

Sygn. akt: KIO 1540/23

WYROK

z dnia 19 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Członkowie: Monika Banaszkiewicz

Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2023 r. przez wykonawcę **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni**, przy udziale wykonawcy **Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie** i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PORR S.A. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 652 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt dwa złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, koszty związane z dojazdem na rozprawę oraz koszty związane z uiszczeniem opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 1540/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Morskiego Portu Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.

pn. Przebudowa Nabrzeża Helmskiego w Porcie Gdynia, numer referencyjny: ZHB/DSP-612/SWZ-29/MW/PP/202; Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 233-673668 w dniu 12 grudnia 2022 roku.

W dniu 29 maja 2023 r. wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.1 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Dokumentacji Projektowej w zakresie dotyczącym wykonania prac branży hydrotechnicznej – w zakresie wykonania robót związanych z pograżaniem pali stalowych wierconych RD 813/18mm, w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w Dokumentacji Projektowej tj. z zastosowaniem metod wibracyjnych lub udarowych;

1.2 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia dotyczącymi wykonania robót branży hydrotechnicznej w zakresie:

1) roboty kafarowe poprzez pominięcie wyceny żelbetowego rdzenia palościanki oraz brak wyceny pełnego zakresu pograżenia rur stalowych typu RD;

2) nadbudowa poprzez istotne zaniżenie ilości robót betonarskich podlegających wycenie oraz pominięcie w wycenie wykonania filtra odwrotnego w postaci tłucznia zamkniętego geowłókniną separacyjną;

3) wyposażenia nabrzeża.

1.3 art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z 224 ust. 1, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi to, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia

wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie istotnych części składowych ceny oferty, a oferta DORACO zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnych części składowych obejmujących wykonanie następujących robót branży hydrotechnicznej:

1) roboty kafarowe poprzez pominięcie wyceny żelbetowego rdzenia palościanki oraz brak wyceny pełnego zakresu pograżenia rur stalowych typu RD;

2) nadbudowa poprzez istotne zaniżenie ilości robót betoniarских podlegających wycenie oraz pominięcie w wycenie wykonania filtra odwrotnego w postaci tłucznia zamkniętego geowłókniną separacyjną;

3) wyposażenia nabrzeża.

1.4 art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 UZNK w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DORACO, pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK, poprzez przeniesienie kosztów wykonania Odcinka Realizacyjnego II do kosztów wykonania Odcinka Realizacyjnego I, a tym samym dopuszczając się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (innych wykonawców) i klienta (Zamawiającego);

1.5 art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 UZNK w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DORACO, pomimo że wykonawca dokonał wyceny oferty w sposób spreczny z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ oraz projektowanymi postanowieniami umowy („PPU”) przenosząc koszty wykonania Odcinka Realizacyjnego II do kosztów wykonania Odcinka Realizacyjnego I; ewentualnie

1.6 art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z 224 ust. 1, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi to, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie wykonania Odcinka Realizacyjnego II, którego koszty wykonania w ofercie DORACO są istotnie niższe niż koszty wykonania Odcinka Realizacyjnego I, podczas gdy zakres robót Odcinka Realizacyjnego II jest większy niż zakres robót Odcinka Realizacyjnego I, a w konsekwencji oferta DORACO zawiera rażąco niską cenę istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia; a w konsekwencji

1.7 art. 239 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP oraz art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez wybór oferty DORACO i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na zarzuty wskazane powyżej.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosil o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności datowanej na 18 maja 2023 r. dotyczącej wyboru jako najkorzystniejszej oferty DORACO;

4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert oraz nakazanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi na:

4.1. niezgodność oferty z warunkami zamówienia;

4.2. to, że oferta DORACO zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnych części składowych oraz z uwagi na to, że złożone przez wykonawcę DORACO wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny oraz

4.3. to, że oferta DORACO została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

Odwołujący wskazał, że:

1.STAN FAKTYCZNY

1.1 Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn. „Pogłębianie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia – etapy I i III oraz przebudowa nabrzeży

w Porcie Gdynia - etapy II i III”, zadanie inwestycyjne pn. „Przebudowa nabrzeży w Porcie Gdynia – zadanie 2 Etap III „Przebudowa Nabrzeża Helskiego w Porcie Gdynia” wraz z uzyskaniem decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla każdego z dwóch odcinków realizacyjnych (rozdz. IV pkt. 1 SWZ).

1.2 Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie przebudowy Nabrzeża Helskiego I i zachodniego odcinka Nabrzeża Oksywskiego. Przebudowa podzielona została na dwa Odcinki Realizacyjne: Odcinek Realizacyjny I, w skład, którego wchodzi Etapy I i II oraz Odcinek Realizacyjny II, w skład którego wchodzi Etapy III i IV). Kluczowy zakres robót obejmujący roboty hydrotechniczne polegające na budowie nowej konstrukcji Nabrzeża Helskiego I i odcinka Nabrzeża Oksywskiego wraz z wyposażeniem oraz budowa dodatkowej szyny poddźwigowej na Nabrzeżu Helskim I.

1.3 Podstawę dla wykonania robót stanowi Dokumentacja Projektowa (projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót oraz decyzje i opracowania opisane szczegółowo w rozdz. IV pkt. 4 SWZ) stanowiąca Załącznik nr 3a i 3b do SWZ: Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, Przedmiary („Dokumentacja Projektowa”) oraz Projektowane Postanowienia Umowne stanowiące Załącznik nr 4 do SWZ („PPU”).

1.4 W Postępowaniu oferty złożyło 4 wykonawców:

1.5 Kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia wynosi 469.679.126,71 zł netto i 577.705.325,85 zł brutto. Ceny wszystkich ofert złożonych w Postępowaniu są niższe o ponad 30% od szacunkowej wartości zamówienia oraz kwoty, którą

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie inwestycji, a w konsekwencji Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu kalkulacji ceny oferty (wyjaśnień RNC).

1.6 DORACO zastrzegło wyjaśnienia RNC z dnia 3.03.2023 r. RNC jako tajemnicę przedsiębiorstwa, a Zamawiający częściowo je odtajnił. W związku z odwołaniem wniesionym przez Odwołującego w dniu 17.04.2023, na podstawie wyroku KIO z 2.05.2023 r. (sygn. akt KIO 1072/23) Zamawiający został zobowiązany do odtajnienia wadliwie zastrzeżonych wyjaśnień DORACO z 3.03.2023 r. dotyczących sposobu kalkulacji ceny i ich udostępnienie w całości (wraz z załącznikami) Odwołującemu.

1.7 Niemniej jednak jeszcze przed rozstrzygnięciem odwołania dotyczącego skuteczności zastrzeżenia przez DORACO wyjaśnień w zakresie RNC Zamawiający w dniu 24.04.2023 r. dokonał wyboru oferty DORACO jako oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił oferty BUDIMEX S.A. i konsorcjum NDI.

Dowód: Informacja z 24.04.2023 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej (w aktach Postępowania).

1.8 W związku z wyrokiem Izby z 2.05.2023 r. (KIO 1072/23) Zamawiający unieważnił wybór oferty DORACO oraz dokonał odtajnienia w całości wyjaśnień DORACO w zakresie RNC.

1.9 W dniu 18 maja 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze jako najkorzystniejszej oferty DORACO oraz odrzuceniu ofert Budimex S.A. oraz konsorcjum NDI.

Dowód: Informacja z 18.06.2023 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej (w aktach Postępowania).

1.10 Analiza oferty oraz odtajnionych wyjaśnień DORACO w zakresie sposobu kalkulacji ceny oferty prowadzi do wniosku, iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentach zamówienia, oferta zawiera rażąco niską cenę istotnych elementów składowych oferty, a złożone przez DORACO wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie istotnych części składowych, a oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, co zostanie wykazane w poniższym uzasadnieniu.

2. UZASADNIENIE ZARZUTU NIEZGODNOŚCI OFERTY Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA (pkt. 1.1 odwołania)

2.1 Zgodnie z rozdz. IV pkt. 4 SWZ wykonawca jest zobowiązany wykonać roboty budowlane zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia, który został zawarty w Dokumentacji Projektowej:

1) Projekcie Budowlanym – Tom 04 - Przebudowa nabrzeża Helskiego I i Oksywskie. Konstrukcje hydrotechniczne – Etapy 1 do 4;

2) Projekcie Wykonawczym:

- a) Tom 04 - Przebudowa nabrzeża Helskiego I i Oksywskie. Teczka 4.1 – Konstrukcje hydrotechniczne. Etap I
- b) Tom 04 - Przebudowa nabrzeża Helskiego I i Oksywskie. Teczka 4.2 – Konstrukcje hydrotechniczne. Etap II
- c) Tom 04 - Przebudowa nabrzeża Helskiego I i Oksywskie. Teczka 4.3 – Konstrukcje hydrotechniczne. Etap III
- d) Tom 04 - Przebudowa nabrzeża Helskiego I i Oksywskie. Teczka 4.4 – Konstrukcje hydrotechniczne. Etap IV
- e) Tom 04 - Przebudowa nabrzeża Helskiego I i Helskiego II. Teczka 4.5 – „3 szyna” w 5 etapach realizacyjnych.

3) Specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiORB)

a) SST – 1.0 Roboty hydrotechniczne

4) Przedmiarach robót.

Dowód: SWZ (w aktach Postępowania).

2.2 W wyjaśnieniach dotyczącymi RNC (pismo z 03.03.2023 r.) wykonawca DORACO przedstawił bardzo ogólne wyjaśnienia w części opisowej, które poparł kalkulacją wykonania robót przedstawioną w Załączniku A (Tajemnica Przedsiębiorstwa - Załącznik nr A - kalkulacje istotnych elementów składowych oferty-sig) oraz załączonymi do wyjaśnień ofertami podwykonawców, które mają potwierdzać poprawność dokonanej wyceny.

Dowód: Wyjaśnienia Doraco z 03.03.2023 (w aktach Postępowania).

2.3 W celu wykazania przyjętych do oferty założeń dotyczących sposobu wykonania zamówienia oraz poprawności kalkulacji wyceny robót hydrotechnicznych DORACO przedstawiło ofertę podwykonawcy Stump Franki sp. z o.o. z 27.01.2023 r. obejmującą:

a) Instalację ściany z rur stalowych o średnicy 813mm, ilość 989 szt.: 8 375 000,00 pln + VAT;

b) Wykonanie pali stalowych o średnicy 508mm z butem stalowym, ilość 67 szt.: 1 365 000,00 pln + VAT;

c) wykonanie mikropali kotwiących o nośności 1300kN, łącznie 8619 mb 4 380 000,00 pln + VAT.

Dowód: Oferta firmy Stump Franki sp. z o.o. - Załącznik nr 4 do wyjaśnień DORACO ws. RNC z 03.03.2023 (Załącznik nr 4 wyjaśnień RNC – w aktach Postępowania).

2.4 Jak wynika z ww. oferty firmy Stump Franki:

a) roboty obejmują wykonanie instalacji palościanki, przy czym cena oferty w zakresie wykonania ściany z rur obejmuje wyłącznie robociznę (materiał dostarcza wykonawca DORACO), zaś wykonanie mikropali obejmuje zarówno robociznę jak i materiał;

b) podwykonawca wykona roboty kafarowe, przy czym cena nie obejmuje: 17. Kosztów zmian projektowych i uzgodnień Projektów technologicznych z Projektantem, Zamawiającym;

c) warunki realizacji i świadczenia Zamawiającego obejmują: Przekazanie przed rozpoczęciem prac zaakceptowanego przez Inwestora/ Zleceniodawcę projektu wykonawczego/technologicznego.

2.5 Sposób sformułowania oferty podwykonawcy wskazuje, że DORACO zamierza wykonać zamówienie w sposób niezgodny z warunkami określonymi w Dokumentacji Projektowej. Podkreślenia wymaga fakt, że Dokumentacja Projektowa obejmuje Projekt Wykonawcy w zakresie robót hydrotechnicznych (vide pkt. 2.1 ppkt. 2) odwołania powyżej), zgodnie z którym wykonawca powinien wykonać prace. Poczynione w ofercie podwykonawcy zastrzeżenia, iż wycena nie obejmuje kosztów wykonania zmian projektowych oraz projektu wykonawczego, świadczą o tym, że wykonawca DORACO zamierza wykonać oraz przyjął do wyceny rozwiązanie odmienne od określonych w Dokumentacji Projektowej, w tym w Projekcie Wykonawczym.

2.6 W tym miejscu należy zaznaczyć, że zgodnie z Projektem Budowlanym i Projektem Wykonawczym rury stalowe o średnicy 813mm powinny zostać wykonane w technologii pali wierconych:

a) pkt. 5.1 Projektu Budowlanego: Przebudowa polegać będzie na wykonaniu po stronie odwodnej istniejącej żelbetowej skrzyni, palościanki z pali wierconych typu RD w rurze stalowej Ø813/18mm.

a) pkt. 5.2 Projektu Budowlanego: Przebudowana konstrukcja sekcji nr 1 składać się będzie z nowej palościanki z pali wierconych typu RD w rurze stalowej Ø813/18mm.

b) pkt. 7 Projektu Budowlanego [Wytyczne Technologiczne]: Palościankę szczelną należy wykonać zgodnie z wymaganiami norm: - PN-EN 1536:2001 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych. Pale wiercone”.

c) pkt. 4.2. Projektu Wykonawczego: Przebudowa polegać będzie na wykonaniu po stronie odwodnej istniejącej żelbetowej skrzyni, palościanki z pali wierconych typu RD w rurze stalowej Ø813/18mm.

d) pkt. 5 Projektu Wykonawczego: Pale odwodnej palościanki ze względu na bliskość skrzyń i istniejące iniekcje betonowe pod podstawą skrzyń, wykonywane będą jako wiercone przy użyciu koronki i stalowych rur płaszcza pala.

e) Pkt. 7.1 Projektu Wykonawczego: Palościankę szczelną należy wykonać zgodnie z wymaganiami norm: PN-EN 1536:2001 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych. Pale wiercone”.

f) Pkt. 5.5.1 STWiORB dla robót hydrotechnicznych Przewiduje się wykonanie palościanki z pali wierconych typu RD – rura stalowej Ø813/18mm wraz z przyspawanymi zamkami. Pale zaprojektowano w rozstawie co ok. 88cm jako wzajemnie połączone za pomocą stalowych zamków. We wnętrzu pali wykonany zostanie żelbetowy rdzeń. Palościankę należy wykonać zgodnie z wymaganiami norm: (...) PN-EN 1536:2001 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych. Pale wiercone”.

2.7 Na szczególną uwagę zasługuje punkt 7 opisu technicznego Projektu Budowlanego, gdzie

w sposób szczegółowy określono wytyczne technologiczne dla robót związanych z wykonaniem palisady z rur stalowych wprost wskazując konieczność przyjęcia metody wiercenia przy instalacji rur. Metody kafarowe zostały jedynie dopuszczone dla wykonania niewielkiego zakresu pali, stanowiących fundament nadbudowy płytowej przy Nabrzeżu Oksyńskim (pale o średnicy 508mm z dnem zamkniętym):

Dowód:

Załącznik nr 3a do SWZ – PB - 4. Tom 04_Hydrotechnika_Etapy 1 do 4 - PB_H_04_Opis techniczny Załącznik nr 4 do Odwołania) + część rysunkowa (w aktach Postępowania).

Załącznik nr 3a do SWZ – PW – 4.1 H - OPIS_4_1 - OT_PW_4_1 Załącznik nr 5 do Odwołania) + część rysunkowa (w aktach Postępowania).

Załącznik nr 3a do SWZ – PW – 4.2 H - OPIS_4_2 - OT_PW_4_2 Załącznik nr 6 do Odwołania) + część rysunkowa (w aktach Postępowania).

Załącznik nr 3a do SWZ – PW – 4.3 H - OPIS_4_3 - OT_PW_4_3 Załącznik nr 7 do Odwołania) + część rysunkowa (w aktach Postępowania).

Załącznik nr 3a do SWZ – PW – 4.4 H - OPIS_4_4 - OT_PW_4_4 Załącznik nr 8 do Odwołania) + część rysunkowa (w

aktach Postępowania).

Załącznik nr 3a do SWZ - STWiORB - SST 1.0_Roboty hydrotechniczne - SST-1.1 Roboty katarowe (Załącznik nr 9 do Odwołania) + część rysunkowa (w aktach Postępowania).

2.8 W Dokumentacji Projektowej przewidziano technologię pali wierconych z uwagi na występujące warunki wykonania robót oraz istotne negatywne ryzyko związane zastosowaniem klasycznej technologii wykonania robót palowych polegających na wbijaniu pali na istniejącą infrastrukturę nabrzeża.

2.9 Rozbieżność co do założonego przez DORACO i podwykonawcę sposobu wykonania robót polega w szczególności na technologii wykonania prac. W ofercie użyto bowiem enigmatycznego sformułowania, że roboty będą dotyczyć „wykonania instalacji pali” (bez jednoznacznego wskazania na technologię wykonania robót) oraz jednocześnie posłużono się sformułowaniem sugerującym wykonanie robót za pomocą kafara (...) przed rozpoczęciem robót katarowych (...).

Roboty katarowe oznaczają co do zasady wykonanie prac z użyciem kafara, czyli urządzenia służącego do wbijania pali, podczas gdy roboty palowe wykonawca musi wykonać w technologii pali wierconych.

2.10 Na wykorzystanie technologii wbijania lub wibrowania pali stalowych wprost wskazuje rodzaj sprzętu wymieniony w wyjaśnieniach DORACO (oferta podwykonawcy Soiltech – Załącznik nr 19 do wyjaśnień RNC) oraz oferta podwykonawcy Hydronautic (– Załącznik nr 20 do wyjaśnień RNC) zawierająca wycenę czynności polegających na usuwaniu gruntu (urobku) z wnętrza pali stalowych.

2.11 Określona w Dokumentacji projektowej technologia pogrążania rur, jako wierconych polega na usuwaniu gruntu spod pala podczas jego wwiercania w grunt. W przypadku przyjęcia technologii zgodnej z Dokumentacją Projektową, nie zachodzi konieczność wykonywania dodatkowych robót objętych wyjaśnieniami DORACO w postaci pracy wiertnicy (oferta podwykonawcy Soiltech) oraz usuwania urobku z pali (oferta podwykonawcy Hydronautic). Wskazane prace są konieczne do wykonania dla pali stalowych z dnem otwartym, które zostały pogrążone przy pomocy wibromłota lub kafara.

2.12 O zamiarze stosowania odmiennej od określonej w dokumentacji projektowej technologii wskazuje również brak w ofercie podwykonawcy Stump Franki (Załącznik nr 4 do wyjaśnień RNC) zakresu robót dotyczącego wykonania żelbetowego rdzenia pali stalowych, który stanowi istotną część całkowitego kosztu wykonania palościanki z rur RD.

