odwołującego. Wagę tego argumentu wielokrotnie omawiano w niniejszym uzasadnieniu – nie może on świadczyć na korzyść Odwołującego, gdyż każde postępowanie cechuje się swoją odrębnością, a co za tym idzie, inaczej kalkulowane są poszczególne stawki.

Podsumowując należy wskazać, że Odwołujący nie wykazał zasadności stawianych zarzutów. Wyjaśnienia składane przez wykonawców DORACO, NDI oraz PORR stanowiły adekwatną odpowiedź na wezwanie skierowane przez Zamawiającego, który miał możliwość weryfikacji założeń w nich opisanych. Tym samym należy uznać, że czynność polegająca na ich pozytywnej ocenie była prawidłowa, a tym samym zarzut RNC niezasadny.

Z kolei zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie został w żaden sposób wykazany przez Odwołującego.

Powyższe skutkuje koniecznością oddalenia odwołania w całości.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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 związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....