2.13 Podsumowując, z oferty podwykonawcy Stump Franki oraz z wyjaśnień DORACO wynika, że wykonawca nie będzie realizował robót palowych w oparciu o Projekt Wykonawczy, który jest częścią dokumentacji projektowej, ale założono konieczność wprowadzenia zmian projektowych oraz konieczność pozyskania akceptacji Zamawiającego dla projektu wykonawczego. Powyższe wskazuje, że DORACO nie zamierza wykonać oraz nie wyceniło w ofercie robót związanych z palowaniem zgodnie z technologią opisaną w Dokumentacji Projektowej, ale założyło i wyceniło rozwiązania zamienne oferowane przez podwykonawcę.

2.14 Z uwagi na powyższe należy uznać, że oferta DORACO jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na zamiar zastosowania przez wykonawcę DORACO odmiennych rozwiązań technologicznych w zakresie robót palowych, a w konsekwencji oferta DORACO powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP.

3. UZASADNIENIE ZARZUTU NIEZGODNOŚCI OFERTY Z WARUNKAMI ZAMÓWIENIA (pkt. 1.2 oraz p odwołania)

3.1 Z uwagi na to, że zarzut niezgodności oferty DORACO z SWZ oraz zarzut rażąco niskiej ceny w zakresie istotnych części składowych obejmuje wspólne okoliczności faktyczne Odwołujący przedstawia łącznie uzasadnienie dla obu zarzutów.

3.2 Z uwagi na różnicę pomiędzy szacunkową wartością zamówienia a ceną oferty w dniu 15.02.2023 r. DORACO zostało wezwane do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji cen ofertowej (RNC). Wezwanie dotyczyło całej ceny ofertowej, ale miało charakter ogólny, w tym sensie, że Zamawiający powołał się w wezwaniu na okoliczności opisane w rt.. 224 ust. 3 PZP.

Dowód: Wezwanie RNC z 15.02.2023 r. (w aktach Postępowania).

3.3 W dniu 03.03.2023 r. DORACO złożyło wyjaśnienia, na które składają się:

1) Część opisowa (5 str.), w której DORACO udzieliło bardzo ogólnej odpowiedzi, odnosząc się do poszczególnych kwestii opisanych w wezwaniu (art. 224 ust. 3 PZP), co do czynników które miały znaczenie dla sposobu ustalenia ceny. Na 2 stronach wyjaśnień DORACO kwestionuje wycenę innego wykonawcy (BUDIMEX), a w pozostałym zakresie oświadczenia, co do dokonania wyceny zgodnie z przepisami prawa (wynagrodzenia) czy zgodnie z dokumentacją projektową. Część opisowa wyjaśnień nie zawiera zatem żadnych szczególnych informacji czy uzasadnienia w kontekście ceny ofertowej w tym konkretnym postępowaniu – w konsekwencji uzasadnienie zawarte w części opisowej, z uwagi na bardzo ogólny charakter, nie ma żadnego waloru dowodowego.

2) Załącznik nr A – kalkulacje istotnych elementów składowych oferty – w załączniku DORACO

przedstawia założenia dotyczące wyceny istotnych elementów składowych oferty oraz objęte ceną zakresy prac, w ujęciu zbiorczym dla całego zamówienia, bez podziału na Odcinki Realizacyjne.

3) Załączniki od 1 do 22.1 - stanowią oferty dostawców lub podwykonawców dotyczące wyceny poszczególnych zakresów prac wskazanych w Załączniku A.

Dowód: Wyjaśnienia DORACO z 03.03.2023 r. w zakresie RNC (w aktach Postępowania).

3.4 Szczegółowa analiza Załącznika A oraz ofert dostawców i podwykonawców prowadzi do wniosku, iż oferta wykonawcy DORACO jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentach zamówienia, w tym Projekcie Budowlanym, Projekcie Wykonawczym oraz STWiORB, ponieważ w ofercie DORACO nie przewidziano kosztów wykonania prac wymaganych w Dokumentacji Projektowej. Koszty szeregu istotnych prac opisanych poniżej nie zostały przez DORACO wykazane, co pozwala uznać, iż zaoferowana cena w zakresie kluczowych części zamówienia jest rażąco niska i nie pozwala na wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę a wykonawca DORACO nie wykazał, że wykona całość zamówienia za zaoferowaną cenę (nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny).

3.5 Co istotne, wyjaśnienia RNC mają dotyczyć sposobu kalkulacji ceny oferty – a więc założeń przyjętych do wyceny co do sposobu wykonania zamówienia w zakresie technologii wykonania robót, użytych materiałów oraz zakresu prac, które wykonawca zamierza wykonać. W konsekwencji, wyjaśnienia RNC (co nie budzi wątpliwości w orzecznictwie KIO) stanowią również podstawę do oceny, czy przyjęte przez wykonawcę i wyceniony sposób wykonania zamówienia odpowiada wymaganiom określonym w warunkach zamówienia.

[Wykonanie robót dotyczących palisady z rur RD 813/18mm]

3.6 Kluczowy i istotny zakres robót w ramach zadania stanowi pograżanie rur RD 813/18 mm.

3.7 Zgodnie z Projektem Budowlanym (pkt. 5.1-5.4) oraz Projektem Wykonawczym dla Branży Hydrotechnicznej (plik: OT_PW_4_1 pkt. 4.2 – Etap I, plik: OT_PW_4_2 pkt. 4.2 – Etap II, plik:

OT_PW_4_3 pkt. 4.2 Etap II oraz plik: OT_PW_4_3 pkt. 4.2. – Etap IV). Przebudowa polegać będzie na wykonaniu po stronie odwodnej istniejącej żelbetowej skrzyni, palościanki z pali wierconych typu RD w rurze stalowej Ø813/18mm.

3.8 Z kolei w STWiORB dla robót hydrotechnicznych pkt. 5.5. [Wykonanie stalowej palościanki] pkt. 5.5.1 [Wykonanie] (plik: SST-1.1 Roboty kafarowe) wskazano, że:

Przewiduje się wykonanie palościanki z pali wierconych typu RD – rura stalowej Ø813/18mm wraz z przyspawanymi zamkami. Pale zaprojektowano w rozstawie co ok. 88cm jako wzajemnie połączone za pomocą stalowych zamków. We wnętrzu pali wykonany zostanie żelbetowy rdzeń. Palościankę należy wykonać zgodnie z wymaganiami norm:

- PN-EN 12063 "Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych – Ścianki szczelne".
- PN-EN 1536:2001 „Wykonawstwo specjalnych robót geotechnicznych. Pale wiercone”.
- PN-85/B-02170 „Ocena szkodliwości drgań przekazywanych przez podłoże na budynki”.

3.9 W Załączniku A DORACO (poz. 7) przedstawił wycenę dla pograżania rur wykazując następujące koszty:

1) Pograżanie rur 813/18 mm oferta Stump Franki załącznik nr 4 do wyjaśnień RNC – z oferty wynika, że obejmuje ona wykonanie instalacji ściany z rur stalowych o średnicy 813mm, ilość 989 szt.: 8 375 000,00 zł netto oraz koszty mobilizacji: 100 000,00 z netto (analogiczną kwotę DORACO wskazało w poz. 7 Tabeli A). Co ważne, oferta obejmuje wyłącznie robociznę, bez materiałów.

2) Wiertnica Bauer BG 24H – oferta Solitech - załącznik nr 19 do wyjaśnień RNC – na kwotę 120 000 zł netto/miesiąc. DORACO przyjęło wykonanie prac w ciągu 12 miesięcy, a łączny koszt wraz z paliwem to 1 740 000,00 zł netto.

3) Wydobywania urobku pali – oferta Hydronautic - załącznik nr 20 do wyjaśnień RNC – na kwotę 692 300,00 zł

4) Rurki do iniekcji – oferta Impostal – załącznik nr 3 – na kwotę 6 545 384,44 zł netto

Dowód: Tabela A z wyjaśnień RNC (w aktach Postępowania).

3.10 Przypomnienia wymaga, że technologia wykonania palościanki z pali wierconych typu RD – rurastalowa Ø813/18mm wymaga wykonania we wnętrzu pali żelbetowego rdzenia (pkt. 5.5.1 [Wykonanie] STWiORB dla robót hydrotechnicznych (plik: SST-1.1 Roboty kafarowe). Oznacza to, że do wykonania tego zakresu prac zgodnie z wymaganiami Zamawiającego w kosztach robót należy również uwzględnić: koszty materiałów: kosze zbrojeniowe oraz beton, koszty robocizny i pracy sprzętu koniecznych dla wykonania rdzenia żelbetowego.

3.11 Ilość wymaganych do wykonania rdzenia pali materiałów wynosi:

1) Beton klasy C35/45

2) Stal zbrojeniowa (kosze zbrojeniowe)

3.12 Przyjmując ceny materiałów wskazane w wyjaśnieniach wykonawcy DORACO, wartość materiałów wynosi:

1) Beton klasy C35/45: $16\,071,75\text{m}^3 \cdot 479,78\text{zł/m}^3 = 7\,710\,904,22\text{zł netto}$

2) Stal zbrojeniowa $2\,022,94\text{t} \cdot 3\,590\text{zł/t} = 7\,262\,354,60\text{zł netto}$

3.13 Podkreślenia wymaga fakt, że wykonawca Doraco w swoich wyjaśnieniach określił jedynie cenę za stal zbrojeniową w postaci prętów (bez przedstawienia dowodów w postaci oferty). Jednocześnie prefabrykacja kosztów zbrojeniowych do pali powoduje powstanie dodatkowych kosztów z uwagi na konieczność zmontowania prętów w kosz. Wg oferty

uzyskanej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, koszt wykonania kosza zbrojeniowego do pali wynosi 4 550zł/t.

3.14 Koszt prefabrykacji koszy zbrojeniowych: $(4\,550\text{zł/t} - 3\,590\text{zł/t}) \cdot 2\,022,94\text{t} = 1\,942\,022,40\text{zł netto}$

3.15 Z powyższego wynika, że oferta DORACO w zakresie wyceny palisady z rur stalowych RD z rdzeniem żelbetowym jest niedoszacowana o wartość 16 915 281,22 zł netto z uwagi na brak wyceny materiałów (beton oraz stal zbrojeniowa) niezbędnych do wykonania rdzenia pali RD 813/18mm.

3.16 Przyjmując ceny robocizny wskazane w wyjaśnieniach DORACO, koszt wbudowania materiałów (beton i stal zbrojeniowa) wynosi:

1) Betonowanie: $16\,071,75\text{m}^3 \cdot 481,00\text{zł/m}^3 = 7\,730\,511,75\text{zł netto}$

2) Zbrojenie: $2\,022,94\text{t} \cdot 2\,200\text{zł/t} = 4\,450\,468,00\text{zł netto}$

3.17 Z powyższego wynika, że oferta DORACO w zakresie wyceny palisady z rur stalowych RD z rdzeniem żelbetowym jest niedoszacowana o dodatkową wartość 12 180 979,75 zł netto z uwagi na brak wyceny robocizny niezbędnej do wbudowania materiałów rdzenia pali RD 813/18mm.

3.18 Z wyjaśnień DORACO wynika zatem, że wykonawca nie przewidział ww. materiałów i robocizny, które są konieczne do wykonania ww. zakresu robót, co świadczy o niezgodności oferty DORACO z Dokumentacją Projektową i uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

3.19 DORACO nie wykazało w wyjaśnieniach RNC kalkulacji kosztów zbrojenia i betonowania rdzenia pali, które są niebagatelne i łącznie stanowią ponad 29 mln zł netto (!). Powyższe elementy stanowią istotną część składową oferty, których DORACO nie wykazało w wyjaśnieniach RNC, natomiast ograniczyło się do przedstawienia kalkulacji kosztów dużo niższych tj. kosztów wiertnicy, paliwa czy usuwania urobku z wnętrza pali, które są niezbędne do wykonania zamówienia w przyjętej przez Doraco technologii, jednak stanowią ułamek kwoty, którą należy przeznaczyć na wykonanie rdzenia pali.

3.20 Podkreślić należy, że wykonawca DORACO w swoich wyjaśnieniach przedstawił zagregowany zakres robót żelbetowych obejmujący konstrukcje nadwodne, dla których wyliczył ilość materiału do wbudowania na poziomie 20 383,41 m³ betonu oraz 1 711,37 t stali zbrojeniowej.

3.21 Z przeprowadzonej analizy wyjaśnień wynika, że zdaniem DORACO, powyższe ilości materiału są wystarczające dla wykonania robót żelbetowych dla następujących elementów:

- Nadbudowa Nabrzeża Helskiego sekcje 1-32,
- Nadbudowa Nabrzeża Oksywskiego sekcje 1-4,
- Komory zasilania suwnic,
- Studnie PPW, elektryczne oraz POS,
- Obudowa szyny i kanały kablowe suwnicy,
- Belka podsuwnicowa „3 szyna”,
- Korek podwodny pomiędzy projektowaną palisadą a istniejącą konstrukcją nabrzeża.

3.22 Biorąc pod uwagę ilości przedstawione w przedmiarach robót, niezbędna ilość materiału konieczna do wykonania nadwodnych konstrukcji żelbetowych oraz korka betonowego wynosi:

1) Beton: 20 538,92 m³ 2) Stal zbrojeniowa: 1 647,95 t

Powyższe dowodzi, że całość wyjaśnień Doraco w zakresie robót żelbetowych (tj. zbrojarskich i betoniarskich) dotyczy konstrukcji wskazanych w podpunkcie 3.21 i nie obejmuje rdzenia pali RD 813/18mm, ponieważ ilości materiałów przyjęte przez wykonawcę Doraco w swoich wyjaśnieniach wskazują, że Doraco kierowało się ilościami odczytanymi z przedmiarów.

Dowód: Przedmiary robót (w aktach postępowania).

3.23 Odwołujący zweryfikował ilość koniecznego do wbudowania materiału w oparciu o Dokumentację Projektową (dowód: Załącznik nr 10 do odwołania - zestawienie materiałów) wyliczając następujące ilości, które różnią się od ilości przedstawionych w przedmiarach robót:

Nadbudowa: Beton: 19 976,02 m³ Stal zbrojeniowa: 1 369,66 t

Pale: Beton: 16 125,40 m³ Stal zbrojeniowa: 2033,44 t

Razem: Beton: 36 101,42 m³ Stal zbrojeniowa: 3403,1 t

Nawet zakładając, że wykonawca Doraco dokonał równie szczegółowej weryfikacji dokumentacji projektowej jak Odwołujący, braki w wyjaśnieniach Doraco będą przedstawiać się następująco:

1) Beton: 15 718,01 m³ 2) Stal zbrojeniowa: 1 691,73 t

Sposób wyliczenia: (sumaryczna ilość materiału z zestawienia) - (ilość wskazana w wyjaśnieniach Doraco – pkt 3.20 niniejszego odwołania) = (brakująca w ofercie Doraco ilość materiału)

Dowód: Zestawienie materiałów (Załącznik nr 10 do Odwołania).

[Dostawa rur 813/18mm]

3.24 Z Tabeli A pkt. 6 wynika, że DORACO wyceniło dostawę rur na podstawie oferty dostawcy Impostal sp. z o.o – załącznik nr 3 do wyjaśnień RNC. Zgodnie z tą ofertą warunki dostawy to: loco Gdynia, co oznacza, że koszty nabycia rur obejmują dostawy na plac budowy, jednak nie obejmują kosztów rozładunku i rozlokowania materiału na placu budowy, które nabywca musi pokryć we własnym zakresie, a to oznacza, że oferta DORACO nie pokrywa kosztów logistyki i jest niedoszacowana o wartość:

$14\ 306\ 646,60\text{kg} \cdot 0,60\text{zł/kg} = 858\ 398,80\text{ zł netto}$.

gdzie stawkę w wysokości 60 zł/tonę przeładowanego i rozlokowanego na budowie materiału przyjęto w oparciu o ofertę podwykonawcy, uzyskaną przez Odwołującego na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego. Oferta zawiera pracę żurawi przeładunkowych

klasy od 100 do 160 ton, pracę środków transportu poziomego (ciągniki siodłowe z naczepami wydłużanymi), pracę hakowych i sygnalistów.

Dowód: Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Odwołującego – str. 18 - 3. Załączniki 1-11 (A) - tajemnica przedsiębiorstwa (w aktach Postępowania).

[Nadbudowa - Roboty żelbetowe oraz filtr odwrotny]

3.25 Przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie robót żelbetowych, w tym wykonanie robót związanych z ułożeniem warstwy betonu podkładowego klasy C12/15. Konieczność ułożenia warstwy betonu podkładowego wynika z rysunków Projektu Wykonawczego wymienionych w załączniku nr 10 do niniejszego odwołania.

3.26 Koszty wykonania ww. robót DORACO wykazało przedkładając oferty podwykonawców: - oferty podwykonawców Albero – Załącznik nr 6 i Lafarge – Załącznik nr 7 do wyjaśnień RNC. Z powyższych ofert nie wynika jednak, aby DORACO uwzględniło w ofercie konieczność wykonania pełnego zakresu robót związanych z wykonaniem warstwy betonu podkładowego

klasy C12/15:

3.27 Wykonawca Doraco w pkt. 9 Załącznika A do wyjaśnień RNC uwzględnił ilość materiału do wbudowania na poziomie 886,36m³ podczas, gdy z Dokumentacji Projektowej oraz Przedmiaru robót wynika konieczność wbudowania 1 310,42m³ betonu klasy C12/15. Przyjmując ceny materiału oraz robocizny z wyjaśnień DORACO wynika, że wartość oferty wykonawcy jest niedoszacowana o kwotę:

$(1\ 310,42\text{m}^3 - 886,36\text{m}^3) \cdot 484,23\text{zł} = 205\ 342,57\text{ zł netto}$

3.28 Przedmiot zamówienia obejmuje również ułożenie geowłókniny separacyjnej w ilości 7 779m² oraz wykonanie filtra odwrotnego za skrzynią fundamentową, stanowiącą element konstrukcyjny istniejącego nabrzeża w ilości 3 059,44m³. Wykonawca DORACO całkowicie pominął wskazane elementy w swoich wyjaśnieniach. Wartość robót opisanych powyżej obejmuje:

1) Dostawa materiałów:

- Geowłóknina separacyjna o gramaturze 1000g/m² – 13,82zł/m² (na podstawie oferty uzyskanej przez Odwołującego na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego):

$7\ 779\text{m}^2 \cdot 13,82\text{zł/m}^2 = 107\ 505,78\text{ zł netto}$

- Tłuczeń na filtr odwrotny – 101,27 zł/t (na podstawie oferty uzyskanej przez Odwołującego na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego) dla gęstości nasypowej tłucznia wynoszącej 1,98t/m³ - 200,52 zł/m³:

$3\ 059,44\text{m}^3 \cdot 200,52\text{zł/m}^3 = 613\ 478,91\text{ zł netto}$

2) Robocizna wraz z pracą sprzętu:

- Ułożenie geowłókniny separacyjnej o gramaturze 1000g/m² – 4,4 zł/m² (na podstawie wydajności wynoszącej 250m²/dzień uzyskanej przez 2 pracowników produkcyjnych w ciągu 10 godzinnej zmiany roboczej, stawka robocizny 55 zł/godz. netto):

$7\ 779\text{m}^2 \cdot 4,4\text{zł/m}^2 = 34\ 227,60\text{ zł netto}$

- Ułożenie filtra odwrotnego – 107,33zł/m³ (na podstawie wydajności wynoszącej 15m³/dzień uzyskanej przez 2 pracowników produkcyjnych w ciągu 10 godzinnej zmiany roboczej, stawka robocizny 55zł/godz netto oraz przy pracy koparki podsiębiernej przez 30% czasu zmiany roboczej – stawka za sprzęt 170zł/godz.):

$3\ 059,44\text{m}^3 \cdot 107,33\text{zł/m}^3 = 328\ 369,70\text{ zł netto}$

3.29 Mając na względzie powyższe, oferta wykonawcy DORACO została niedoszacowana o wartość 1 083 581,98 zł netto.

Dowód: Wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Odwołującego (w aktach Postępowania).

3.30 Konieczność wykonania filtra odwrotnego z wykorzystaniem tłucznia oraz geowłókniny separacyjnej wynika z niżej wskazanych rysunków Projektu Wykonawczego oraz odpowiedzi na pytanie nr 206 udzielonej w ramach wyjaśnień treści SWZ przez Zamawiającego:

[Wyposażenie Nabrzeża]

3.31 Z Załącznika A pkt. 17 wynika, że wykonawca DORACO wycenił lub uznał za istotny element składowy oferty jedynie zakup materiału i montaż odbojnic typu MV550. Wykonawca DORACO pominął bowiem w swoich wyjaśnieniach RNC pozostałe elementy wyposażenia nabrzeża.

3.32 Zaskakującym jest przedstawienie kosztów tylko jednego typu odbojnicy w Załączniku A, podczas gdy pozostałe typy odbojnic, wymagane w Dokumentacji Projektowej, wycenione zostały przez dostawcę, którego oferta stanowi załącznik nr 8 do wyjaśnień wykonawcy DORACO. Wykonawca Doraco pominął w Załączniku A następujące elementy wycenione w ofercie dostawcy, a objęte przedmiotem zamówienia:

- Odbojnice pasmowe typu DD długości L=1500mm, L=2500mm, L=2900mm na łączną kwotę 68 870,00EUR to jest $68\,870\text{EUR} \cdot 4,71 \text{ Zł/EUR} = 324\,377,70 \text{ zł netto}$ (kurs Euro przyjęty z wyjaśnień Doraco – tabela A),
- Koszt transportu odbojnic oraz pachołów na kwotę 66 600EUR to jest $66\,600\text{EUR} \cdot 4,71 \text{ Zł/EUR} = 313\,686,00 \text{ z netto}$,
- Krawężnik ochronny z elastomeru poliuretanowego na łączną kwotę 298 875,67 zł netto,
- Pacholy cumownicze na łączną kwotę 74 480,00 EUR to jest $74\,480 \text{ EUR} \cdot 4,71 \text{ Zł/EUR} = 355\,510,80 \text{zł netto}$.

3.33 Zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ opublikowanymi przez Zamawiającego, dopuszczalne było przeprowadzenie renowacji aktualnie zamontowanych na nabrzeżu pachołów cumowniczych i ich ponowne wbudowanie. DORACO nie przedstawiło jednak w swoich wyjaśnieniach dowodów świadczących o zastosowaniu tej możliwości. Odwołujący wskazuje, że nawet biorąc pod uwagę brak zakupu nowych pachołów cumowniczych, koszt renowacji i ponownego wbudowania istniejących elementów wynosi 335 350,00 zł netto (wartość obliczona na podstawie kalkulacji własnej oraz oferty na renowację pachołów pozyskanej na potrzeby przedmiotowego postępowania przetargowego przez Odwołującego).

3.34 Wykonawca Doraco w swoich wyjaśnieniach pominął również elementy wyposażenia wykonane ze stali, takie jak:

- Drabinki oraz wyłazy ratownicze (2 584kg wyrobu stalowego) o wartości 176 252 zł netto,
- Konstrukcja stalowa ryglowania suwnic o wartości 195 000 zł netto.

3.35 Podsumowując powyższe wartość wyposażenia nabrzeża, która nie została ujęta w wyjaśnieniach przez wykonawcę DORACO wynosi co najmniej 1 663 702,17zł netto (co więcej wskazana kwota nie obejmuje kosztów montażu a jedynie dostawę materiałów). Konieczność montażu wynika wprost z Dokumentacji projektowej (Projektu Wykonawczego), zgodnie z poniższym zestawieniem:

[Podsumowanie]

3.36 Wykonawca DORACO oparł swoje wyjaśnienia RNC na Załączniku A do wyjaśnień RNC zawierającej wg wykonawcy istotne elementy składowe oferty, gdzie przedstawiono cenę netto robót bez kosztów ogólnych i zysku na łączną kwotę 223 952 323,83 zł netto.

3.37 Jak wykazano powyżej, wykonawca DORACO nie uwzględnił w Załączniku A elementów stanowiących przedmiot zamówienia o łącznej wartości 32 907 289,49zł netto.

Element robót	Wartość netto [zł]
Rdzeń pali RD 813/18mm	29 096 260,97 zł
Rozładunek i logistyka rur RD	858 398,80 zł
Beton podkładowy klasy C12/15	205 345,57 zł
Ułożenie geowłókniny separacyjnej i filtra odwrotnego	1 083 581,98 zł
Wyposażenie nabrzeża	1 663 702,17 zł
RAZEM	32 907 289,49 zł

Sumaryczna wartość istotnych elementów składowych oferty wskazanych przez DORACO w Załączniku A do wyjaśnień RNC oraz istotnych elementów pominiętych przez DORACO wskazanych powyżej przez Odwołującego wynosi 256 859 613,32 zł netto wobec całkowitej ceny netto oferty wynoszącej 243 683 600,00 zł netto. Powyższe wskazuje, że koszt bezpośredni wykonania robót objętych SWZ bez uwzględnienia kosztów ogólnych i zysku przewyższa wartość netto oferty DORACO o 13 176 013,32zł netto.

3.38 Z rozdziału XVIII SWZ [Opis sposobu obliczenia ceny] wprost wynika, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne winni uwzględnić w ofercie zysk oraz elementy składowe kosztów ogólnych takie jak: opracowania i wdrożenie projektu tymczasowej organizacji ruchu, tymczasowego oznakowania akwenów nawigacyjnych przy nabrzeżu, kompleksowa obsługa geotechniczna i geodezyjna, koszty związane z zapewnieniem właściwych warunków wynikających z przepisów BHP, całodobowy dozoru terenu budowy, zorganizowanie zaplecza budowy, koszty zatrudnienia personelu technicznego, zawarcia wymaganych polis ubezpieczeniowych etc.

3.39 Kształtowanie kosztów ogólnych przez poszczególnych wykonawców może się różnić, jednak nie jest możliwa

całkowita ich eliminacja czy kalkulacja poniżej pewnego minimalnego poziomu, który wynosi w przypadku tego typu robót 4-5% kosztów bezpośrednich. W konsekwencji, cena oferty wykonawcy Doraco powinna zostać podwyższona o kolejne 10 274 384,52zł netto (4% z 256 859 613,32zł).

3.40 Minimalny wskaźnik narzutów zysku dla robót inżynierskich określony w publikatorze Sekocenbud wynosi 4%. Biorąc pod uwagę skalę przedsięwzięcia objętego niniejszym postępowaniem przetargowym możliwe jest przyjęcie niższej wartości wskaźnika narzutu zysku

= 3%. Nawet przyjęcie zysku na skrajnie niskim poziomie powoduje dodanie do kosztów bezpośrednich Doraco 8 014 019,94zł netto (3% z 267 133 997,84 zł).

3.41 Z uwagi na powyższe zsumowanie kosztów bezpośrednich wynikających z wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawcy Doraco, symulacji zysku oraz kosztów pośrednich (na najniższym możliwym do przyjęcia poziomie) dowodzi jednoznacznie, że oferta złożona przez wykonawcę Doraco zawiera cenę rażąco niską. Uwzględniając zawartość tej części odwołania, całkowita cena netto oferty Doraco powinna wynosić co najmniej 275 148 017,78zł netto.

3.42 Skala niedoszacowanych robót oraz ich wartość mają również wpływ na ranking ofert – gdyby faktycznie te roboty zostały uwzględnione, to oferta wykonawcy DORACO nie zostałaby

sklasyfikowana na 1 miejscu w rankingu ofert, ale to oferta Odwołującego z ceną 248 896 256,69 zł netto zajęłaby 1 miejsce.

3.43 Po pierwsze, wykazane powyżej braki w wycenie poszczególnych kategorii kosztów wskazują, że DORACO nie uwzględniło w ofercie wszystkich niezbędnych prac i kosztów określonych w Dokumentacji Projektowej, co pozwala stwierdzić, że oferta DORACO nie pozwala na wykonanie zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego i powinna podlegać odrzuceniu jako oferta niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP).

3.44 Po drugie, DORACO w swoich wyjaśnieniach zaznaczyło, że zestawienie kosztów w Załączniku A dotyczy istotnych elementów robót. Jak wynika z przedstawionej powyżej argumentacji, DORACO w swoich wyjaśnieniach pominęło kalkulacje i uzasadnienie (wykazanie i dowody) dotyczące wyceny szeregu robót czy materiałów, które są istotne i wymagane przez Zamawiającego dla poprawnego wykonania przedmiotu zamówienia. To z kolei uzasadnia odrzucenie oferty DORACO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z 224 ust. 1, 5 i 6 PZP, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę istotnych elementów składowych oferty oraz z uwagi na fakt, że wyjaśnienia przedłożone przez DORACO nie pozwalają uznać, że wykonawca wykazał, że będzie w stanie zrealizować zamówienie za zaoferowaną cenę (wykonawca nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny).

3.45 Sam fakt wystosowania do wykonawcy DORACO wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny oraz okoliczność występowania znaczących rozbieżności pomiędzy ceną ofertową a kwotą jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert powoduje powstanie domniemania, iż cena ofertowa jest ceną rażąco niską.

3.46 Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: „W toku postępowania o udzielenie zamówienia, podczas badania ofert, w związku z wystąpieniem ustawowych przesłanek (art. 90 ust. 1a ustawy Pzp) Zamawiający powziął wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez Odwołującego cena nie jest rażąco niska. Wyrazem tych wątpliwości było pierwsze wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Izba podkreśla, że z tym wezwaniem wiązały się określone konsekwencje prawne. Otóż konsekwencją takiego wezwania było powstanie domniemania faktycznego, że mamy do czynienia z rażąco niską ceną. Domniemanie zaoferowania ceny rażąco niskiej ma jednak charakter wzruszalny - może zostać obalone przez złożenie stosownych wyjaśnień popartych dowodami przez wezwanego wykonawcę. (...) Jeśli nie sprostą spoczywającemu na nim ciężarowi dowodu w zakresie wykazania, że cena oferty została skonstruowana w sposób zapewniający należyłą realizację zamówienia, w mocy pozostaje domniemanie, że zaoferowana cena oferty jest ceną rażąco niską.”

3.47 Podobnie w orzecznictwie Sądów Okręgowych zaznacza się, że: „Istnieje domniemanie poprawności kalkulacji ceny zawartej w ofercie wykonawcy, jak i domniemanie co do tego, że nie ma ona charakteru ceny rażąco niskiej. Z chwilą wezwania przez Zamawiającego (skarżącego) wykonawcy X spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we W. w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 1.12.2011 r. powyższe domniemanie zostało obalone. Na wykonawcę X został przerzucony ciężar dowodu wykazania, że skalkulował cenę w sposób rynkowy (tak KIO 28.09.2011 r.).”

3.48 Powyższe domniemanie jest wzruszalne, ale tylko wtedy, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie przedstawi kompleksowe, wyczerpujące i poparte dowodami wyjaśnienia, wykazując że zaoferowana cena pozwala na wykonanie zamówienia. W przeciwnym przypadku zastosowanie znajdzie art. 224 ust. 6 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 8) PZP, a więc taka oferta podlega odrzuceniu.

3.49 Jak wskazuje się w orzecznictwie: Izba podkreśla, że wykonawca musi nie tylko wyjaśnić co – jaki czynnik ma wpływ czy jakie czynniki mają wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Wykonawca musi też wyjaśnić w jaki sposób wskazane czynniki mają wpływ na wysokość tej ceny (...).

3.50 Istotą procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny jest wykazanie zamawiającemu, że zaoferowana przez wykonawcę cena gwarantuje należyte wykonanie zamówienia, a założenie niższej ceny wynika z właściwości danego wykonawcy, zasobów kadrowych, sprzętowych, możliwości organizacyjnych czy też współpracy z określonymi podmiotami i pozostaje ceną rynkową. Na skutek ich złożenia zamawiający powinien uzyskać pewność, co do możliwości zrealizowania zamówienia zgodnie z wymaganiami za cenę podaną w ofercie, a także co do tego, że wątpliwości zamawiającego w zakresie zbyt niskiej ceny były nieuzasadnione.

3.51 Nie można przy tym pomijać, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem w profesjonalnym obrocie gospodarczym, zatem mamy do czynienia po obu stronach z profesjonalistami, a więc podmiotami, których obowiązuje podwyższony miernik staranności. Dlatego też wykonawca już za pierwszym razem musi zareagować profesjonalnie i nie powinien liczyć, że Zamawiający będzie dalej z niego „wyciągał” podstawowe dane.

3.52 Z powyższych względów należy uznać, iż wykonawca DORACO nie obalił domniemania, iż zaoferowana przez niego cena jest rażąco niska, które powstało w momencie skierowania wezwania do złożenia wyjaśnień. Choć wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień dotyczyło wykazania sposobu wyceny całej oferty, to jak wynika z przedstawionej w uzasadnieniu zarzutu 1.2 i 1.3 argumentów wykonawca DORACO nie przedstawił, nie wykazał ani tym bardziej nie udowodnił, że wycena jego oferty jest rynkowa, pokrywa wszystkie wymagania Zamawiającego i pozwala na zrealizowanie zamówienia i to z rozsądnym zyskiem. Co ważne, wykonawca DORACO, poza ogólnym stwierdzeniem zawartym w części opisowej

wyjaśnień, nawet nie wykazuje w jaki sposób zamierza osiągnąć zysk podczas realizacji zamówienia. W konsekwencji,

3.53 To prowadzi do wniosku, iż Zamawiający bezzasadnie uznał, iż wykonawca DORACO wykazał, że cena oferty nie jest rażąco niska, pomimo że wykonawca nie wyjaśnił w sposób wyczerpujący i szczegółowy sposobu kalkulacji ceny, a jego wyjaśnienia, w zestawieniu z argumentacją przedstawioną przez Odwołującego, wyraźnie wskazują na niedoszacowanie istotnych zakresów prac.

4. UZASADNIENIE ZARZUTU CZYNU NIEUCZLIWEJ KONKURENCJI ORAZ NIEZGODNOŚCI OFERTY Z WYMAGANAMI ZAMÓWIENIA (PKT. 1.4 I 1.5 ODWOŁANIA)

[Wymagania wynikające z SWZ i PPU oraz warunki realizacji zamówienia]

4.1 Zgodnie z rozdz. IV pkt. 2 SWZ oraz §2 ust. 4 PPU przedmiot zamówienia obejmuje wykonanie przebudowy Nabrzeża Helskiego I i zachodniego odcinka Nabrzeża Oksywskiego w podziale na dwa odcinki realizacyjne robót:

- 1) I Odcinek Realizacyjny (etap I i etap II) - roboty I i II Zakresu Technicznego;
- 2) II Odcinek Realizacyjny (etap III i etap IV) - roboty I i II Zakresu Technicznego.

4.2 W rozdz. IV pkt. 5 ppkt. 3) i 5) SWZ oraz w §2 ust. 6 PPU Zamawiający wymaga, aby prace

dotyczące wykonania poszczególnych Odcinków Realizacyjnych były wykonywane w następującej kolejności:

Kolejność realizacji: Pierwszy odcinek realizacyjny (Etap I + Etap II) - roboty I i II Zakresu Technicznego → Drugi odcinek realizacyjny (Etap III + Etap IV) – roboty I i II Zakresu Technicznego.

4.3 Warunkiem przystąpienia do realizacji prac II Odcinka Realizacyjnego oraz przekazania przez Zamawiającego placu budowy dla II Odcinka Realizacyjnego jest całkowite zakończenie robót budowlanych i robót podczyszczeniowych oraz uzyskania pozwolenia na użytkowanie Odcinka Realizacyjnego I: Przystąpienie do realizacji kolejnego odcinka realizacyjnego możliwe będzie po całkowitym zakończeniu robót budowlanych i robót podczyszczeniowych do rzędnej 13,20 (roboty podczyszczeniowe dotyczą wyłącznie I Odcinka realizacyjnego przed przystąpieniem do realizacji II Odcinka w przypadku gdy Wykonawca będzie realizował docelowe prace czerpalne po zakończeniu wszystkich robót budowlanych dla I i II odcinka realizacyjnego) na danym odcinku realizacyjnym oraz po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie danego odcinka. Roboty czerpalne Wykonawca może wykonać w całości po zakończeniu Zakresu I i II pod warunkiem wykonania prac podczyszczeniowych na I Odcinku realizacyjnym do rzędnej 13,20.

4.4 Termin wykonania zadania to łącznie 26 miesięcy: 13 miesięcy dla I Odcinka Realizacyjnego wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie (od dnia przekazania terenu budowy) oraz 13 miesięcy dla II Odcinka Realizacyjnego (od dnia przekazania terenu budowy, po uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie dla I Odcinka Realizacyjnego). (§4 ust. 1 PPU).

4.5 Wynagrodzenie przewidziane przez Zamawiającego ma charakter ryczałtowy. Niemniej jednak z uwagi na opisane powyżej warunki wykonania przedmiotu umowy wykonawcy w Formularzu Oferty byli zobowiązani podać nie tylko cenę całkowitą netto i brutto, ale również cenę w rozbiciu na I Odcinek Realizacyjny oraz II Odcinek Realizacyjny:

4.6 Analogiczne wymagania co do rozbięcia ceny zawarto w §11 PPU:

4.7 Najpóźniej w dniu zawarcia umowy wykonawcy jest zobowiązany do przedstawienia Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego („HRF”), który zgodnie z §1 ust. 2 pkt. 9) PPU stanowi

harmonogram całości Robót objętych Umową w kolejności technologicznej wraz z określeniem

terminów rozpoczęcia i zakończenia, z podziałem na poszczególne obiekty, w tym branże oraz

elementy Robót, rozbiecie przedmiotowe i cenowe na poszczególne Odcinki realizacji. HRF podlega ocenie pod kątem zgodności z SWZ, Dokumentacją Projektową, Ofertą oraz umową i zatwierdzeniu przez Zamawiającego na zasadach

określonych w § 21 PPU.

4.8 Szczegółowe rozbieżności ceny ofertowej, w tym rozbieżności cen dla robót I Odcinka Realizacyjnego oraz II Odcinka Realizacyjnego wykonawca będzie zobowiązany przedstawić w Kosztorysie ofertowym w formie szczegółowej, który będzie stanowił Załącznik nr 6 do umowy.

4.9 Podział ceny na poszczególne Odcinki Realizacyjne, sporządzenie HRF z rozbiorem cenowym i przedmiotowym (zakres prac) z podziałem na poszczególne Odcinki Realizacyjne oraz przedstawienie kosztorysu ofertowego w formie szczegółowej jest o tyle istotne, że zgodnie z PPU:

1) Zamawiający ma prawo do ograniczenia Przedmiotu Umowy o wartość nie większą niż 30%

ceny ofertowej ze względu na zmiany aktualnych przepisów lub potrzeb Zamawiającego (roboty zaniechane) lub posiadane środki finansowe (§18 ust. 2 PPU);

2) wysokość wynagrodzenia może ulec obniżeniu o wartość Robót niewykonanych przez Wykonawcę, w tym w przypadku zmniejszenia przez Zamawiającego zakresu robót lub obniżenia standardu użytych materiałów (§11 ust. 4 PPU);

3) w przypadku ograniczenia Przedmiotu Umowy podstawą do rozliczeń będą ceny jednostkowe na poziomie nie wyższym niż średnim wg ogólnodostępnych baz cen jednostkowych oraz kosztorys ofertowy w formie szczegółowej stanowiący załącznik 6 do Umowy. W takiej sytuacji konieczna będzie również zmiana i aktualizacja HRF (§21 ust. 2 PPU);

4) może wystąpić konieczność wykonania robót o podobnym charakterze, a ich wycena nastąpi na podstawie cen wskazanych w kosztorysie szczegółowym (§21 ust. 5, 6, 7, 8 PPU).

[Zakres prac wycenianych przez wykonawców dla Odcinka Realizacyjnego I i Odcinka Realizacyjnego II]

4.10 Zgodnie z wytycznymi zawartymi w Projekcie Budowlanym i Projekcie Wykonawczym w ramach obydwu Odcinków Realizacyjnych należy wykonać analogiczne asortymenty robót z materiałów o takich samych parametrach i w identycznej technologii (pale wiercone typu RD w rurze stalowej o 813/18 mm, które zostaną połączone za pomocą stalowych zamków i w których wnętrzu zostanie wykonany żelbetowy rdzeń).

4.11 Zakres przedmiotu zamówienia opisano w Dokumentacji Projektowej. Zgodnie z pkt. 5.1

Projektu Budowlanego prace na Odcinku Realizacyjnym I, Etap I obejmują:

4.12 Zgodnie z pkt. 5.2 Projektu Budowlanego prace na Odcinku Realizacyjnym I, Etap II przewidziane są analogiczne prace jak dla Etapu I:

4.13 Natomiast w myśl pkt. 5.3 Projektu Budowlanego prace na Odcinku Realizacyjnym II, Etap III (Nabrzeże Helskie I Nabrzeże Oksywskie III) będą przebiegać analogicznie do prac dla Odcinka Realizacyjnego I Etapu I i II:

4.14 W końcu zgodnie z pkt. 5.4 Projektu Budowlanego prace na Odcinku Realizacyjnym II, Etap IV będą przebiegać analogicznie do prac dla Odcinka Realizacyjnego I Etapu II:

4.15 W przypadku wszystkich części zamówienia (Odcinek Realizacyjny I i II) ustalono jednakowe parametry materiałów budowlanych:

Dowód: Projekt Wykonawczy, opis techniczny branży hydrotechnicznej, punkt 6. Specyfikacja materiałów budowlanych (w aktach Postępowania).

4.16 Z uwagi zatem na przyjęte rozwiązania projektowe, technologiczne i materiałowe Odcinki Realizacyjne różnią się jedynie ilością robót i materiałów koniecznych do ich wykonania, przy czym zakres II Odcinka Realizacyjnego jest większy. W przypadku bowiem:

1) I Odcinka Realizacyjnego – należy przebudować 403,90 mb Nabrzeża Helskiego (Etap I i II)

2) II Odcinka Realizacyjnego - należy przebudować 395,25 mb Nabrzeża Helskiego oraz 68,10 mb Nabrzeża Oksywskiego (Etap III i IV), łącznie 463,35 mb.

4.17 Z prostego porównania długości odcinków nabrzeża wynika, że zakres odcinka II jest większy w stosunku do odcinka I. Szczegółowa analiza zakresu robót objętego SWZ potwierdza opisany powyżej stan.

4.18 Poniżej przedstawiono tabelę zawierającą główne elementy cenotwórcze branży hydrotechnicznej (która ma decydujący wpływ na całkowitą wartość robót), z określeniem procentowego udziału poszczególnych grup robót w ramach Odcinków realizacyjnych:

4.19 Różnica ilości robót w ramach Odcinka Realizacyjnego I i II znalazła wyraz w wycenach dokonanych przez wykonawców uczestniczących w niniejszym postępowaniu, z wyjątkiem oferty DORACO.

Lp.	Nazwa Wykonawcy	I Odcinek Realizacyjny (Etap I + Etap II)	II Odcinek Realizacyjny (Etap III + Etap IV)	Suma
1.	Budimex	115 113 514,76 zł brutto	127 615 508,72 zł brutto	242 729 023,48 zł
2.	NDI	159 705 296,06 zł brutto	183 033 462,62 zł brutto	342 738 758,68 zł

3.	PORR	141 290 826,11 zł brutto	164 851 569,62 zł brutto	306 142 395,73 zł
4.	DORACO	156 794 865,00 zł brutto	142 935 963,00 zł brutto	299 730 828,00 zł

4.20 Należy zwrócić uwagę na fakt, że pomimo drugiej najniższej ceny DORACO w rankingu, wartość I Odcinka Realizacyjnego wyceniona przez DORACO nieznacznie odbiega od oferty NDI (najwyższej w rankingu). W ofercie Odwołującego (droższej od oferty DORACO o ok. 7 mln zł) wycena I Odcinka Realizacyjnego jest p 15,5 mln zł niższa. Analogicznie, wartość robót dla

II Odcinka Realizacyjnego w ofercie DORACO jest znacznie niższa od wycen wykonawców Odwołującego i ND (odpowiednio o 22 mln zł i 40 mln zł). W odniesieniu do wykonawcy Budimex stosunek procentowy pomiędzy poszczególnymi odcinkami realizacyjnymi potwierdza zależność określoną powyżej.

4.21 Jak wynika z powyższego zestawienia cen ofertowych, w rozbiciu na odcinki w 3 z 4 ofert koszty wykonania robót dla Odcinka Realizacyjnego II są wyższe niż dla Odcinka Realizacyjnego I, bo choć technologia wykonania robót oraz materiały są dla każdego odcinka takie same, to ilości robót na Odcinku Realizacyjnym II jest większa (nabrzeże na tym odcinku jest dłuższe o prawie 60 mb) a przez to ilość robót jest większa, co uzasadnia wyższą wycenę dla Odcinka Realizacyjnego II.

4.22 Analogiczna zależność co do wyceny robót dla Odcinka Realizacyjnego I i II znajduje potwierdzenie w kosztorysie inwestorskim sporządzonym przez Zamawiającego, w którym koszty wykonania prac dla Odcinka Realizacyjnego II są wyższe niż dla Odcinka Realizacyjnego I.

4.23 Wyjątek stanowi tutaj oferta DORACO, w której prace Odcinka Realizacyjnego I wycenione na 156 794 865,00 zł brutto, a prace Odcinka Realizacyjnego II są o prawie 14 mln zł brutto tańsze i wyceniono je na 142 935 963,00 zł brutto.

4.24 Z powyższego wynika wniosek, że DORACOdokonało nieuprawnionego i sprzecznego z opisem przedmiotu zamówienia przeniesienia kosztów pomiędzy Odcinkami Realizacyjnymi I i II, tj. przeniosło część kosztów wykonania Odcinka II do I Odcinka Realizacyjnego.

4.25 Jak wskazano w pkt. 5.1 – 5.9 odwołania, z uwagi na etapowanie robót prace związane z wykonaniem Odcinka Realizacyjnego I będą wykonywane w pierwszej kolejności i warunkiem przystąpienia (przekazania placu budowy) dla Odcinka Realizacyjnego II jest zakończenie prac i uzyskanie pozwolenia na użytkowanie dla Odcinka Realizacyjnego I.

4.26 Działanie DORACO, choć nie ma żadnego logicznego uzasadnienia z punktu widzenia prawidłowej wyceny i zakresów prac opisanych w Dokumentacji Projektowej, jest motywowane

zapewne potrzebą uzyskania wyższych przerobów po zawyżonych cenach już podczas realizacji mniejszego zakresowo Odcinka Realizacyjnego I, a więc uzyskaniem wyższego wynagrodzenia na wcześniejszym etapie realizacji zamówienia – dla przypomnienia, łączny czas realizacji zamówienia to 26 miesięcy, po 13 miesięcy na każdy odcinek.

4.27 Dodatkowo, zgodnie z PPU podział wynagrodzenia przypisany dla każdego z odcinków znajdzie swoje odzwierciedlenie w HRF oraz w kosztorysie szczegółowym, który będzie stanowił Załącznik nr 6 do umowy – te dokumenty będą z kolei stanowiły podstawę do rozliczenia i płatności częściowych za wykonane i odebrane roboty budowlane.

[Uzasadnienie prawne]

4.28 Działanie DORACO należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji stypizowany w art. 3 ust. 1 UZNK tj działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

4.29 Zamawiający konstruując w opisany powyżej sposób strukturę zamówienia (podział na dwa odrębne Odcinki Realizacyjne, których wykonanie zakończone jest uzyskaniem dwóch realnej i odrębnej wyceny każdego z Odcinków Realizacyjnych.

4.30 Przerzucanie kosztów pomiędzy dwoma rozłącznymi zakresami robót należy ocenić jako sprzeczne z dobrymi obyczajami obowiązującymi w praktyce gospodarczej. Dobre obyczaje, o których mowa w art. 3 ust. 1 UZNK, 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 lub klienta na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie ich interesów.

4.31 Struktura cen przyjęta odrębnych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie) i ustalając ich sekwencyjność (tj. możliwość rozpoczęcia realizacji II Odcinka Realizacyjnego po zakończeniu I Odcinka Realizacyjnego), oczekiwał w ofercie DORACO nie wynika bowiem z rzeczywistych kosztów ponoszonych przy realizacji danej części zamówienia oraz nie ma uzasadnienia technicznego czy technologicznego.

4.32 W konsekwencji część kosztów wykonania I Odcinka Realizacyjnego jest wygórowana w stosunku do zakresu rzeczowego tego odcinka, a cena za wykonanie II Odcinka Realizacyjnego – rażąco niska.

4.33 Powyższy sposób kalkulacji ma na celu maksymalne wykorzystanie zasad kalkulacji i rozliczenia ceny ustalonych przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. Takie działanie ww. Wykonawcy zagraża interesom innych wykonawców oraz przede wszystkim Zamawiającemu.

4.34 Wszelkie „optymalizacje” cenowe, w tym manipulacja cenowa polegająca na przerzucaniu kosztów pomiędzy poszczególnymi elementami cenotwórczymi, nie mające uzasadnienia rynkowego i zmierzające do uzyskania przewagi nad innymi wykonawcami lub naruszają interes Klienta (Zamawiającego), który będzie zobowiązany do zapłaty wyższego wynagrodzenia za prace wykonane dla Odcinka Realizacyjnego I de facto o mniejszym zakresie niż prace Odcinka Realizacyjnego II.

4.35 Powyższy sposób wyceny umożliwił DORACO obniżenie ceny ofertowej będącej jedynym kryterium oceny ofert, z uwagi na założenie bieżącego finansowania robót ze środków wypłacanych przez Zamawiającego i tym samym obniżenie kosztów obsługi finansowej niniejszego zamówienia, co stanowi działanie na niekorzyść innych przedsiębiorców (wykonawców biorących udział w Postępowaniu) w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK. Działanie DORACC narusza również interesy klienta (tutaj: Zamawiającego) - zawyżenie kosztów realizacji I Odcinka Realizacyjnego spowoduje bowiem wcześniejszą zapłatę przez Zamawiającego za roboty, które mają zostać wykonane w ramach II Odcinka Realizacyjnego. Wykonawca w ten sposób uzyska „zaliczkę” na poczet realizacji robót, co wyłącza lub znacząco

zmniejsza koszt zewnętrznego finansowania robót (np. koszt kredytów bankowych czy koszt pozyskiwania środków w ramach linii kredytowych albo koszty finansowania ze środków własnych wykonawcy).

4.36 Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie przewidział udzielenia zaliczek, pomimo że wykonawcy w ramach pytań do SWZ zgłaszali taką potrzebę. W związku z tym wykonawcy w ramach cen ofertowych zmuszeni byli uwzględnić koszt uzyskania zewnętrznego finansowania

inwestycji oraz koszty obsługi takiego finansowania, które co wiadome są uwzględniane w cenach oferty. Ponadto DORACO nie tylko nie będzie ponosić kosztów finansowania, ale może również wygenerować dodatkowy zysk wskutek dysponowania otrzymaną gotówką na cele inwestycyjne.

4.37 Przerzucanie kosztów z jednego etapu na drugi nie jest również korzystne dla Zamawiającego, ponieważ już na początku inwestycji będzie musiał ponieść wygórowane koszty nie mając pewności, że zamówienie zostanie należycie wykonane lub wykonane w całości. Ponadto w przypadku rezygnacji z realizacji części inwestycji (uprawnienie Zamawiającego do ograniczenia przedmiotu zamówienia o maksymalnie 30% lub częściowego odstąpienia od umowy będzie zobowiązany do zapłaty wyższej kwoty wynagrodzenia niż wartość otrzymanych robót i materiałów.

4.38 W przypadku zaniechania realizacji części robót zgodnie z §18 ust. 2 PPU, z uwagi na zmianę przepisów lub potrzeb Zamawiającego (roboty zaniechane) lub posiadane środki finansowe, ograniczenie może maksymalnie stanowić 30% ceny ofertowej całego zamówienia, ale w odniesieniu II Odcinka Realizacyjnego może to oznaczać wykonanie jedynie 20-30% zakresu robót. Zamawiający ustalił bowiem, że przystąpienie do wykonania II Odcinka Realizacyjnego jest możliwe dopiero po zakończeniu I Odcinka Realizacyjnego.

4.39 DORACO samowolnie przerzuciło część kosztów realizacji II Odcinka Realizacyjnego do zakresu I Odcinka Realizacyjnego, mając zatem pełną świadomość, że istnieje duże prawdopodobieństwo rezygnacji przez Zamawiającego z części robót (z uwagi na ograniczenia finansowe) oraz mając na względzie, że ograniczenie przedmiotu zamówienia (z uwagi na przyjętą sekwencyjność realizacji inwestycji) będzie dotyczyło wyłącznie II Odcinka Realizacyjnego.

4.40 Sposób wyceny zawarty w ofercie DORACO powoduje, że w razie rezygnacji z realizacji części zamówienia (co w niniejszym przypadku będzie dotyczyło Odcinka Realizacyjnego II) Zamawiający poniesie nieuzasadnione koszty prac, które nie zostały w ogóle wykonane, a które

DORACO samowolnie przeniósł w swojej ofercie do wynagrodzenia za wykonanie I Odcinka Realizacyjnego. W przypadku ograniczenia zakresu o 30% ceny ofertowej, kwota uzyskana przez DORACO w sposób nieuprawniony może przekroczyć 14 000 000 zł netto (wyliczenie na

podstawie różnicy procentowego udziału kosztów realizacji poszczególnych odcinków w ofercie

DORACO w odniesieniu do procentowego udziału kosztów realizacji odcinków pozostałych oferentów oraz kosztorysu inwestorskiego).

4.41 Przyjęty sposób kalkulacji powoduje po stronie DORACO korzyści na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. niższa cena ofertowa będąca jedynym kryterium oceny

ofert) oraz na etapie realizacji umowy (wcześniejsze uzyskiwanie środków i niejako zaliczkowanie robót). Natomiast w myśl orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej „manipulowanie ceną ofertową poprawiające sytuację wykonawcy, zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji umowy, może być uważane za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami i przeto stanowić czyn nieuczciwej konkurencji” (wyrok KIO z

dnia 8.09.2022r., KIO 1850/20).

4.42 Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (UZNK). „Czynem nieuczciwej konkurencji, jest każde zachowanie przedsiębiorcy, które narusza przepisy prawa (i to nie tylko ujęte w rozdziale drugim

ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm.)) lub dobre obyczaje przez co zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy lub klienta” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 20.02. 2008r. sygn. akt I ACa 93/08).

4.43 Natomiast w wyroku z dnia 9.10.2019 r. (sygn. akt: I NSK 61/18) Sąd Najwyższy uznał, że

„wszystkie czyny zdefiniowane w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji są sprzeczne z dobrymi obyczajami. Ponadto, art. 3 ust. 1 u.z.n.k. pozwala uznać za czyny nieuczciwej konkurencji również inne zachowania przedsiębiorcy, nieobjęte przepisami tej ustawy, które są

zabronione na gruncie innych ustaw lub sprzeczne z dobrymi obyczajami, jednocześnie naruszając interes przedsiębiorcy. Ustalenie dobrych obyczajów w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji następuje z uwzględnieniem celu ustawy, jakim jest zapewnienie równych i niezakłóconych warunków konkurencji”.

4.44 W orzecnictwie KIO jednolicie jest prezentowane stanowisko, że do wystąpienia czynu nieuczciwej konkurencji wystarcza samo stworzenie stanu zagrożenia dla interesu Zamawiającego. Zamawiający ma zatem obowiązek odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1

pkt 3 p.z.p.” (wyrok KIO z dnia 9.04.2019 r., KIO 509/23)

4.45 W doktrynie prawa zamówień publicznych jako czyn nieuczciwej konkurencji definiuje się m.in. „manipulowania wyceną oferty w taki sposób, że w przypadku przedmiotu zamówienia składającego się z poszczególnych etapów najwyżej wycenione są etapy realizowane wcześniej, jeśli nie jest to uzasadnione faktyczną wartością poniesionych nakładów (np. w zamówieniu na zaprojektowanie i wybudowanie – wartość projektu stanowi istotny procent wartości budowy)” (H. Nowak, M. Winiarz (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, komentarz do art. 226 ustawy, teza 8).

4.46 Analogicznie kwestie nieuprawnionych optymalizacji” i przerzucania kosztów wykonania robót pomiędzy poszczególnymi zakresami prac ocenia Krajowa Izba Odwoławcza, przykładowo:

1) „czyn nieuczciwej konkurencji stanowi oferta, w której następuje przerzucenie faktycznych kosztów pomiędzy cenami jednostkowymi będącymi składnikami ceny stanowiącymi podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, tj. gdy koszty realne ponoszone faktycznie w jednej pozycji są przenoszone do innej pozycji” (wyrok KIO z 9.04.2019 r., KIO 509/19);

2) „W innym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza stanęła na stanowisku, żeprzejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty - w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstęstwa od prawidłowego kalkulowania cen - bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2017 r. w sprawie KIO 473/17). Za działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami (a w konsekwencji za czyn nieuczciwej konkurencji) Krajowa Izba Odwoławcza uznała również działanie wykonawcy - profesjonalisty obowiązane do należytego działania - polegające na przyjęciu wartości dla poszczególnych zadań, z pominięciem realności ponoszonych kosztów (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2015 r. w sprawie KIO 2553/15). W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej pojawił się również pogląd, że o ile oferowanie ceny rażąco niskiej - tj. poniżej kosztów w celu eliminacji innych przedsiębiorców, stanowi czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, o tyle manipulacja cenowa polegająca na rażącym zawyżeniu części kosztów, pozwalającym na obniżeniu kosztów pozostałych oraz uzyskanie nienależnego zysku poprzez optymalizację podatkową niewątpliwie wypełnia znamiona określone w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Argumentacja przeciwna - że niedozwoloną manipulację cenową można stwierdzić jedynie w powiązaniu z ceną rażąco niską, pozostawałaby w sprzeczności z celem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji a pośrednio również z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP (obecnie art. 226 ust. 1 pkt 8 nowej ustawy PZP) - uniemożliwiałoby bowiem eliminowanie ofert ze zmanipulowanymi - ale nie rażąco niskimi - cenami (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 listopada 2020 r. w sprawie KIO 2680/20)” (wyrok KIO z 27.06. 2022r., KIO 1465/22).

3) (...) nie ma przy tym znaczenia to, czy takie „przerzucenie” kosztów dotyczy ich całości, czy tylko części. Istotą jest bowiem próba obciążenia zamawiającego tymi kosztami lub ich częścią bez względu na to czy zamawiający zamówi wykonanie usług generujących te koszty czy ich nie zamówi. Z punktu widzenia przepisów Pzp i ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie ma też znaczenia wartość kwotowa takiej manipulacji, ale sam fakt jej wystąpienia. Dla oceny tej sytuacji nie ma wreszcie znaczenia czy popełnienie takiego czynu ma wpływ na wynik klasyfikacji wykonawców, czy też takiego wpływu nie ma, albowiem obowiązek odrzucenia takiej oferty jest bezwzględny i wynika z kategorycznego brzmienia przepisów. (wyrok KIO z 22.12.2016 r., KIO 2230/16).

4) Okolicznością przesądzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc "manipulowanie" proporcjami poszczególnych usług (...) Przejawem manipulacji cenowej nie jest jedynie przyjmowanie rażących dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty – w niegodziwym celu - wyeliminowania w ten sposób konkurencji, ale wszelkie znaczące i wyraźnie wskazujące na taki zamiar - odstępowania od prawidłowego kalkulowania cen – bez powiązania z ich realnymi kosztami uzyskania. (wyrok KIO z 28.03.2017 r., KIO 473/17).

4.47 Bez znaczenia pozostaje również fakt, że wynagrodzenie określone w PPU ma charakter ryczałtowy. Po pierwsze, wykonawca jest zobowiązany do rzetelnej wyceny prac, odpowiadającej rzeczywistości ponoszonym kosztom, niezależnie od tego czy otrzymuje wynagrodzenie w modelu obmiarowym czy ryczałtowym. Co więcej, to „ryczałtowe” wynagrodzenie i tak de facto będzie ustalane i rozliczane według kosztorysu – zgodnie z PPU wykonawca ma sporządzić HRF z uwzględnieniem cen dla poszczególnych Odcinków Realizacyjnych (§1 ust. 2 pkt. 9) PPU w zw. z § 21 PPU) oraz szczegółowy kosztorys ofertowy, który będzie stanowił załącznik nr 6 do umowy.

4.48 Również w orzecznictwie KIO przyjmuje się, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie ma wpływu na to, czy wykonawca dopuścił się manipulacji cenowej, a w konsekwencji czynu nieuczciwej konkurencji, w postępowaniu, w którym ostatecznie zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe Izba uznała, że: Ceny jednostkowe stanowią istotny element rozliczeń stron, jak również element determinujący poziom zapotrzebowania finansowego, które musi zabezpieczyć Zamawiający. W sytuacji, gdy ceny jednostkowe - z uwagi na dokonane przerzucenie kosztów - zostały zawyżone i to w pozycjach dotyczących robót wykonywanych na wczesnym etapie inwestycji, Zamawiający płaciłby za ten element zamówienia kwoty wyższe, niż gdyby ceny jednostkowe zostały wyliczone w sposób rzetelny. Zamawiający płaciłby oczywiście po wykonaniu tych prac, co nie zmienia faktu, że ponosiłby już wówczas również koszty innych elementów inwestycji, które wykonawca bezpodstawnie przypisał do wyceny tego wczesnego etapu inwestycji. Dodatkowo, w razie ryzyka niewykonania przez wykonawcę prac na dalszych etapach inwestycji, Zamawiający poniósłby koszty niewspółmierne do zakresu wykonanych robót. Zamawiający trafnie argumentował w odpowiedzi na odwołanie, że w sytuacji, w której umowa z danym wykonawcą zostałaby rozwiązana, mogłoby się zdarzyć, że Zamawiający w sposób istotny przeplaciłby za realizację danych prac i miałby problem ze środkami na ich dokończenie przez inny podmiot; jak również, że w polskich realiach, w szczególności w zakresie robót budowlanych, doświadczony zamawiający musi brać taką okoliczność pod uwagę, by - uwzględniając fakt dysponowania środkami publicznymi – móc zabezpieczyć się przed nią (...) W powyższym wyroku Izba stwierdziła również, że: przy przyjętej przez Odwołującego inżynierię cenowej, interes Zamawiającego (klienta) mógł zostać zagrożony - chociażby z uwagi na podane powyżej ryzyka, jak również z uwagi na postawienie Zamawiającego przed koniecznością dokonywania płatności nieadekwatnych do wartości wykonanych robót. (wyrok KIO z 03.08.2016 r., KIO 1315/16, KIO 1324/16).

4.49 W powyższym orzeczeniu Izba uznała również, że: działanie wykonawcy mogło naruszać interes konkurentów, dając Odwołującemu możliwość uzyskania przewagi nad pozostałymi wykonawcami w sposób naruszający rzetelność, przejrzystość oraz zasady uczciwej konkurencji. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach wskazał, że ujęcie kosztów w danej pozycji, pozwoli wykonawcy na pokrycie niezbędnych kosztów realizacyjnych i bieżące finansowanie budowy bez konieczności ponoszenia dodatkowych kosztów finansowych w postaci kredytu. W ocenie Izby, przedmiotowe wyjaśnienia wskazują na taktykę nakierowaną na polepszenie swojej sytuacji kosztem Zamawiającego i innych wykonawców, w tym na chęć uzyskania swoistego rodzaju zaliczek na finansowanie budowy, co mogło dawać wykonawcy nieuzasadnioną przewagę nad konkurentami przy konstruowaniu wyceny oferty, chociażby poprzez możliwość obniżenia ceny swojej oferty z uwagi na to, że zakładając pozyskiwanie od Zamawiającego finansowania większego niż realna wartość robót, a więc zakładając pozyskiwanie swoistego rodzaju niedozwolonych zaliczek, wykonawca mógł obniżyć cenę swojej oferty z uwagi na przyjęcie, że daje mu to możliwość uniknięcia dodatkowych kosztów związanych z kredytowaniem (wyrok KIO z 03.08.2016 r., KIO 1315/16, KIO 1324/16).

4.50 Mechanizm przyjęty przez DORACO do wyceny oferty, polegający na przerzuceniu kosztów wykonania prac Odcinka Realizacyjnego II do prac Odcinka Realizacyjnego I stanowi zatem czyn nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 3 ust. 1 UZNK. Po pierwsze, czyn DORACO jest działaniem na niekorzyść innych przedsiębiorców/wykonawców - DORACO obniżyło w ten sposób koszty finansowania robót, ponieważ wcześniej otrzyma od Zamawiającego wyższe wynagrodzenie, a tym samym mogło obniżyć również koszty całej oferty). Po drugie, działanie DORACO narusza interesy klienta, ponieważ Zamawiający będzie zobowiązany zapłacić DORACO wyższe wynagrodzenie na wcześniejszym etapie realizacji inwestycji lub za prace, które w ogóle niewykonane. W konsekwencji, oferta DORACO powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 7) PZP jako złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

4.51 Co więcej, działanie DORACO należy uznać za sprzeczne z warunkami zamówienia, opisanymi w SWZ oraz PPU Skoro Zamawiający oczekiwał w ofercie wyceny odrębnie dla każdego Odcinka Realizacyjnego (vide: pkt. 1 Formularza

Ofertowego oraz §11 ust. 1 PPU), to oznacza, że wykonawca powinien wycenić realne koszty wykonania prac, odrębnie dla każdego z Odcinków Realizacyjnych. Co więcej, postanowienia PPU dotyczące możliwości ograniczenia zakresu zamówienia (§18 ust. 2 PPU), zmniejszenia zakresu prac (§11 ust. 4 PPU w zw. z §18 ust. 2 PPU w zw. z §21 ust. 2 PPU) czy wyceny robót o podobnym charakterze (§21 ust. 5, 6, 7, 8 PPU) również wskazują na to, że Zamawiający oczekiwał realnej wyceny, odpowiadającej

rzeczywistym kosztom wykonania poszczególnych zakresów prac. Dokonana przez DORACO

optymalizacja jest również sprzeczna z podstawowymi zasadami systemu zamówień publicznych i wypacza ich ekonomiczny sens, a w szczególności z zasadą celowego i gospodarnego wydatkowania środków publicznych przez zamawiającego jak również z cywilistyczną zasadą ekwiwalentności wzajemnych świadczeń. Powyższe uzasadnia również odrzucenie oferty DORACO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

5. UZASADNIENIE ZARZUTU EWENTUALNEGO RAŻĄCO NISKIEJ CENY W ZAKRESIE WYCENY OI REALIZACYJNO II (PKT. 1.6 ODWOŁANIA)

5.1 Uwzględniając argumentację przedstawioną w pkt. 4 powyżej (zarzut czynu nieuczciwej konkurencji) oraz koszty wykonania poszczególnych zakresów robót dot. Odcinka Realizacyjnego I i Odcinka Realizacyjnego II przedstawione w tabeli pkt. 4.18 Odwołania należy uznać, że Doraco nie będzie w stanie wykonać robót dot. Odcinka Realizacyjnego II za zaoferowaną cenę: 142 935 963,00 zł brutto. Wyjaśnienia RNC wykonawcy DORACO, które mają rzekomo potwierdzać realność wyceny obejmują zbiorcze koszty wykonania robót (które i tak nie pozwalają na ich wykonania – szczegółowa argumentacja w zarzucie nr 1.3. odwołania). Wykonawca DORACO celowo nie przedstawił wyjaśnień RNC w podziale na zakresy realizacyjne tj. Odcinek Realizacyjny I i Odcinek Realizacyjny II, ponieważ nie byłby w stanie wykazać realności wyceny i wykonania robót dla dłuższego z odcinków tj. Odcinka Realizacyjnego II. Powyższe uzasadnia z kolei odrzucenie oferty DORACO na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z 224 ust. 1, 5 i 6 PZP, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę istotnych elementów składowych oferty oraz z uwagi na fakt, że wyjaśnienia przedłożone przez DORACO nie pozwalają uznać, że wykonawca będzie w stanie wykonać poprawnie zamówienia za zaoferowaną cenę.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 czerwca 2023 r. wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że:

Odwołujący swoje twierdzenia oparł tak naprawdę na kilku zarzutach, które zdaniem Zamawiającego są zbyt ogólne, nieoparte dowodami oraz nie uwzględniają stanu faktycznego niniejszej sprawy.

W ocenie Zamawiającego oferta Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. nie została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, jest zgodna z wymaganiami zawartymi w dokumentach zamówienia, w tym w opisie przedmiotu zamówienia i nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów, wskazuję na poniższe rozważania:

1. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

Na wstępie wskazać należy, że Wykonawca KB DORACO Sp. z o.o. oświadczył w ust. 3 FORMULARZA OFERTY, iż przedmiot oferty jest zgodny z przedmiotem zamówienia. W wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny (pismo z dnia 03.03.2023 r.) potwierdził, że złożona oferta jest zgodna z SWZ oraz oświadczył, że cena obejmuje wszystkie koszty wykonania zamówienia, w tym zysk wykonawcy oraz wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, a kalkulacja została wykonana zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

W treści odwołania PORR S.A. nie udowodniła, aby oferta Korporacji Budowlanej DORACO sp. z o.o. była niezgodna z warunkami zamówienia, a swoje twierdzenia oparła na swoich domniemaniach.

W treści odwołania PORR S.A. wskazała: *Sposób sformułowania oferty podwykonawcy wskazuje, że DORACO zamierza wykonać zamówienie w sposób niezgodny z warunkami określonymi w Dokumentacji Projektowej. Podkreślenia wymaga fakt, że Dokumentacja Projektowa obejmuje Projekt Wykonawcy w zakresie robót hydrotechnicznych (vide pkt. 2.1 ppkt2) odwołania powyżej), zgodnie z którym wykonawca powinien wykonać prace. Poczynione w ofercie podwykonawcy zastrzeżenia, iż wycena nie obejmuje kosztów wykonania zmian projektowych oraz projektu wykonawczego, świadczą o tym, że wykonawca DORACO zamierza wykonać oraz przyjął do wyceny rozwiązanie odmienne od określonych w Dokumentacji Projektowej, w tym w Projekcie Wykonawczym.*

Zdaniem Zamawiającego powyższe zapisy podwykonawcy zostały stworzone przez tego podwykonawcę i stanowią zdaniem Zamawiającego swego rodzaju zabezpieczenie na wypadek ewentualnych przyszłych zmian. Jest to powszechnie występujące w obrocie zabezpieczenie, przed ewentualną zmianą przedmiotu zamówienia, tak aby podwykonawca był zabezpieczony przed ewentualnymi zmianami wprowadzonymi przez Zamawiającego. Zarzut Odwołującego opiera się na daleko idącym i błędnie wywnioskowanym z oferty podwykonawcy domniemaniu, że podwykonawca wycenił co innego niż zawarto w treści SWZ. Stwierdzenie, iż cena nie obejmuje: ... „17. Kosztów zmian projektowych i uzgodnień technologicznych” wbrew sugestiom Odwołującego raczej wprost wskazuje, iż taka ewentualność nie była brana pod uwagę w złożonej ofercie, a podwykonawca wycenił wyłącznie roboty przewidziane w

dokumentacji projektowej.

Odnosząc się do zarzutu z pkt 2.4. lit. c) odwołania należy wskazać, iż przekazanie przed rozpoczęciem prac zaakceptowanego przez Zamawiającego projektu wykonawczego/technologicznego jest normalną procedurą. Taki projekt nie zmienia przyjętej technologii, ale przedstawia z większą dokładnością kolejność i szczegółowość realizacji robót. Taki projekt jest wprost wskazany w dokumentach zamówienia - *Projekt Budowlany nr 12105/PB/2017 Tom 04 Przebudowa nabrzeża Helskie I i Oksywskie. Konstrukcje hydrotechniczne – Etapy 1 do 4. Punkt 7 WYTTCZNI TECHNOLOGICZNE*) cytata: „Realizując projekt przebudowy Nabrzeża Helskiego I i Nabrzeża Oksywskiego Wykonawca zobowiązany jest do wykonania projektu technologicznego...”

Dalej w treści odwołania czytamy: „W tym miejscu należy zaznaczyć, że zgodnie z Projektem Budowlanym i Projektem Wykonawczym rury stalowe o średnicy 813 mm powinny zostać wykonane w technologii pali wierconych: (...) Na szczególną uwagę zasługuje punkt 7 opisu technicznego Projektu Budowlanego, gdzie w sposób szczegółowy określono wytyczne technologiczne dla robót związanych z wykonaniem palisady z rur stalowych wprost wskazując konieczność przyjęcia metody wiercenia przy instalacji rur. Metody katarowe zostały jedynie dopuszczone dla wykonania niewielkiego zakresu pali, stanowiących fundament nadbudowy płytowej przy Nabrzeżu Oksywskim (pale o średnicy 508mm z dnem zamkniętym): (...) Rozbieżność co do założonego przez DORACO i podwykonawcę sposobu wykonania robót polega w szczególności na technologii wykonania prac. W ofercie użyto bowiem enigmatycznego sformułowania, że roboty będą dotyczyły „wykonania instalacji pali” (bez jednoznacznego wskazania na technologię wykonania robót) oraz jednocześnie posłużono się sformułowaniem sugerującym wykonanie robót za pomocą katar (...). Roboty katarowe oznaczają co do zasady wykonanie prac z użyciem kataru, czyli urządzenia służącego do wbijania pali, podczas gdy roboty palowe wykonawca musi wykonać w technologii pali wierconych.”

Posłużenie się zwrotem *roboty katarowe* również nie oznacza, że wykonawca DORACO planuje realizować prace za pomocą kataru. W branży hydrotechnicznej powszechnym jest stosowanie określenia „prac katarowych” w zakresie wszelkich prac związanych z pograżaniem elementów posadowienia pośredniego takich jak pale, ścianki itp... nie tylko za pomocą kataru ale również i innych sprzętów do tego używanych – co ma swoje odzwierciedlenie, również w wyjaśnieniach złożonych przez Odwołującego, w których to sam używa zwrotu *roboty katarowe* i zalicza do tej grupy roboty związane z wykonaniem palościanki oraz w dokumentacji projektowej w której wykonanie stalowej palościanki zostało zaliczone do robót katarowych. Nie można na podstawie oferty podwykonawczej uznać, że prace zostaną wykonane niezgodnie z dokumentacją projektową (w ofercie nie ma żadnego zapisu, który wskazywałby na odmiennosc od dokumentacji przetargowej) i w tym zakresie Odwołujący nie sprostaa ciężarowi dowodu.

Na marginesie wskazać należy, że jedynym udziałowcem podwykonawcy Stump Franki sp. z o.o. jest Odwołujący, a tym samym nie sposób domniemywać, że zapisy umieszczone przez tego podwykonawcę mają z góry powzięty zamiar, jakim jest wykonanie zamówienia niezgodnie z jego warunkami.

Dowód: Odpis z KRS Stump Franki sp. z o.o.

Dalej w odwołaniu PORR S.A. wskazała: „Szczegółowa analiza Załącznika A oraz ofert dostawców i podwykonawców prowadzi do wniosku, iż oferta wykonawcy DORACO jest niezgodna z warunkami zamówienia opisanymi w dokumentach zamówienia, w tym Projekcie Budowlanym, Projekcie Wykonawczym oraz STWiORB, ponieważ w ofercie DORACO nie przewidziano kosztów wykonania prac wymaganych w Dokumentacji Projektowej. Koszty szeregu istotnych prac opisanych poniżej nie zostały przez DORACO wykazane, co pozwala uznać, iż zaoferowana cena w zakresie kluczowych części zamówienia jest za niska i nie pozwala na wykonanie zamówienia za zaoferowaną cenę a wykonawca DORACO nie wykazał, że wykona całość zamówienia za zaoferowaną cenę (nie obalił domniemania rażąco niskiej ceny).” –z czym nie sposób się zgodzić.

W tym miejscu należy wskazać, że o istotności danych prac decydują poszczególni wykonawcy, albowiem Zamawiający nie sprecyzował w wezwaniu do złożenia wyjaśnień, które prace mają być szczegółowo wycenione. Zdaniem Zamawiającego wyjaśnienia Korporacji Budowlanej Doraco sp. z o.o. były na tyle rynkowe, konkretne, jednoznaczne, że przekonały Zamawiającego, że prace te zgodne są z warunkami zamówienia i są oszacowane w sposób rynkowy (a oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej).

Mając na uwadze powyższą argumentację uznać należy, że oferta Korporacji Budowlanej DORACO sp. z o.o. jest zgodna z warunkami zamówienia, a przedmiotowe odwołanie jest bezpodstawne.

2. Rażąco niska cena.

Zgodnie z Rozdziałem XVIII SWZ:

1. Wykonawca określa całkowitą, ryczałtową cenę netto oraz brutto za realizację Przedmiotu Zamówienia w Formularzu oferty, sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ,
2. Podana cena ofertowa musi być ryczałtowa, ostateczna, kompletna, jednoznaczna. Ponadto musi uwzględniać wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego w niniejszej SWZ oraz obejmować wszystkie zobowiązania Wykonawcy, obejmować wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi

przepisami realizacji przedmiotu Zamówienia. Cena ta będzie stała i nie może się zmienić z wyjątkiem przypadków opisanych w Ustawie oraz we wzorze Umowy, stanowiącym Załącznik nr 4 do SWZ.

3. Przedmiary robót będące częścią Dokumentacji projektowej stanowiącej Załącznik nr 3 do SWZ mają charakter informacyjny. W przypadku pojawienia się różnic jako wiążące należy przyjąć zapisy z Dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB).

4. Wykonawca zobowiązany jest do uwzględnienia w cenie oferty wszelkich kosztów związanych z kompleksowym wykonaniem Przedmiotu Zamówienia, w tym w szczególności kosztów:

- 1) wszystkich niezbędnych badań, pomiarów itp.;
- 2) opracowania projektu tymczasowej organizacji ruchu na czas prowadzenia Robót i spełnienia jego zapisów;
- 3) tymczasowego oznakowania akwenów nawigacyjnych w porozumieniu z Kapitanem Portu i Inwestorem oraz Użytkownikami nabrzeży.
- 4) kompleksowej obsługi geotechnicznej i geodezyjnej łącznie z geodezyjnym wytyczeniem;
- 5) związanych z zapewnieniem właściwych warunków wynikających z przepisów BHP i Planu BIOZ;
- 6) odtworzenia zniszczonych istniejących układów dróg lokalnych w tym rejonie i terenu zaplecza budowy;
- 7) całodobowego dozoru terenu budowy;
- 8) związanych z przekazaniem odpadów firmom posiadającym zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i przetwarzania odpadów określonego rodzaju;
- 9) prób i odbiorów technicznych, w tym uzyskania pozwoleń na użytkowanie poszczególnych odcinków;
- 10) wywozu na wysypisko i utylizacji materiałów pochodzących z rozbiórki, kosztów wywozu złomu i materiałów i produktów do ponownego użycia;
- 11) Robót niezbędnych do zagwarantowania bezpiecznej, ciągłej eksploatacji obiektów w rejonie terenu budowy – pozostających jako czynne w trakcie prowadzenia Robót;
- 12) przerw w prowadzeniu Robót spowodowanych przerwami technologicznymi, warunkami eksploatacyjnymi oraz warunkami meteorologicznymi;
- 13) doprowadzenia do należytego stanu i porządku terenu budowy (a w razie korzystania - sąsiednich terenów) po wykonaniu Robót;
- 14) opracowania dokumentacji odbiorowej;
- 15) utrzymania i odwodnienia wykopów;
- 16) zabezpieczenia i utylizacji zanieczyszczeń ropopochodnych;
- 17) sondaży roboczych i urzędowych;
- 18) przestojów sprzętu, mobilizacji i demobilizacji sprzętu;
- 19) uzyskania ewentualnych niezbędnych pozwoleń i decyzji;
- 20) zabezpieczenia realizacji Robót w warunkach zimowych (ocieplanie, podgrzewanie, stosowanie dodatków do betonu, ew. zabezpieczenie namiotami i nagrzewnicami);
- 21) podłączenia i zużycia mediów;
- 22) zorganizowania zaplecza budowy (włącznie z pomieszczeniem dostosowanym do prowadzenia cotygodniowych narad roboczych z inspektorami nadzoru) i zabezpieczenia budowy, w tym zaplecza (ogrodzenia i dozoru);
- 23) oznakowania i dozoru sprzętu;
- 24) zakupu materiałów, kosztów pośrednich, zysku;
- 25) dojazdu, podatków i innych czynników;
- 26) ubezpieczenia OC - zgodnie z §16 Wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ (z wyjątkiem kosztu ubezpieczenia CAR/EAR, co do którego gestia ubezpieczeniowa leży po stronie Zamawiającego);
- 27) wykonania projektu robót czerpalnych;
- 28) innych, niezbędnych do wykonania Przedmiotu Zamówienia.

Podstawę wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny stanowił art. 224 ust. 2 pkt. 1). (pismo Zamawiającego znak ZU-612/SWZ-29/83/MW/23/2023 z dnia 15.02.2023 r.) Przepis ten odwołuje się do ceny całkowitej oferty, a nie jej elementów. Nadto wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość w jednej sumie pieniężnej.

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego, typowo stosowanego na rynku usług budowlanych, jest uzgodnienie przez strony oznaczonej kwoty należnej przyjmującemu zamówienie jako ekwiwalentu za wykonanie obiektu, bez powiązania (wprost) z rozmiarem świadczonych prac i wartością poniesionych kosztów. Wykonawca w oparciu o powierzony zakres prac winien w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego dokonać analizy tego zakresu i przy przewidzeniu wszelkich możliwych ryzyk określić swoje całkowite wynagrodzenie, ponosząc całkowitą odpowiedzialność za poprawność wyceny i prawidłowość identyfikacji przedmiotu zamówienia.

Znaczącym jest Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 5 października 2017 roku (I ACa 380/16) „Jeżeli zamawiający przyjął zasadę wynagrodzenia ryczałtowego przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia

kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót należy przypisać charakter dokumentu pomocniczego."

Zgodnie z art. 224 ust. 2 pkt 1) ustawy PZP w przypadku gdy cena całkowita oferty złożonej w terminie jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 i 10 PZP, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Wskazanie w przywołanym przepisie okoliczności jako alternatywy łącznej „lub” powoduje, że w przypadku, gdy wystąpi co najmniej jedna z nich Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający, aby ustalić czy zaoferowana w ofercie cena nie jest rażąco niska wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących sposobu wyliczenia ceny przedmiotowej oferty w szczególności w następującym zakresie:

- 1) zarządzania procesem produkcji, świadczonych usług lub metody budowy;
- 2) wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo korzystnych warunków dostaw, usług albo związanych z realizacją robót budowlanych;
- 3) oryginalności dostaw, usług lub 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) lub przepisów odrębnych właściwych dla spraw, z którymi związane jest realizowane zamówienie;
- 5) zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie;
- 6) zgodności z przepisami z zakresu ochrony środowiska;
- 7) wypełniania obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Zamawiający jednocześnie prosił o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych nie wskazując, jednakże o jakie elementy chodzi. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie określają minimalnej treści wezwania do wyjaśnień dokonywanego przez zamawiającego na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający nie wymagał na etapie składania ofert ani na etapie składania wyjaśnień kosztorysów szczegółowych.

W tym miejscu warto przywołać Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 stycznia 2023 roku (KIO 65/23), gdzie wskazano „Wyjaśnienia wykonawcy w zakresie ceny winny być na tyle konkretne i szczegółowe, aby na ich podstawie zamawiający był w stanie dowiedzieć się, jakie okoliczności właściwe wzywanemu do wyjaśnień wykonawcy spowodowały obniżenie ceny jego oferty i w jaki sposób przekładają się one na poziom kosztów, czy jakich oszczędności wykonawca mógł dzięki nim dokonać. Przy czym nie można wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który zaniechał wyjaśnienia składników ceny w określony sposób, w sytuacji, gdy treścią wezwania Zamawiającego nie był do tego zobowiązany. Innymi słowy, wyjaśnienia ceny wraz z dowodami muszą skłonić Zamawiającego do przekonania, że generowane oszczędności czy też szczególne warunki wpływające na obniżenie ceny pozwalają na zrealizowanie zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, przy czym wykonawca nie musi w szczegółach wyjaśniać każdej pozycji kosztowej, jeśli nie został do tego zobowiązany treścią wezwania."

Brak negatywnych konsekwencji dla wykonawcy wynika również z wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 29 marca 2012 r. C-599/10 *Sag Slovensko*: "instytucja zamawiająca powinna w sposób jasny sformułować żądanie skierowane do danych kandydatów, celem umożliwienia im uzasadnienia w sposób kompletny i użyteczny poważnego charakteru ich oferty" (zob. także: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2020 r., sygn. 150/20). Przy czym wezwanie do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny, mimo że dotyczyło kwestii ogólnych, było precyzyjne, ponieważ Zamawiający nie kwestionował żadnych elementów cenotwórczych. Wyjaśnienia, które otrzymał Zamawiający, były adekwatne do okoliczności faktycznych i tych ekonomiczno-organizacyjnych aspektów funkcjonowania przedsiębiorstwa Korporacji Budowlanej DORACO sp. z o.o., które na cenę podaną w ofercie wywarły wpływ. W ocenie Zamawiającego przystępujący po stronie Zamawiającego podał na tyle konkretne informacje, że możliwe jest ich przełożenie na uchwytne i wymierne wartości ekonomiczne, a także możliwa ich weryfikacja oraz ocena wiarygodności (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lutego 2015 r., sygn. KIO 178/15, KIO 197/15, KIO 198/15).

Zamawiający zadał ogólne pytanie dotyczące rażąco niskiej ceny, z uwagi na fakt, że przyjęta cena jest ceną ryczałtową, a załączony do dokumentów zamówienia przedmiar ma charakter pomocniczy – a zatem każdy wykonawca mógł dokonać wyceny w inny sposób. Jak zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 sierpnia 2016 r. (sygn. KIO

1315/16, KIO 1324/16): „W orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego jego istotą jest określenie wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy wewnętrznej struktury ceny”.

Wyjaśnienia Korporacji Budowlanej DORACO sp. z o.o. przekonały Zamawiającego, że wskazana cena nie jest rażąco niska.

Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną rynkową i realną, co zostało potwierdzone ofertami podwykonawców i dostawców złożonymi wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny. Zaoferowana cena jest zbliżona do ceny ofert niepodlegających odrzuceniu, co potwierdza jej wiarygodność. Dodatkowo Wykonawca w treści wyjaśnień wskazał Zamawiającemu okoliczności wpływające na sprzyjające warunki i możliwości wykonania zamówienia, dostępne dla wykonawcy w sposób indywidualny. To między innymi:

- długoletni staż na rynku budowlanym i wieloletnia współpraca z dostawcami materiałów oraz podwykonawcami robót pozwalająca na uzyskania upustów w ramach tej współpracy,
- doświadczenie w wykonywaniu robót budowlanych,
- obecność w pobliżu miejsca planowanej inwestycji i związana z tym minimalizacja kosztów, np. delegacji, dojazdów zakwaterowania pracowników itp.,

- posiadanie własnych zasobów sprzętowych

Sposób kalkulacji ceny jest sprawą indywidualną każdego oferenta z uwagi na fakt, że każdy podmiot posiada własną specyfikę działania i określony potencjał. Cena oferty jest zatem wynikiem szeregu elementów:

- własnego potencjału kadrowego

- kosztów ogólnych

- własnego potencjału sprzętowego i kosztów pracy urządzeń

- wysokości założonego zysku

- cen materiałów

- cen podwykonawstwa

- wielkości uzyskanych rabatów

- źródeł dostaw

- przyjętych metod wykonywania robót i rozwiązania techniczne dające oszczędności przy realizacji robót (w granicach określonych w dokumentach zamówienia)

- oszacowania ryzyk

W związku z powyższym Odwołujący nie może odnosić ceny Wykonawcy Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. w kwestii kształtowania kosztów ogólnych do własnej strategii finansowej, która może być zupełnie inna.

Zamawiający skonfrontował wyjaśnienia złożone przez Wykonawcę z szeregiem innych okoliczności, w tym do pozostałych ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i niepodlegających odrzuceniu. Ponadto w tym miejscu należy zauważyć, że z doświadczenia Zamawiającego wynika, że wskazana przez Korporację Budowlaną DORACO sp. z o.o. cena jest realna. Oszacowanie wartości zamówienia w niniejszym postępowaniu nastąpiło w okresie, gdzie przez okoliczności geopolityczne, konflikt zbrojny w Ukrainie, ceny robót i materiałów (w szczególności stali) znacznie wzrosły. Obecnie poziom cen robót i materiałów budowlanych zbliżył się do poziomu sprzed wojny w Ukrainie. Zamawiający dysponuje kosztorysami robót sporządzonymi przed wzrostem cen tj. w lutym 2021 roku, które wskazują łączną cenę wykonania robót objętych niniejszym postępowaniem na poziomie 299.898,563,48 PLN (w niniejszym postępowaniu będą dwa etapy, które obejmują etapy I-IV z poprzedniego kosztorysu).

Dowód: Wyciąg z kosztorysu z lutego 2021 roku wraz z zestawieniem kosztorysów.

Jak zauważył sam Odwołujący w swoich wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny, w przedmiotowym postępowaniu biorą udział wiodące firmy budowlane uczestniczące niemal we wszystkich przetargach hydrotechnicznych, a więc mające pełne rozeznanie co do poziomu stawek występujących na rynku. Dodatkowo wskazać należy, że cen ofertowe Odwołującego, jak i Korporacji Budowlanej DORACO sp. z o.o. były bardzo zbliżone.

W związku z powyższym, dokonując szerokiej analizy wszystkich ofert niepodlegającym odrzuceniu, uznać należy, że cena zaoferowana przez Korporację Budowlaną DORACO sp. z o.o. nie nosi znamion ceny rażąco niskiej.

3. Przenoszenie kosztów pomiędzy etapami.

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”. W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie dostrzega działania Korporacji Budowlanej DORACO sp. z o.o. niezgodnego z prawem, dobrymi obyczajami, naruszającego interes innego przedsiębiorcy lub interes Zamawiającego.

Zamawiający podkreśla, że jedynym kryterium wyboru oferty jest cena ryczałtowa brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie oceniał każdego odcinka realizacyjnego osobno. Odrębna wycena dla każdego odcinka realizacyjnego nie prowadzi do wyeliminowania na tej podstawie innych wykonawców. W strukturze cen oferty Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. nie ma żadnej matematycznej zależności pozwalającej otrzymać najwyższą

punktację. Ponadto zaofertowana cena ryczałtowa za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną rynkową, porównywalną z innymi złożonymi w przedmiotowym postępowaniu. Ceny ryczałtowe w poszczególnych odcinkach realizacyjnych nie są ani absurdalnie wysokie, ani rażąco niskie. Nie ma też w tym przypadku rażących dysproporcji w stosunku do pozostałych wykonawców wskazujących na manipulację cenową.

W odwołaniu PORR S.A. wskazała: *Zamawiający konstruując w opisany powyżej sposób strukturę zamówienia (podział na dwa odrębne Odcinki Realizacyjne, których wykonanie zakończone jest uzyskaniem dwóch odrębnych decyzji o pozwoleniu na użytkowanie) i ustalając ich sekwencyjność (tj. możliwość rozpoczęcia realizacji II Odcinka Realizacyjnego po zakończeniu I Odcinka Realizacyjnego), oczekiwał realnej i odrębnej wyceny każdego z Odcinków Realizacyjnych.*

Podkreślić należy, że podział zamówienia na dwa odcinki realizacyjne wynika wyłącznie z potrzeb eksploatacyjnych Zamawiającego. Jak informował Zamawiający w Rozdziale IV ust. 5 pkt 6) SWZ wyłączony z użytkowania będzie tylko odcinek nabrzeża, na którym prowadzone będą prace, pozostała część nabrzeża będzie nadal eksploatowana, aby umożliwić podmiotom funkcjonującym na Nabrzeżu Helskim I prowadzenie działalności. Ewentualna zwłoka w wykonaniu odcinka realizacyjnego obarczona jest karą umowną, o której mowa w § 14 ust. 1 pkt 1) Projektowanych postanowień umowy stanowiących załącznik do SWZ, określoną procentowo w stosunku do wynagrodzenia ryczałtowego brutto za dany odcinek realizacyjny. Nie ma więc żadnych korzyści w zawyżaniu ceny dla I odcinka realizacyjnego.

Wykonanie przebudowy nabrzeża w technologii pograżania pali jest bardziej kosztowne w początkowym okresie z uwagi na fakt, że z rozpoczęciem budowy wiązać się dodatkowe koszty nie ponoszone (lub ponoszone w mniejszym zakresie) na dalszych etapach prac, np.: związane z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koniecznością zabezpieczenia większej powierzchni placów składowych, mobilizacja sprzętu itp. Zamawiający ma świadomość, że przyjęta technologia wykonywania robót jest pierwszy raz stosowana w polskich portach morskich co może się wiązać z ryzykiem poniesienia większych kosztów przez Wykonawcę w początkowej fazie realizacji robót. Po realizacji pierwszego odcinka Wykonawca będzie posiadał już odpowiednie doświadczenie w danej technologii i prawdopodobnym jest, że będzie w stanie wykonać drugi odcinek szybciej i taniej.

Założenie Odwołującego (przyjęte w pkt 4.40 odwołania), że przewidziana w §18 możliwość rezygnacji z wykonania części zamówienia dotyczyć będzie wyłącznie II odcinka realizacyjnego jest błędne i nielogiczne. Nigdzie w dokumentacji zamówienia nie wskazuje się, że ewentualna rezygnacja z części zamówienia może dotyczyć wyłącznie II odcinka realizacyjnego. Ponadto, przyjmując tok myślenia Odwołującego, rezygnacja z części realizacji zamówienia mogłaby także dotyczyć wyłącznie I odcinka realizacyjnego, a w takim zaś wypadku przyjęty sposób kalkulacji KB Doraco Sp. z o.o. narażałby tego Wykonawcę na straty. Co prawda Zamawiający może ograniczyć realizację zamówienia do 30% ceny ofertowej, ale zapisy dotyczące tego ograniczenia znalazły się w dokumentacji przetargowej z daleko idącej ostrożności, spełniając wymogi ustawowe. Zamawiający nie zamierza rezygnować z przebudowy nabrzeża w jakiegokolwiek części, albowiem przedmiot zamówienia objęty jest Umową o dofinansowanie Nr POIS.03.02.00-00-0070/18-00 z dnia 28.12.2018 r. i w Aneksie nr POIS.03.02.00-00-0070/18-01 z dnia 05.12.2019 r., pod poz. Nr 10, zad. 9 Harmonogramu Realizacji Projektu w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko 2014 – 2020, Oś priorytetowa III „Rozwój sieci drogowej TEN - T i transportu multimodalnego” Działanie 3.2 Rozwój transportu morskiego, śródlądowych dróg wodnych i połączeń multimodalnych w ramach projektu „Pogłębianie toru podejściowego i akwenów wewnętrznych Portu Gdynia - Etapy I i III oraz przebudowa nabrzeży w Porcie Gdynia - Etapy II i III”, o czym informował w dokumentach zamówienia (SWZ oraz załącznik nr 4 do SWZ).

Zamawiający w ramach umowy o dofinansowanie zobowiązany jest między innymi osiągnąć wskaźnik rezultatu w postaci przebudowania określonej długości nabrzeży. Ewentualna rezygnacja z przebudowy II odcinka realizacyjnego wiązałaby się z niedotrzymaniem warunków umowy o dofinansowanie i utrata przez Zamawiającego środków finansowych. Ograniczenie przedmiotu zamówienia w zamyśle Zamawiającego mogłoby dotyczyć np. wyposażenia nabrzeża, szyny poddźwigowej na nabrzeżu, a nie samej przebudowy. Rezygnacja z przebudowy części czy też całego odcinka realizacyjnego powodowałaby bezcelowość całej inwestycji z uwagi na przeznaczenie nabrzeża i jego funkcjonalność.

Odwołujący w swoim zarzucie kreuje hipotetyczne ryzyko. Powyższa możliwość ograniczenia dotyczy całości zamówienia, a nie tylko, jak zdaje się sugerować Odwołujący, do II Odcinka Realizacyjnego. A zatem nie może być mowy o żadnej „optymalizacji cenowej” celem przesunięcia kosztów w sytuacji, gdy Zamawiający zrezygnuje z części robót na II Odcinku Realizacyjnym. W tym miejscu wskazać należy, że prowadzenie postępowania, gdzie Zamawiający przewiduje cenę ryczałtową wiąże się z ryzykiem, zarówno po stronie Wykonawcy, jak i Zamawiającego i to od Wykonawców zależy podział tych ryzyk. Zamawiający w niniejszym postępowaniu zwraca szczególną uwagę na cenę całego zamówienia, a nie jego poszczególnych części – o czym Odwołujący zdaje się zapominać.

Zamawiający podkreśla również, że wprowadzony do §18 umowy zapis o zastrzeżeniu prawa do ograniczenia przez Zamawiającego Przedmiotu Umowy o wartość nie większą niż 30% ceny ofertowej ze względu na zmiany aktualnych przepisów lub potrzeb Zamawiającego (roboty zaniechane) lub posiadane środki finansowe jest konsekwencją zakazu

przewidzianego w art. 433 pkt 4) ustawy PZP. Przepis ten zakazuje zamieszczania w umowach o zamówienie publiczne klauzuli umożliwiającej jednostronne zmniejszenie zakresu rzeczowego zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Taki zakaz ma uchronić wykonawców przed problemami z wyceną ofert. „Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, powyższe czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty”. [Wyrok KIO z 22.07.2015 r., KIO 1372/15]

Argumentacja Odwołującego redukuje koszty związane z realizacją zamówienia praktycznie jedynie do kosztów materiałów i ich wbudowania, pomijając zupełnie fakt występujących w praktyce zwiększonych kosztów wykonawców, związanych z rozpoczęciem robót, ubezpieczeniem budowy, ochrony, przygotowaniem zaplecza budowy, mobilizacją sprzętu. Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący nie przytoczył bowiem żadnych dowodów na potwierdzenie swoich domniemań, opierając się jedynie na przytaczaniu irrelevantnych zapisów z dokumentów zamówienia.

W swoim odwołaniu PORR S.A. powołuje szereg wyroków, które nie są adekwatne do stanu niniejszej sprawy albo zostały skutecznie zaskarżone. Zwrócić uwagę należy na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2022 r., sygn. KIO 1465/22 (pkt 4.46.2 Odwołania), który został zmieniony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 22 grudnia 2022 r. (sygn. XXIII Zs 117/22) poprzez oddalenie odwołania w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ograniczając się jedynie do wrywkowego cytowania orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej bądź opierania argumentacji na swoich domniemaniach. Tymczasem, jak słusznie wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie nie może mieć charakteru blankietowego. W wyroku z dnia 18 stycznia 2019 r. (sygn. KIO 2711/18) Izba wyraźnie podkreśliła, że odwołanie powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań, wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwolą na dokonanie oceny zasadności formułowanych w odwołaniu zarzutów, a także przedstawiać dowody.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 233-673668 w dniu 12 grudnia 2022 roku.

W dniu 29 maja 2023 r. wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1.1 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Dokumentacji Projektowej w zakresie dotyczącym wykonania prac branży hydrotechnicznej – w zakresie wykonania robót związanych z pograżaniem pali stalowych wierconych RD 813/18mm, w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w Dokumentacji Projektowej tj. z zastosowaniem metod wibracyjnych lub udarowych;

1.2 art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 218 ust. 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia dotyczącymi wykonania robót branży hydrotechnicznej w zakresie:

1) roboty kafarowe poprzez pominięcie wyceny żelbetowego rdzenia palościanki oraz brak wyceny pełnego zakresu pograżenia rur stalowych typu RD;

2) nadbudowa poprzez istotne zaniżenie ilości robót betoniarskich podlegających wycenie oraz pominięcie w wycenie wykonania filtra odwrotnego w postaci tłucznia zamkniętego geowłókniną separacyjną;

3) wyposażenia nabrzeża.

1.3 art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z 224 ust. 1, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi to, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia

wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie istotnych części składowych ceny oferty, a oferta DORACO zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnych części składowych obejmujących wykonanie następujących robót branży hydrotechnicznej:

1) roboty kafarowe poprzez pominięcie wyceny żelbetowego rdzenia palościanki oraz brak wyceny pełnego zakresu pograżenia rur stalowych typu RD;

2) nadbudowa poprzez istotne zaniżenie ilości robót betoniarskich podlegających wycenie oraz pominięcie w wycenie wykonania filtra odwrotnego w postaci tłucznia zamkniętego geowłókniną separacyjną;

3) wyposażenia nabrzeża.

1.4 art. 226 ust. 1 pkt 7) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 UZNK w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DORACO, pomimo że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK, poprzez przeniesienie kosztów wykonania Odcinka Realizacyjnego II do kosztów wykonania Odcinka Realizacyjnego I, a tym samym dopuszczając się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami,

które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (innych wykonawców) i klienta (Zamawiającego);

1.5 art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 UZNK w zw. z art. 16 pkt. 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DORACO, pomimo że wykonawca dokonał wyceny oferty w sposób sprzeczny z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ oraz projektowanymi postanowieniami umowy („PPU”) przenosząc koszty wykonania Odcinka Realizacyjnego II do kosztów wykonania Odcinka Realizacyjnego I; ewentualnie

1.6 art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP w zw. z 224 ust. 1, 5 i 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi to, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie wykonania Odcinka Realizacyjnego II, którego koszty wykonania w ofercie DORACO są istotnie niższe niż koszty wykonania Odcinka Realizacyjnego I, podczas gdy zakres robót Odcinka Realizacyjnego II jest większy niż zakres robót Odcinka Realizacyjnego I, a w konsekwencji oferta DORACO zawiera rażąco niską cenę istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia; a w konsekwencji

1.7 art. 239 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 8) PZP oraz art. 224 ust. 6 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez wybór oferty DORACO i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na zarzuty wskazane powyżej.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę PORR S.Az siedzibą w Warszawie, ul. Hałubcowa 123, 02-854 Warszawa, Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Zamawiającego.

Przystępujący pismem wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 czerwca 2023 r. (pismo z dnia 7 czerwca 2023 r.) wnosił o oddalenie odwołania.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy PZP, treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1)zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 8 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy PZP:

1. Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych.

5. Obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy.

6. Odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 239 ustawy PZP:

1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe

lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzut nr 1.1 w zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia opisanymi w Dokumentacji Projektowej w zakresie dotyczącym wykonania prac branży hydrotechnicznej – w zakresie wykonania robót związanych z pograżaniem pali stalowych wierconych RD 813/13mm, w sposób niezgodny z wymaganiami określonymi w Dokumentacji Projektowej, tj. z zastosowaniem metod wibracyjnych lub udarowych, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba wskazuje, że przedmiotowy zarzut sprowadza się do stwierdzenia Odwołującego, że „(...) oferta DORACO jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na zamiar zastosowania przez wykonawcę DORACO odmiennych rozwiązań technologicznych w zakresie robót palowych (...)”.

Na poparcie powyższego zarzutu Odwołujący przywołał ofertę firmy Stump Franki, w której podwykonawca wskazał, że wykona roboty katarowe, przy czym cena nie obejmuje, jak wskazano w pkt 17 oferty podwykonawcy: „Kosztów zmian projektowych i uzgodnień Projektów technologicznych z Projektantem, Zamawiającym”, a to oznacza zdaniem Odwołującego, iż: „Sposób sformułowania oferty podwykonawcy wskazuje, że DORACO zamierza wykonać zamówienie w sposób niezgodny z warunkami określonymi w Dokumentacji Projektowej. Podkreślenia wymaga fakt, że Dokumentacja Projektowa obejmuje Projekt Wykonawczy w zakresie robót hydrotechnicznych (vide pkt. 2.1 ppkt. 2) odwołania powyżej), zgodnie z którym wykonawca powinien wykonać prace. Poczynione w ofercie podwykonawcy zastrzeżenia, iż wycena nie obejmuje kosztów wykonania zmian projektowych oraz projektu wykonawczego, świadczą o tym, że wykonawca DORACO zamierza wykonać oraz przyjął do wyceny rozwiązania odmienne od określonych w Dokumentacji Projektowej, w tym w Projekcie Wykonawczym”.

Izba chciałaby podkreślić, że stwierdzenie podwykonawcy, że cena nie obejmuje „Kosztów zmian projektowych i uzgodnień Projektów technologicznych z Projektantem, Zamawiającym” oznacza tyle, że podwykonawca wycenił w swojej ofercie roboty, które zobowiązał się wykonać jako podwykonawca w ramach robót budowlanych przewidzianych w dokumentacji projektowej. W ocenie Izby wyliczenia zastrzeżeń w ofercie podwykonawcy wskazują na ich standardowy charakter. Stwierdzenia przywołanego przez Odwołującego nie można zatem odczytywać tak, jak to próbował przekonać Odwołujący, że podwykonawca wycenił prace w innej technologii niż przewidziana w Dokumentacji zamówienia w związku z czym zastrzega, że nie będzie ponosił kosztów dostosowania tej Dokumentacji do oferowanej odmiennej technologii. Tym samym twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący będzie wprowadzał zmiany projektowe, co ma skutkować wykonaniem rozwiązań odmiennych od określonych w Dokumentacji Projektowej i Projekcie Wykonawczym, nie znajdują uzasadnienia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Nadto posłużenie się pojęciem przez podwykonawcę „robót kafarowych”, nie oznacza w ocenie Izby, że Przystępujący wykona roboty metodą udarową, a nie wierconą.

Izba zważy, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdził „w branży hydrotechnicznej powszechnym jest stosowanie określenia „prac kafarowych” w zakresie wszelkich prac związanych z pograżaniem elementów posadowienia pośredniego takich jak pale, ścianki itp...nie tylko za pomocą kafara, ale również i innych sprzętów do tego używanych”, a Izba uznała stwierdzenie Zamawiającego za wiarygodne, tym bardziej, że Przystępujący powyższemu nie zaprzeczył na rozprawie.

Prawidłowość użycia sformułowania „Roboty Kafarowe” potwierdza również Szczegółowa Specyfikacja Techniczna, która w części 1.1. stanowi o „Robotach Kafarowych”, a także Przedmiar Robót, w którym wyraźnie wskazano – „2. ROBOTY KAFAROWE”.

Nadto Izba zważy, że w ofercie Przystępującego nie wskazano wprost, że zastosowana technologia będzie inna niż wskazana w Projekcie Wykonawczym, a potwierdził to również sam Zamawiający na rozprawie: „Zamawiający wskazuje, że w ofercie Przystępującego nie ma informacji o tym, aby pograżanie rur stalowych odbywało się metodą wibrowania i wbijania kafarem”.

Tym samym w ocenie Izby nie można z takiego faktu wywodzić tezy, że niewskazanie konkretnej technologii oznacza wskazanie technologii odmiennej niż założył Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu.

Na marginesie Izba wskazuje, że oferta podwykonawcy Stump Franki nie dotyczyła wykonania żelbetowego rdzenia pali stalowych, jak twierdzi Odwołujący, ponieważ Przystępujący wycenił ten zakres prac w oparciu o ofertę innego podwykonawcy, o czym świadczy dowód nr 4 stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa.

Izba w tym miejscu odnieść się jeszcze do dowodów wniesionych przez Odwołującego, tj. do dowodów D1, D2 i D3. Izba zważy, że w dowodzie D1, w którym podwykonawca Stump Franki złożył oświadczenie z dnia 7 czerwca 2023 r., o tym, iż: „ wycena nr 9748.A1/2023 z dnia 27.01.2023 r. przedstawiona Korporacji Budowlanej Doraco sp. z o.o. w zakresie instalacji palościanki nabrzeża obejmuje wykonanie robót kafarowych, tj. pograżanie rur stalowych metodą wibrowania oraz wbijania kafarem dla całego zakresu prac”, jest w ocenie Izby wprowadzeniem w błąd Przystępującego co do metody wykonania robót, w szczególności biorąc pod uwagę zapytanie ofertowe z dnia 8 grudnia 2022 r., w którym to Przystępujący wyraźnie zwraca się do ww. podwykonawcy o wycenę m.in. wykonania palościanki od strony odwodnej, stalowe pale wiercone (fi813/18mm). Należy zwrócić jednak uwagę, że w odpowiedzi na zapytanie ofertowe Przystępującego, w ofercie podwykonawcy Stump Franki, nie ma ani jednego słowa o tym, że roboty będą polegały na pograżaniu rur stalowych metodą wibrowania oraz wbijania kafarem, a tym samym po pierwsze „nie jest tak, że oferta złożona przez Stump Franki sp. z o.o. nie jest niezgodna z wymaganiami Zamawiającego”, na co zwrócił uwagę Przystępujący, a po drugie w ocenie Izby Przystępujący miał pełne prawo uważać, że otrzymał prawidłową ofertę od podwykonawcy.

Niezależnie od powyższego, Przystępujący złożył na rozprawie dowód w postaci oferty innego podwykonawcy, tj. firmy Soiltech Sp. z o.o., co do wykonania pali przemieszczeniowych w odyskiwanej rurze obsadowej z traconym butem, zbrojonych kosztami stalowymi i wypełnione betonem dla zadania przedmiotowego postępowania, co w ocenie Izby świadczy o tym, że Przystępujący posiadał co najmniej dwie oferty w zakresie wykonania ww. robót.

Izba zważy, że dowód w postaci oferty firmy Soiltech Sp. z o.o. nie został złożony do wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny, ale tylko dlatego, jak to argumentował Przystępujący na rozprawie, ponieważ oferta Stump Franki była korzystniejsza cenowo, a Izba uznała powyższe stwierdzenie Przystępującego za wiarygodne.

Biorąc powyższe pod uwagę, w ocenie Izby, nie można de facto „karać” Przystępującego za to, iż otrzymał ofertę podwykonawcy Stump Franki niezgodną z zapytaniem ofertowym z dnia 8 grudnia 2022 r. Zdaniem Izby nie zmieniają powyższego podejścia Izby dowody D2 i D3 Odwołującego.

Konkludując, w ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił, że Przystępujący zamierzał lub chciał zastosować jakiegokolwiek odmienne rozwiązania technologiczne, które miałyby być niezgodne z warunkami zamówienia, tym bardziej, że wykonawca może dokonać zmiany podwykonawców, zgodnie z art. 462 ustawy PZP.

Tym samym, zarzut nr 1.1, zdaniem Izby jest niezasadny.

Odnosnie zarzutów nr 1.2 i 1.3 odwołania, w których Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia dotyczącymi wykonania robót branży hydrotechnicznej w zakresie robót kafarowych poprzez pominięcie wyceny żelbetowego rdzenia palościanki oraz brak wyceny pełnego zakresu pograżenia rur stalowych typu RD; nadbudowy poprzez istotne zaniżenie ilości robót betoniarskich podlegających wycenie oraz pominięcie w wycenie wykonania filtra odwrotnego w postaci tłucznia zamkniętego geowłókniną separacyjną, wyposażenia nadbrzeża oraz naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi na to, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w

zakresie istotnych części składowych ceny oferty, a oferta DORACO zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w zakresie istotnych części składowych obejmujących wykonanie następujących robót branży hydrotechnicznej: roboty kafarowe poprzez pominięcie wyceny żelbetowego rdzenia palościanki oraz brak wyceny pełnego zakresu pograżenia rur stalowych typu RD; nadbudowa poprzez istotne zaniżenie ilości robót betonarskich podlegających wycenie oraz pominięcie w wycenie wykonania filtra odwrotnego w postaci tłucznia zamkniętego geowłókniną separacyjną; wyposażenia nadbrzeża, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba zważa, że powyższe zarzuty dotyczą niezgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia oraz zaoferowania przez DORACO oferty zawierającą rażąco niską cenę.

Przed wszystkim należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu ceny ofert niepodlegających odrzuceniu wynosiły odpowiednio 243.683.600,00 zł netto (oferta Przystępującego) i 248.896.256,00 zł netto (oferta Odwołującego). Tym samym argumentacja Odwołującego, że cena oferty Przystępującego jest „*znacznie odbiegająca od cen rynkowych innych, takich samych lub podobnych rodzajów zamówień*”, w ocenie Izby nie ma uzasadnienia.

Izba wskazuje, że w dniu 15 lutego 2023 r. wezwał Przystępującego na podstawie art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, o wyjaśnienie zaoferowanej ceny, ze względu na to, iż szacunkowa wartość zamówienia powiększona o należny podatek od towarów i usług została określona na poziomie 577 705 325,85 zł brutto.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby za cenę rażąco niską uznaje się cenę poniżej kosztów własnych wykonawcy, niepozwalającą na wypracowanie zysku. Jest to cena oderwana od realiów rynkowych i niereczywista. Jeśli możliwe jest wykazanie, że za cenę wskazaną w ofercie wykonawca nie będzie w stanie należycie wykonać zamówienia, to znaczy że mamy do czynienia z ceną rażąco niską.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zaznaczyć należy, że Izba nie znalazła podstaw do uznania, że cena oferty Przystępującego wykazywała cechy ceny rażąco niskiej.

Nie bez znaczenia pozostaje również powołanie się przez Przystępującego na posiadane doświadczenie. Należy zauważyć, że wieloletnie doświadczenie ma takie znaczenie, że Wykonawca wykorzystując nabytą wiedzę potrafi precyzyjnie wyszacować faktyczne koszty wykonania zamówienia.

Co istotne, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w wezwaniu do wyjaśnień nie sprecyzował elementów ceny oferty, które wymagają szerszego wyjaśnienia cytując de facto normę prawną zawartą w art. 224 ust. 3 ustawy PZP. Nie wskazał również jak szczegółowego wyjaśnienia oczekuje dla stwierdzenia jej realności, wskazując jedynie: „Prosimy o złożenie wyjaśnień, w tym dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub jej istotnych części składowych”.

W konsekwencji powyższego Przystępujący złożył wyjaśnienia wraz z załącznikami w takim zakresie, jaki uważał za wystarczający dla udowodnienia, że cena oferty gwarantuje należyte wykonanie zamówienia i jest wiarygodna. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Izby, skierowanie ogólnego wezwania do wykonawcy rodzi po jego stronie uprawnienie do sformułowania wyjaśnień na tyle szczegółowych, aby potwierdzały wykonanie zamówienia po cenie rynkowej, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Przykładowo Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 21 marca 2023 r., sygn. akt KIO 641/23 stwierdziła: „W sytuacji, gdy zamawiający kieruje do wykonawcy wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty nie wskazując przy tym konkretnych elementów podlegających wyjaśnieniu, to obowiązkiem wezwanego wykonawcy jest wyjaśnić sposób kalkulacji podstawowych, a zatem istotnych elementów składających się na cenę oferty. Tym samym to treść wezwania do wyjaśnień ma znaczenie dla oceny wypełnienia przez wykonawcę obowiązku wykazania realności zaoferowanej ceny, nie zaś twierdzenia konkurencyjnych wykonawców dotyczące elementów kalkulacji oferty podlegających wyjaśnieniu”, czy też wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 148/23: „W przypadku dość ogólnego wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny wykonawca, przygotowując odpowiedź na takie wezwanie, ma szerokie możliwości co do sposobu wyboru argumentacji służącej obronie swojej oferty. Innymi słowy ogólnikowe wezwanie daje wykonawcy sporą elastyczność w zakresie sporządzenia wyjaśnień i składania dowodów w celu wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska”.

Należy w tym miejscu również nadmienić, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, a nie wynagrodzeniem kosztorysowym. Izba zważa, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca w oparciu o powierzony zakres prac dokonuje analizy tego zakresu i określa swoje całkowite wynagrodzenie uwzględniając wszelkie ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Tym samym w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty, natomiast ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny w sytuacji, kiedy mogą zaważyć na należytym wykonaniu przyszłej umowy. Warto powołać się w tym miejscu na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 sierpnia 2016 r. o sygn. akt. KIO 1315/16, KIO 1324/16: „W orzecznictwie przyjmuje się, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego jego istotą jest określenie wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy wewnętrznej struktury ceny”.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że przedmiary robót będące częścią Dokumentacji projektowej stanowiącej

załącznik nr 3 do SWZ mają charakter informacyjny, co oznacza, że w przypadku pojawienia się różnic jako wiążące będą zapisy znajdujące się w Dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (STWiORB).

W związku z powyższym, w ocenie Izby w sytuacji, której Przystępujący inaczej wycenił niektóre elementy prac niż Odwołujący, nie można twierdzić, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1465/22) : „Na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych niezbędne jest wykazanie, że cała oferta, a nie tylko jej poszczególne elementy, jest rażąco niska. Skoncentrowanie się tylko na jednej czy dwóch pozycjach kosztorysowych i wykazywanie, że oferta została zaniżona w stopniu rażącym, jest niewystarczające. Decydująca jest zależność pomiędzy jednostkowymi zaniżeniami a ceną całej oferty. Jeśli pomimo niskiej wyceny jednego czy dwóch elementów całe zamówienie pozostaje dla konkretnego wykonawcy dalej opłacalne, to w takim przypadku nie może być mowy o rażąco niskiej cenie”, a Izba zgadza się w pełni z poglądem tamtejszego składu orzekającego.

Izba zważy, że wyjaśnienia złożone przez Przystępującego zostały poparte licznymi dowodami, które to wyjaśnienia przekonały Zamawiającego, że wskazana cena nie jest rażąco niska: „Cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną rynkową i realną, co zostało potwierdzone ofertami podwykonawców i dostawców złożonymi wraz z wyjaśnieniami w zakresie rażąco niskiej ceny. Zaoferowana cena jest zbliżona do ceny ofert niepodlegających odrzuceniu, co potwierdza jej wiarygodność”.

Odnosząc się z kolei do kalkulacji ceny zawartej w załączniku nr A dołączonej do wyjaśnień z dnia 3 marca 2023 r., Izba zważy, że Przystępujący wskazał koszty na poziomie 223.952.323,83 zł netto w stosunku do zaoferowanej ceny oferty w wysokości 243.683.600,00 zł netto, przy czym w kalkulacji tej wyraźnie zaznaczono, że jest to wyliczenie obejmujące istotne elementy składowe oferty – cena kosztu bezpośredniego netto bez kosztów ogólnych i zysku. Izba nie podziela argumentacji Odwołującego, że „pozostaje niespełna 456 795,68 zł netto na pokrycie kosztów ogólnych oraz zysku DORACO”, ponieważ z dowodu wniesionego przez Przystępującego na rozprawie stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa jednoznacznie wynika, że na koszty ogólne oraz zysk pozostaje została zarezerwowana kwota 19 731 276,17 zł netto, tj. kwota stanowiąca różnicę między kosztami wskazanymi w załączniku nr A a ceną oferty.

Tym samym, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący na pozostałe koszty de facto zarezerwował sobie prawie 20 mln złotych netto, co oznacza w ocenie Izby, iż nie można twierdzić, jak to sugeruje Odwołujący, że pozostałe koszty nie zostały przez Przystępującego przewidziane ani ujęte.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzenie Odwołującego, że „wykonawca DORACO nie uwzględnił w Załączniku A elementów stanowiących przedmiot zamówienia o łącznej wartości 32 907 289,49zł netto”, jest zdaniem Izby wręcz absurdalne, zwłaszcza, że różnica między cenami brutto Przystępującego i Odwołującego wynosi około 2,1%.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, iż podstawą odrzucenia oferty, o której mowa w powyższej normie prawnej, jest to, iż odnosi się ona do rażąco niskiej ceny lub kosztu oferty rozumianej jako całość, a nie w rozumieniu jej istotnych części składowych. Istotne jest przy tym, czy zaniżenie części składowych ceny przekłada się na ryzyko należytej realizacji całości lub części zamówienia (tak jak w niniejszej sprawie w stosunku do Odcinka Realizacyjnego I, czy Odcinka Realizacyjnego II). W ocenie Izby, nie mamy do czynienia z powyższą sytuacją w przedmiotowej sprawie.

Nadto Izba zważy, że Odwołujący zakres prac dotyczący wykonania rdzenia żelbetowego pali (RMS: robocizna, materiały – w tym łącznie beton i stal, sprzęt; dotyczące rdzenia pali RD 813/18mm) wycenił na kwotę 17.235.468,98 zł netto = [16.125,40 m³ (wyliczenie kubatury dokonane przez Odwołującego) * 1.068,84 zł/m³], natomiast Przystępujący przyjął wycenę tego samego zakresu w kwocie 15.925.525,13 zł netto = [16.125,40 m³ * 987,60 zł/m³], tym samym różnica pomiędzy ofertą Odwołującego a Przystępującego wynosi 1.309.943,85 zł netto. Jednak fakt odmiennej wyceny tego samego zakresu, w ocenie Izby, nie oznacza, że Przystępujący nie doszacował jakiegos zakresu robót.

Izba nie podziela również argumentacji Odwołującego, że Przystępujący nie pokrył kosztów logistyki dostawy rur 813/18mm, nie doszacował wykonania filtra odwrotnego z wykorzystaniem tłucznia oraz geowłókniny separacyjnej, czy też wyposażenia nadbrzeża.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że koszty logistyki dostawy rur 813/18m zostały ujęte przez Przystępującego w kosztach ogólnych (transport poziomy i pionowy na budowie – 1.974.000 zł netto), o czym świadczy dowód nr 5 (tabela kosztów) oraz dowód wniesiony na rozprawie (koszty ogólne budowy) stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, natomiast w zakresie wykonania filtra odwrotnego z wykorzystaniem tłucznia oraz geowłókniny Separacyjnej, Izba wskazuje, że zostały one ujęte w robotach sanitarnych na kwotę 850.000,00 zł netto, co potwierdzają kosztorysy ofertowe (etap I – IV) w wysokości 212 500,00 zł netto na każdym etapie wykonania robót (łącznie 850.000,00 zł netto).

Z kolei w zakresie wyposażenia nadbrzeża, Izba zważy, że Przystępujący określił koszt wyposażenia nadbrzeża w

wysokości 1.374.955,36 zł netto, który został skalkulowany w oparciu o ofertę dostawcy (936.939,00 zł netto), kalkulację montażu elementów dostawcy oraz dostawy i montażu pozostałego wyposażenia nadbrzeża (438.016,36 zł netto). Tym samym, twierdzenie Odwołującego, że: „wartość wyposażenia nadbrzeża, która nie została ujęta w wyjaśnieniach przez wykonawcę DORACO wynosi co najmniej 1 663 702,17 zł netto”, jest w ocenie Izby niezasadne, ponieważ każdy z wykonawców biorących udział w postępowaniu może wyceniać roboty na podstawie własnej kalkulacji, swoich założeń finansowych i ofert podwykonawców. Oznacza to, że Przystępujący mógł pozyskać bardziej korzystną ofertę w zakresie wykonania przedmiotowych prac niż Odwołujący, co potwierdza dowód nr 6 (oferta dostawcy oraz oferta oddziału technicznego zabezpieczenia budów Doraco) stanowiący tajemnicę przedsiębiorstwa.

Tym samym, zarzuty nr 1.2 i 1.3, zdaniem Izby są niezasadne.

Odnosnie zarzutu nr 1.4, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „UZNK”) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO, pomimo, że oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK, poprzez przeniesienie kosztów wykonania Odcinka Realizacyjnego II do kosztów wykonania Odcinka Realizacyjnego I, a tym samym dopuszczając się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes przedsiębiorcy (innych wykonawców) i klienta (Zamawiającego) oraz zarzutu nr 1.5, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 UZNK w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DORACO, pomimo że wykonawca dokonał wyceny w sposób spreczny z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ oraz projektowanymi postanowieniami umowy („PPU”) przenosząc koszty wykonania Odcinka Realizacyjnego II do kosztów wykonania Odcinka Realizacyjnego I, są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, natomiast w myśl 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.

Izba zważy, że twierdzenia Odwołującego, że Przystępujący zawyżył swoje ceny, przeniósł koszty w sposób nieuprawniony i spreczny z OPZ pomiędzy Odcinkami Realizacyjnymi I i II, co powoduje, że Przystępujący popełnił czyn nieuczciwej konkurencji, są w ocenie Izby niezasadne, ponieważ jak już Izba we wcześniejszych rozważaniach wskazała, iż Przystępujący nie dokonał kalkulacji ceny w sposób niezgodny z dokumentami zamówienia.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że sam fakt wyceny określonych prac przez jednego wykonawcę na poziomie niższym lub wyższym niż inny wykonawca, nie świadczy od razu o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Należy wskazać, że również w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący w swojej ofercie wycenił niektóre prace wyżej, a inne niżej niż Przystępujący, nie wyjaśniając przy tym niektórych kosztów szczegółowych, np. cięcia i spawania, przedłużenia rur, na co zwrócił uwagę Przystępujący na rozprawie.

Izba zważy, że przyjęcie przez Przystępującego wyższego kosztu wykonania I Odcinka Realizacyjnego w stosunku do II Odcinka Realizacyjnego jest związane z kosztami, które wykonawca ponosi w związku z przystąpieniem do realizacji robót budowlanych, a które nie występują na dalszych etapach realizacji prac. Tym samym Izba uznała za wiarygodne stwierdzenie Zamawiającego, który zarówno w odpowiedzi na odwołanie, jak i na rozprawie oświadczył: „Wykonanie przebudowy nabrzeża w technologii pograżania pali jest bardziej kosztogenne w początkowym okresie z uwagi na fakt, że z rozpoczęciem budowy wiążą się dodatkowe koszty nie ponoszone (lub ponoszone w mniejszym zakresie) na dalszych etapach prac, np.: związane z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy, koniecznością zabezpieczenia większej powierzchni placów składowych, mobilizacja sprzętu itp.”. W ocenie Izby, nie bez znaczenia jest również fakt, iż przyjęta technologia wykonywania robót jest pierwszy raz stosowana w polskich portach morskich, co może się wiązać z ryzykiem poniesienia większych kosztów przez wykonawcę w początkowej fazie realizacji robót.

Nadto Izba wskazuje, że zgodnie z § 18 ust. 2 projektowanych postanowień umownych stanowiący załącznik nr 4 do SWZ wynika, iż: „Zamawiający zastrzega sobie prawo do ograniczenia Przedmiotu Umowy o wartość nie większą niż 30% ceny ofertowej ze względu na zmiany aktualnych przepisów lub potrzeb Zamawiającego (roboty zaniechane) lub posiadane środki finansowe na podstawie podpisanego przez Strony aneksu do Umowy. W przypadku zaistnienia powyższych okoliczności, Zamawiający poinformuje Wykonawcę o tym fakcie i konieczności wprowadzenia stosownych zmian do Umowy, a Wykonawca nie może uchylać się od podpisania aneksu, o którym mowa powyżej. W przypadku ograniczenia Przedmiotu Umowy podstawą do rozliczeń będą ceny jednostkowe na poziomie nie wyższym niż średnim wg ogólnodostępnych baz cen jednostkowych oraz kosztorys ofertowy w formie szczegółowej stanowiący **załącznik 6** do Umowy, co pociąga za sobą konieczność zmiany Harmonogramu w drodze pisemnego aneksu do Umowy. W takim przypadku Strony dokonają aktualizacji Harmonogramu niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 5 (słownie: pięciu) dni od dnia doręczenia Wykonawcy oświadczenia Zamawiającego, o którym mowa powyżej.”

Co istotne, Izba chciałaby podkreślić, iż z dokumentacji postępowania, a w szczególności z ww. postanowień umownych nie wynika, aby możliwość rezygnacji z wykonania części zamówienia dotyczyć miała wyłącznie II Odcinka Realizacyjnego. Należy zwrócić również uwagę, że przedmiot zamówienia objęty jest umową o dofinansowanie, a ewentualna rezygnacja z przebudowy II Odcinka Realizacyjnego wiązałaby się z niedotrzymaniem warunków umowy o dofinansowanie i utratą przez Zamawiającego środków finansowych.

Warte zauważenia wymaga fakt, iż w przedmiotowym postępowaniu również inny wykonawca złożył podobną wycenę za I Odcinek Realizacyjny, tj. wykonawca NDI S.A. na kwotę 159 705 296,06 zł brutto w stosunku do wyceny Przystępującego na kwotę 156 794 865,00 zł brutto.

Tym samym, Izba doszła do przekonania, że Przystępujący wycenił roboty budowlane za I Odcinek Realizacyjny bez rażącego zawyżenia ceny. Należy również zauważyć, że stwierdzenie Odwołującego, aby „DORACO (...) przeniosło część kosztów wykonania Odcinka II do I Odcinka Realizacyjnego” nie zostało poparte żadnymi dowodami.

Tym samym, zarzuty nr 1.4 i 1.5, zdaniem Izby są niezasadne.

Co do zarzutu nr 1.6, tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 1, 5 i 6 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty DORACO z uwagi nato, iż złożone przez wykonawcę wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny w zakresie wykonania Odcinka Realizacyjnego II, którego koszty wykonania w ofercie DORACO są istotnie niższe niż koszty wykonania Odcinka Realizacyjnego I, podczas gdy zakres robót Odcinka Realizacyjnego II jest większy niż zakres robót Odcinka Realizacyjnego I, a w konsekwencji oferta DORACO zawiera rażąco niską cenę istotnych części składowych w stosunku do przedmiotu zamówienia, jest zdaniem Izby niezasadny.

Izba chciałaby podkreślić, biorąc pod uwagę wcześniejsze rozważania Izby, iż Przystępujący w ramach składanych wyjaśnień co do rażąco niskiej ceny nie miał obowiązku przedstawienia wyjaśnień w podziale na zakresy realizacyjne, tj. na Odcinek Realizacyjny I oraz Odcinek Realizacyjny II.

Co istotne, zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał z czego, w jego ocenie, wynikał obowiązek podziału kalkulacji na poszczególne odcinki w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny.

Podkreślenia wymaga również fakt, że zgodnie z rozdziałem IV ust. 5 pkt 12 SWZ: „Najpóźniej na 7 dni przed podpisaniem Umowy Wykonawca, przedłoży Zamawiającemu kosztorys ofertowy w formie szczegółowej zawierający tabelę elementów scalonych, zestawienie materiałów i sprzętu, koszty robocizny, koszty sprzętu, koszty materiałów wraz z kosztami ogólnymi i zyskiem dla poszczególnych (wszystkich) rodzajów robót, odpowiadający co do zakresu opisowi Przedmiotu Zamówienia dostarczonemu przez Zamawiającego, a który to kosztorys stanowił podstawę wyliczenia ceny ofertowej przez Wykonawcę. Kosztorys ofertowy należy przedłożyć w wersji papierowej oraz wersji elektronicznej edytowalnej (format pliku xls) Kosztorys ofertowy musi być sporządzony zgodnie z ogólnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych, a wartości poszczególnych elementów robót powinny odzwierciedlać koszty wykonania tych elementów, przyjęte przez Wykonawcę do oferty”, przy czym Izba zwraca uwagę, że ww. wymóg materializuje się dopiero przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego, a nie na etapie ofertowania, czy też badania ofert, jak sugeruje Odwołujący.

Tym samym, zarzut nr 1.6, zdaniem Izby jest niezasadny.

W konsekwencji niezasadny jest również zarzut 1.7, który jest zarzutem wynikowym.

Konkludując, zdaniem Izby, Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców oraz zachowania uczciwej konkurencji, jak również zasady przejrzystości prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Nadto pozostałe dowody wniesione przez Odwołującego, jak i przez Przystępującego nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a, b i d w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....